

VSVI Hessen e.V.  
Friedberg, am 15.02.2017

## Die Abnahme

Dr. Birgit Franz, Köln  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

## Gliederung

- Bedeutung und Wirkungen der Abnahme
- Abnahmeformen
- Abnahmevorbehalte
- Abnahme nach vorzeitiger Vertragsbeendigung
- Wirksame Abnahme durch den Bauleiter
- Abgrenzung zur Zustandsfeststellung (auch § 650 f BGB-E)

## Abnahme – Was ist das?

- **Rechtsgeschäftliche Abnahme, § 640 BGB und § 12 VOB/B**  
*„körperliche Entgegennahme des Leistungsgegenstandes in ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Billigung des Werks als der Hauptsache nach vertragsgemäße Leistungserfüllung“*
- „Technische“ Abnahme, § 4 Abs. 10 VOB/B:  
Feststellung eines technischen Befundes zur Vorbereitung einer späteren Abnahme
- Öffentlich-rechtliche Abnahme, Landesbauordnung  
Körperliche Prüfung, ob das Bauwerk den öffentlich-rechtlichen Sicherheitsstandard einhält und von ihm keine Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen, durch die zuständigen Bauaufsichtsbehörden

## Abnahme – Was ist das?

- Billigung des Werks
- einseitige, nicht notwendig empfangsbedürftige Willenserklärung
- Ausnahme: Abnahmevorbehalte

## Abnahme – Wozu?

- Beendet die Vorleistungspflicht des AN
  - Beendet Schutzpflichten des AN
  - Gefahrübergang
  - Übergang vom Erfüllungs- in Gewährleistungsstadium
  - Beweislastumkehr Mängel (bis Abnahme bei AN, danach bei AG)
  - Beginn der Verjährungsfristen, § 634 a Abs. 2 BGB
  - Fälligkeit der Vergütung
- **Dreh- und Angelpunkt des Bauvertrages**

## Ausführung, § 4 Abs. 5 VOB/B



- (5) Der Auftragnehmer hat die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände **bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen**. Auf Verlangen des Auftraggebers hat er sie vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen, ferner Schnee und Eis zu beseitigen. Obliegt ihm die Verpflichtung nach Satz 2 nicht schon nach dem Vertrag, so regelt sich die Vergütung nach § 2 Absatz 6.

## Schutzpflicht des AN

- = vertragliche Nebenpflicht
- AN haftet auf Schadensersatz gemäß § 241 Abs. 2 i.V.m. § 280 BGB
- Beweislast richtet sich nach den Gefahren- und Verantwortungsbereichen auf der Baustelle
- Schutz vor Winterschäden und Grundwasser nur auf Verlangen
- Dieser ist gesondert zu vergüten

## Gefahrtragung, § 644 BGB



- (1) Der **Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme** des Werkes. **Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über.** Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

## Gefahrtragung gemäß § 644 BGB

- Störungen, die von keiner Vertragspartei zu vertreten sind
- Leistungsgefahr = Risiko der nochmaligen Leistungserbringung
- Vergütungsgefahr = Risiko, dass die zerstörte oder beschädigte Leistung vergütet wird
- Gemäß § 644 Abs. 1 S. 1 BGB trägt die Vergütungsgefahr bis zur Abnahme der AN

## Verteilung der Gefahr, § 7 Abs. 1 und 2 VOB/B



- (1) Wird die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung **vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört**, so hat dieser für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 Absatz 5; für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht.
- (2) Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören alle mit der baulichen Anlage unmittelbar verbundenen, in ihre Substanz eingegangenen Leistungen, unabhängig von deren Fertigstellungsgrad.

## Gefahrtragung gemäß § 7 Abs. 1 VOB/B

- Abweichende Regelung von § 644 Abs. 1 S. 1 BGB
- AG trägt Vergütungsgefahr, wenn Leistung durch objektiv unabwendbare Umstände zerstört oder beschädigt wird
- Muss ausgeführte Leistung trotz Zerstörung vergüten
- Zerstörung durch Dritte nur, wenn objektiv nicht vorhersehbar und auch bei äußerster Sorgfalt und allen gebotenen Vorkehrungen nicht vermeidbar
- Ebenso, wenn AG Ursachen schuldhaft gesetzt hat
- Wiederholte Leistungserbringung wird vergütet (BGH: § 2 Abs. 6 VOB/B; a. A. fortbestehende Hauptleistungspflicht)

## Abnahme, § 12 VOB/B



- (6) **Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über,** soweit er sie nicht schon nach § 7 trägt.

## Verantwortlichkeit des Bestellers, § 645 BGB



- (1) Ist das Werk **vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden**, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.
- (2) Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

## Gefahrtragung gemäß § 645 BGB

- Vergütungsgefahr beim AG
- Umstände, die in der Person des AG liegen
- Umstände, die auf Handlungen des AG zurückgehen
- Ohne dass Verschulden des AG erforderlich wäre
- Grund: größere Nähe des AG zu der Gefahr für das Bauwerk

## Abnahme, § 640 BGB



- (2) **Nimmt** der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, **obschon er den Mangel kennt**, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine **Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält**.

## Abnahme, § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B



- (5) 3. **Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen** hat der Auftraggeber **spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten** geltend zu machen.



## Vorbehalt von Mängelrechten

- Nur erkannte Mängel
- Positive Kenntnis (AN muss beweisen!)
- Kennenmüssen schadet nicht
- AN trägt nach Vorbehalt trotz Abnahme insoweit die Beweislast
- Mangelvorbehalt bei Abnahme zu erklären, nicht vor oder nach der Abnahme
- Es sei denn Beweisverfahren bereits anhängig
- Bei stillschweigender Abnahme innerhalb Prüffrist
- Fortbestand verschuldensabhängiger Ansprüche auch ohne Vorbehalt

## Vertragsstrafe, § 11 VOB/B



- (1) Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 BGB.
- (2) Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, dass der Auftragnehmer nicht in der vorgesehenen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät.
- (3) Ist die Vertragsstrafe nach Tagen bemessen, so zählen nur Werktage; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag angefangener Wochen als 1/6 Woche gerechnet.
- (4) Hat der Auftraggeber die Leistung **abgenommen**, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er dies **bei der Abnahme vorbehalten** hat.

## Abnahme durch wen?

- Abnahme grundsätzlich durch den Auftraggeber oder eine von ihm bevollmächtigte Person
- In der Regel keine Abnahme durch den Bauleiter möglich: dieser ist nur zur technischen Abnahme berechtigt (Leistungsphase 8 der Anlage 11 zu § 33 HOAI)!
- Notwendig ist eine **ausdrückliche Vollmacht des Bauleiters**, um die Abnahme wirksam für den Auftraggeber erklären zu können
- Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch bei ausdrücklicher Regelung im Vertrag?

## Abnehmen - aber wie?

§ 640 Abs. 1 BGB,  
§ 12 Abs. 1  
VOB/B

- Formlose, aber ausdrückliche Abnahme

§ 12 Abs. 4  
VOB/B

- Einladung mit ausreichender Frist (12 Werktage)
- gemeinsame Begehung und Niederschrift

§ 12 Abs. 5  
VOB/B

- Grundsätzlich nur, wenn keine förmliche vereinbart.
- Unabhängig von einem Abnahmewillen.

- Konkludent
- durch Verhalten oder Handlung des AG

## Abnahme, § 640 Abs. 1 BGB



(1) Der Besteller ist **verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen**, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. **Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden**. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

## Berechtigtes Abnahmebegehren

- abnahmefähiges Werk
- nach mangelfreier und vollständiger Herstellung des Werks
- keine Abnahmeverweigerung wegen wesentlicher Mängel (Beweislast trägt AN)
- Abnahmefiktion, wenn AN nicht abnimmt, obwohl dazu verpflichtet

## Berechtigtes Abnahmebegehren

### → Praxistipp:

- angemessene Frist (12 Werktage gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B) zur Abnahme setzen
- bei fruchtlosem Fristablauf treten Abnahmewirkungen ein
- Kein Verlust nicht vorbehaltener Mängel (Abs. 2 zum Mängelvorbehalt bezieht sich auf § 640 Abs. 1 S. 1 BGB, also nicht auf die fiktive Abnahme)
- Kein Verlust nicht vorbehaltener Vertragsstrafe, weil keine Entsprechung zu § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B.

(OLG Zweibrücken, Urteil vom 12.02.2015 – 6 U 40/13, IBR 2015, 475)

## Keine Abnahme trotz Abnahmereife

- Annahmeverzug des AG, § 293 BGB
  - Beschränkung der Haftung des AN auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, z.B. bei Beschädigung der Leistung
  - Mehraufwendungen des AN sind von AG zu erstatten
- Schuldnerverzug des AG, §§ 280 Abs. 2, 286 BGB
  - Abnahme des Werks = Hauptpflicht
  - Schadensersatzanspruch, der die Kosten umfasst, die infolge der Abnahmeverweigerung oder mangelnden Abnahme entstehen, z. B. Vorhaltung von Wach- oder Sicherungspersonal

## Keine Abnahme trotz Abnahmereife

### ➤ **Achtung!**

Berechtigung der Abnahmeverweigerung stellt sich u. U. erst nach sachverständiger Begutachtung eines Mangels heraus.

## Berechtigte Abnahmeverweigerung

- Wesentlicher Mangel = abzustellen auf den Einzelfall
- Zumutbarkeitsgrenzen aus objektiver Sicht im Verhältnis zwischen Vertragszweck und erbrachtem Erfolg/Interessenabwägung
- Bewertungskriterien
  - Höhe der Mangelbeseitigungskosten
  - Schwierigkeit und Umfang der Mängelbeseitigungsarbeiten
  - Grad der Funktionsbeeinträchtigung der Leistung
  - Gefahrträchtigkeit des Mangels
  - Umfang und Gewicht der optischen Beeinträchtigung
  - etwaiges Verschulden des Auftragnehmers

(BGH, Urteil vom 15.06.2000 – VII ZR 30/99, BauR 2000, 1482)

## Abnahmeverweigerung wegen fehlender Unterlagen?

- Wenn die Unterlagen
  - den AG erst in die Lage versetzen, das Werk zu nutzen oder
  - in der Branche als Ersatz für den Nachweis der vertragsgemäßen Ausführung angesehen werden  
(Lotz, Bauunterlagen und Dokumentation, BauR 2012, 157).
- Zum Beispiel
  - Erstellung eines Datenverarbeitungsprogrammes, welches nur nach Aushändigung des Benutzerhandbuches bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen werden kann  
(BGH, Urteil vom 16.12.2003 – X ZR 129/01, NJW-RR 2004, 782).
  - In einer Röntgenanlage eingebauter Generator, dessen ordnungsgemäße Installation und Instandhaltung nur mit Hilfe einer vom AN zu übergebenden Gebrauchsanweisung möglich ist  
(OLG Bamberg, Urteil vom 08.12.2010 – 3 U 93/09, IBR 2011, 575).

## Abnahme, § 12 VOB/B



- (1) Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung – gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist – die Abnahme der Leistung, so **hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen**; eine andere Frist kann vereinbart werden.
- (2) **Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.**
- (3) **Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.**

## Teilabnahme

- Abnahme von **Teilleistungen** gem. § 12 Abs. 2 VOB/B möglich (bei § 641 Abs. 1 S. 2 BGB handelt es sich um eine Fälligkeitsregelung, kein Anspruch auf Teilabnahme)
- für in sich abgeschlossene Teile der Leistung
- Leistungsteile, die selbständig und von anderen Teilleistungen aus demselben Bauvertrag unabhängig stehen können und für sich allein gebrauchsfähig sind
- Abgrenzung:  
Technische Abnahme, § 4 Abs. 10 VOB/B

## Formlose, aber ausdrückliche Abnahme, § 12 Abs. 1 VOB/B

- Verlangen des AN
- formlos
- nach Fertigstellung der Leistung
- ggf. auch vor Ende der Ausführungsfrist
- Frist: 12 Werktage
- AG muss abnehmen, soweit nicht Abs. 3 einschlägig ist

## Abnahme, § 12 VOB/B




- (4) 1. Eine **förmliche** Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist **in gemeinsamer Verhandlung schriftlich** niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige **Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen** aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung.
2. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.

## Förmliche Abnahme, § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B

- Verlangen einer Partei oder vertragliche Vereinbarung
- Termin vereinbart oder Einladung mit angemessener Frist durch AG (12 Werktagen)
- AN erscheint nicht → einseitige Abnahme
- Förmliche Abnahme vereinbart, aber AG bestimmt Termin nicht
  - Aufforderung zur Bestimmung des Termins durch AN
  - Mahnung zur Terminbestimmung
  - Fristsetzung zur Terminbestimmung, jedenfalls Mahnung zur Erklärung der Abnahme
- unberechtigte Abnahmeverweigerung






### Abnahmeprotokoll - Teilabnahme


<input checked="" type="checkbox"/> Niederschrift der Abnahme/Teilabnahme der Vertragsleistungen	<input checked="" type="checkbox"/> Bauleistung	<input type="checkbox"/> Ingenieurleistung
<b>1. Kurzbezeichnung der Maßnahme:</b> Ausführung von Terrazzoarbeiten Pier Nord, Pier Süd	<b>2. Beauftragte Firma:</b>	
<b>3. Vergabe-Nr.:</b> ██████████	Auftragsschreiben vom: 24.07.2009 siehe auch:	
<b>Vergabeeinheit:</b> ██████████	Beschreibung der Abnahmeleistung sowie Ergänzungsvereinbarungen (Anlage 1) Liste der Nachträge (Anlage 2)	
<b>4. Teilnehmer:</b>	<b>Institution:</b>	

15.02.2017
Dr. Birgit Franz - LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB
33



<b>5. Ergebnis anlässlich der Durchführung der Teilabnahme/Abnahme:</b>
5.1 <input checked="" type="checkbox"/> Die Teilleistungen des AN weisen folgende Mängel auf: siehe Liste der Mängel und Restleistungen (Anlage 4)
Die in der Mängelliste aufgeführten Mängel und Restleistungen sind bis zum (siehe Anlage 4) zu beseitigen.
5.2 <input type="checkbox"/> Die Teilleistungen des AN weisen wesentliche Mängel auf und wurden am heutigen Tage <b>nicht</b> abgenommen.
5.3 <input checked="" type="checkbox"/> Die Teilleistungen gem. Anlage 1 und 2 mit Ausnahme der zugehörigen Dokumentation und der Restleistungen gem. 5.1 des AN wurden am heutigen Tage abgenommen. Beginn der Gewährleistung der abgenommenen Teilleistung: 26.04.2013
5.4 Die vertraglich geschuldete Bestandsdokumentation/Revisionsunterlagen liegen vor: <input type="checkbox"/> ja <input checked="" type="checkbox"/> nein    wenn nein, Begründung: Eingereichte Unterlagen waren unvollständig und wurden zurückgewiesen. Die vollständigen Dokumentationsunterlagen werden vom AN bis zum 31.05.2013 übergeben

15.02.2017
Dr. Birgit Franz - LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB
34



Alle Ansprüche des Auftraggebers auf Gewährleistung und Schadenersatz bleiben unberührt. Der Auftraggeber erklärt wegen der in 5.1 und in der Mängelliste (siehe Anlagen) festgehaltenen Mängel den Vorbehalt. Der Auftraggeber erklärt auch den Vorbehalt wegen der vom Auftragnehmer verwirkten Vertragsstrafe, sowie den Vorbehalt der 3. Ergänzungsvereinbarung, Ziffer 1.2. Mängelansprüche bleiben dem AG aber für den Fall vorbehalten, dass sich die gewählte Sanierungsmethode nachträglich als ungeeignet erweist. Mit einer Abnahme gelten auch Restleistungen als vorbehalten, die sich aus der abschließenden Auswertung bzw. dem Prüfergebnis der Bestandsdokumentation/Revisionsunterlagen seitens des AG ergeben.

Insoweit die Abnahme der Ausführungsleistung Leistungen enthält, die Gegenstand der noch nicht abschließend geprüften Mehrvergütungsansprüche (Nachträge) des Auftragnehmers sind, stellt die Abnahme keine Genehmigung bzw. Anerkennung dieser Nachträge dem Grunde und/oder der Höhe nach dar.


Folgende Einbehalte sind vereinbart:

Einbehalt für die Übergabe der vollständigen Dokumentation:	100.000,00 Euro
Einbehalt für Mangelbeseitigung:	10.000,00 Euro
Einbehalt für den Punkt 1 aus Anlage 4, Schleifen der Terrazzoflächen:	20.000,00 Euro
<b>Gesamteinbehalt:</b>	<b>130.000,00 Euro</b>

Sobald die Gegenleistung für den Einbehalt erbracht ist, wird er ausgezahlt.

Der Einbehalt für Dokumentation kann gegen Bürgschaft auf erstes Anfordern nach Muster des AG in voller Höhe (100 Prozent) abgelöst werden.

15.02.2017 Dr. Birgit Franz - LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB 35



## Abnahme als Genehmigung der Nachtragsleistung


- Bauleiter des AG beauftragt nicht ausgeschriebene Leistungen
- Vollmacht hierfür liegt nicht vor
- AG kennt den diesbezüglichen Schriftverkehr
- AG widerspricht den Anweisungen des Bauleiters nicht und nimmt die Leistungen ab

→ Genehmigung der vollmachtlos erfolgten Änderungsanordnung

→ Im Zuge der Abnahme nicht angeordneten Leistungen (nochmals) widersprechen

(OLG Brandenburg, Urteil vom 08.12.2016 – 12 U 192/15, IBR 2017, 65)


15.02.2017 Dr. Birgit Franz - LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB 36

 LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

Folgende Minderungen sind vereinbart:	
Minderung für optische Mängel:	72.077,64 Euro
Dem AG bleibt es vorbehalten, auch hinsichtlich der teil abgenommenen Leistungen bis zur Gesamtabnahme Änderungsanordnungen auszusprechen.	
Stellungnahme des Auftragnehmers:	
1. Zu den optischen Mängeln der Treppenbeläge: Gegenüber dem Ausschreibungs- und Bemusterungszeitpunkt wurde eine Reduzierung der Blechstärken der Stahlkonstruktion vorgenommen. Hieraus ergibt sich möglicherweise eine geringere Lastaufnahme der Treppenstufen.	
2. Zu Punkt 1 Ziffer 4 (Schleifen Terrazzo): Es wird darauf hingewiesen, dass zum jetzigen Zeitpunkt raumklimatische Verhältnisse (Luftfeuchte) herrschen, die für die Ebenheit der einzelnen Terrazzofelder negative Einflüsse haben können.	
Weitere Festlegungen zur Teilabnahme: keine	

Berlin, den 25.04.2013  
Ort, Datum

15.02.2017 Dr. Birgit Franz - LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB 37

 LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

## Förmliche Abnahme, § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B

- Unterschrift ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abnahme (Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB/B, 19. Auflage 2015, § 12 Nr. 14, Rn. 18)
- Gemäß § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B lediglich „Befund“ in gemeinsamer Verhandlung „schriftlich niederzulegen“
- „Befund“ = tatsächliche Feststellungen vor Ort = reine Wissenserklärung
- erfordert keine Unterschrift i.S.v. § 126 BGB
- Anders bei Vorbehalten des AG = Willenserklärungen, so dass die §§ 126, 127 BGB (Unterschrift) Anwendung finden
- Wenn der AG solche Vorbehalte erklärt, ist das Protokoll von ihm zu unterschreiben

15.02.2017 Dr. Birgit Franz - LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mbB 38

## Förmliche Abnahme, § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B

- Unterschrift des AN bedeutet kein Anerkenntnis vorbehaltener Mängel
- Unterschrift des AN bedeutet kein Anerkenntnis der Vertragsstrafe
- Abnahme als einseitige WE **muss AN nicht unterschreiben**

### ABER:

- Anders, wenn vertraglich vereinbart, dass beide Parteien unterschreiben
- In diesem Fall Widerspruch gegen Mängelrügen vor die Unterschrift setzen

## Abnahme, § 12 VOB/B



- (5) 1. Wird keine Abnahme verlangt, so **gilt die Leistung als abgenommen** mit Ablauf von **12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung** der Leistung.
2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so **gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt**, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.
3. **Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen** hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.

## Fiktive Abnahme, § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B

- Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung (Abs. 1) schriftlich, bspw. durch SR-Übersendung, kein ausdrückliches Abnahmeverlangen
- muss AG zugehen
- Ablauf von 12 Werktagen

### **Achtung!**

Abnahmewille ist nicht erforderlich

## Fiktive Abnahme, § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

- Inbenutzungnahme der Leistung (z.B. Freigabe der Straße für den Verkehr, nicht jedoch Inbenutzungnahme zur Weiterführung des Bauvorhabens)
- Ablauf von 6 Werktagen (es sei denn, es ist etwas anderes vereinbart)

### **Achtung!**

Abnahmewille ist nicht erforderlich

**Nicht**, wenn das Objekt zwangsläufig in Benutzung genommen wird

## Konkludente Abnahme

- Nicht verwechseln mit der fiktiven Abnahme des § 12 Abs. 5 VOB/B
- Abnahmewille des AG ist erforderlich
- Muss für den AN deutlich erkennbar sein
- Nicht, wenn AG zuvor wesentliche Mängel gerügt hat
- Vereinbarte förmliche Abnahme schließt konkludente grundsätzlich aus
- **Beispiele:**
  - Einzug in neues Haus nach Prüffrist ohne vorherige ausdrückliche Abnahmeverweigerung (BGH, Ur. v. 10.06.1999 – VII ZR 170/98, BauR 1999, 1186)
  - Bezahlung der Schlussrechnung in voller Höhe
  - Gerüstabbau bei Außenputz- oder Anstricharbeiten

## Konkludente Abnahme

- Ausnahmsweise auch bei Vereinbarung einer förmlichen Abnahme möglich
- **Beispiel:**
  - AG hat auf Schlussrechnung und hierauf erfolgten Mahnungen mehrere Monate geschwiegen (BGH, Urteil vom 21.04.1977 – VII ZR 108/76, BauR 1977, 344, streitig, ob und welcher Zeitraum verstrichen sein muss)

## Abnahme in AGB - Wirksamkeitsgrenzen

- Abnahme erst mit Fertigstellung des Gesamtprojekts (-)
- Ausschluss fiktiver Abnahme gemäß § 12 Abs. 5 VOB/B (+)
- Ausschluss der Abnahmefiktion gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB (-)
- Fiktive Abnahme gemäß § 12 Abs. 5 VOB/B in AGB des AN (-)
- Hinausschieben Abnahmezeitpunkt nur um 4 – 6 Wochen
- Verknüpfen Abnahme Leistungen NU mit Abnahme Leistungen GU (-)
- Erfordernis förmlicher Abnahme, solange konkludente möglich (+)
- Abnahme abhängig von Handlungen Dritter (-)

## Kündigung durch den AG, § 8 Abs. 7 VOB/B



(7) Der Auftragnehmer kann Aufmaß und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistungen alsbald nach der Kündigung verlangen; er hat unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen.

## Abnahme auch nach vorzeitiger Vertragsbeendigung!

- Auch nach der Kündigung muss das bis dahin erbrachte Werk abgenommen werden: gilt sowohl bei freier als auch bei Kündigung aus wichtigem Grund!
- § 8 Abs. 6 VOB/B: AN hat Anspruch auf Abnahme nach der Kündigung
- Abnahme muss im Zeitpunkt der Kündigung zumindest möglich sein, das Werk muss also nachbesserungsfähig sein
- Problem bei Leistungen, deren Funktionsfähigkeit nicht beurteilt werden kann (z. B. die erst teilweise verlegten Rohre einer Klimaanlage)

→ **Wesentlich zur Leistungsabgrenzung!**

## Abgrenzung zur Zustandsfeststellung

- **§ 4 Abs. 10 VOB/B:**  
*„Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.“*
- Zustandsfeststellung ist keine Abnahme
- jederzeit möglich, unabhängig von Fertigstellung
- praktikabel, wenn Teilleistungen **überbaut** werden
- Auswirkung: wer sich später auf einen abweichenden Leistungsstand beruft, trägt hierfür die Beweislast



## Abgrenzung zur Zustandsfeststellung

### § 650f BGB-E

- Abs. 1: Wenn der AG die Abnahme verweigert, muss er auf Verlangen an einer Zustandsfeststellung mitwirken
- Abs. 2: Nimmt der AG an dem vom Unternehmer innerhalb angemessener Frist bestimmten Termin unentschuldigt nicht teil, kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung einseitig vornehmen; der AG ist über das Ergebnis schriftlich zu informieren
- Abs. 3: Wenn ein offenkundiger Mangel in der Zustandsfeststellung nicht vermerkt ist, der AG das Werk aber bereits „verschafft“ bekam, wird vermutet, dass der Mangel erst nach der Zustandsfeststellung entstanden ist – es sei denn, diese Vermutung lässt sich mit der Art des Mangels nicht vereinbaren

## Mängelansprüche, § 13 Abs. 1 VOB/B



- (1) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung **zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen**. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln,
1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
  2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.

## Mängelansprüche

- Änderung der anerkannten Regeln der Technik bis zur Abnahme
- geänderter Stand ist zu erbringen
- Hinweis des AN gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B auf die Änderung
- Entscheidung des AG, ob er geändert ausführen lässt
- Anspruch auf zusätzliche Vergütung gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B

## Verjährung der Mängelansprüche, § 634a Abs. 2 - 5 BGB



- (2) Die **Verjährung beginnt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 mit der Abnahme.**

## Mängelansprüche, § 13 Abs. 4 und 5 VOB/B



- (4) 3. Die **Frist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung**; nur für in sich abgeschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme (§ 12 Absatz 2).
- (5) 1. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, (...) **Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu**, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Absatz 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.

## Fälligkeit der Vergütung, § 641 BGB



- (1) Die **Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten**. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.
- (2) Die Vergütung **des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig**,
1. (...)
  2. **soweit** das Werk des Bestellers **von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt** der
  3. (...)

## Fälligkeit ausnahmsweise ohne Abnahme

- AG macht nur noch auf Zahlung gerichtete Mängelansprüche geltend  
→ Abwicklungsverhältnis
- AG verlangt Rücktritt oder Minderung
- AG vereitelt Fertigstellung und lässt ausstehende Leistungen durch Dritten erbringen  
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.02.2013 – 21 U 24/12, IBR 2013, 537)
- AG rechnet gegen Vergütungsforderung mit Kostenerstattungsansprüchen auf

## Abnahmereife und Schlussrechnung

- Ab Abnahmereife darf der AN nur noch aus Schlussrechnung vorgehen
- Anspruch aus Abschlagsrechnung nicht mehr durchsetzbar

## Zahlung, § 16 Abs. 1 VOB/B



- (1) 2. Gegenforderungen können einbehalten werden. Andere Einbehalte sind nur in den im Vertrag und in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Fällen zulässig.
3. Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig.
4. Die **Abschlagszahlungen** sind ohne Einfluss auf die Haftung des Auftragnehmers; sie **gelten nicht als Abnahme** von Teilen der Leistung.

## Sicherheitsleistung, § 17 Abs. 8 VOB/B



- (8) 1. Der Auftraggeber hat eine **nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung** zum vereinbarten Zeitpunkt, **spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben**, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Birgit Franz  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Hohenzollernring 21-23  
50672 Köln  
Tel.: 0221 / 29 21 94 – 0  
[birgit.franz@leinemann-partner.de](mailto:birgit.franz@leinemann-partner.de)

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | Köln | München

