

Rechtliches zur Abnahme

Ein Vortrag im Rahmen

der Mitgliederversammlung
des BVS
am 12.11.2021 in Düsseldorf

Referent:
Rechtsanwalt Carsten Schröder
Düsseldorf



WILLKOMMEN

Wozu dient die Abnahme?

Die Abnahme im Werkvertrag

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium

Die Abnahme im Werkvertrag

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium
- Beweislastumkehr

Die Abnahme im Werkvertrag

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium
- Beweislastumkehr
- Fälligkeit der Vergütung

Die Abnahme im Werkvertrag

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium
- Beweislastumkehr
- Fälligkeit der Vergütung
- Gefahrübergang

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium
- Beweislastumkehr
- Fälligkeit der Vergütung
- Gefahrübergang
- Beginn der Mangelhaftungs- (Gewährleistungs-) Frist

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium
- Beweislastumkehr
- Fälligkeit der Vergütung
- Gefahrübergang
- Beginn der Mangelhaftungs- (Gewährleistungs-) Frist
- Wegfall nicht vorbehaltenen Mängel

Wozu dient die Abnahme?

- Übergang vom Erfüllungs- ins Gewährleistungsstadium
- Beweislastumkehr
- Fälligkeit der Vergütung
- Gefahrübergang
- Beginn der Mangelhaftungs- (Gewährleistungs-) Frist
- Wegfall nicht vorbehaltenen Mängel
- Wegfall nicht vorbehaltenen Vertragsstrafe

Die Abnahme im Werkvertrag

Wie erfolgt die Abnahme?

- Ausdrücklich
- Förmlich
- Schlüssig (konkludent)
- Fiktiv (BGB § 640 Abs. 2, VOB/B § 12 Abs. 5)
- Rechtsfolgen, wenn keine Abnahme erfolgt?

Die Abnahme im Werkvertrag

Wie erfolgt die Abnahme?

- Ausdrücklich

Keine besonderen Formerfordernisse

Mündlich, schriftlich, per Mail ...

Das Wort „Abnahme“ muss nicht fallen

Rückfallposition bei konkludentem Verzicht auf förmliche Abnahme!

Wie erfolgt die Abnahme?

- Förmlich

VOB/B § 12 Abs. 4:

- (4) 1. ¹Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. ²Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. ³Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. ⁴In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. ⁵Jede Partei erhält eine Ausfertigung.
2. ¹Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. ²Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.

Die Abnahme im Werkvertrag

Wie erfolgt die Abnahme?

- Förmlich

Das bedeutet:

Gemeinsame Überprüfung vor Ort und Protokollierung.

Unterschrift des AG genügt!

Daher auch Vorsicht bei AG-seitig gestellten Abnahmeprotokollen:

Wie erfolgt die Abnahme?

- Förmlich

Daher auch Obacht bei AG-seitig gestellten Abnahmeprotokollen:

- **Gewährleistungsfrist für Mängel kann im Abnahmeprotokoll verlängert werden!**

Eine einseitige Ergänzung durch den Auftraggeber im Abnahmeprotokoll, dass entgegen der ursprünglichen Vereinbarung für bestimmte Gewerke die Gewährleistungsfrist für Mängel auf 10 Jahre verlängert wird, ist wirksam, wenn der Auftragnehmer das Abnahmeprotokoll unterzeichnet. Unerheblich ist dabei, dass er eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht vereinbaren wollte.

OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018 - [5 U 99/15](#); BGH, Beschluss vom 06.11.2019 - VII ZR 153/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Wie erfolgt die Abnahme?

- Förmlich

Daher auch Obacht bei AG-seitig gestellten Abnahmeprotokollen:

- **Gewährleistungsfrist durch Vereinbarung im Abnahmeprotokoll verkürzt!**

1. Weicht die in einem Abnahmeprotokoll individuell angegebene Gewährleistungsfrist von der gesetzlichen oder der ursprünglich vereinbarten Frist ab, ist die im Abnahmeprotokoll angegebene Frist maßgeblich, wenn das Protokoll von den Vertragsparteien unterzeichnet wird.

2. Entsendet eine Partei zum Abnahmetermin einen vollmachtlosen Vertreter, muss sie sich dessen Erklärungen zurechnen lassen, sofern die andere Partei die Vollmachtlosigkeit nicht kennt.

OLG Braunschweig, Urteil vom 20.12.2012 - [8 U 7/12](#)

Die Abnahme im Werkvertrag

Wie erfolgt die Abnahme?

- Förmlich

Daher auch Obacht bei AG-seitig gestellten Abnahmeprotokollen:

Praxishinweis:

Abnahmeprotokoll so sorgfältig prüfen, wie den Vertrag!


Reaktionsmöglichkeiten, wenn AG einseitig unterschriebenes Protokoll übersendet? (...)

Die Abnahme im Werkvertrag

Wie erfolgt die Abnahme?

- Schlüssig (konkludent)

AG bringt zwar nicht ausdrücklich, aber durch sein Verhalten zum Ausdruck, dass er abnehmen möchte.

 Immer eine Frage des Einzelfalles. Die Möglichkeit sollte aber nicht aus den Augen gelassen werden, weil damit (im Einzelfall) auch ein konkludenter Verzicht auf die förmliche Abnahme einhergehen kann! (Bsp. Auf nächster Folie)

Wie erfolgt die Abnahme?

- Schlüssig (konkludent)

- vorbehaltlose Zahlung des Werklohnes
- bei Vertrag mit Bauträger Übernahme der Eigentumswohnung durch Erwerber vom Bauträger
- rügelose Benutzung des Werkes für weitere Arbeiten ohne Zwänge
- Auszahlung Sicherheitseinbehalt, Rückgabe Vertragserfüllungsbürgschaft
- Veräußerung des fertigen Bauwerks
- Unterzeichnung einer Ausführungsbestätigung durch AG, nicht aber bloßer Bestätigungsvermerk AG auf Schlussrechnung des AN über Stundenlohnarbeiten (wird nur Anfall der Stunden bestätigt)
- Einwilligung in Abbau des Gerüstes
- Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel nach einem Schlussgespräch über die Restforderung des AN

Wie erfolgt die Abnahme?

- Fiktiv (BGB § 640 Abs. 2, VOB/B § 12 Abs. 5)

BGB § 640 Abs. 2:

Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen

Das wird im Wirtschaftsbau wohl eher selten passieren – aber warum nicht versuchen?

Wie erfolgt die Abnahme?

- Fiktiv (BGB § 640 Abs. 2, VOB/B § 12 Abs. 5)

VOB/B § 12 Abs. 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.

Die Abnahme im Werkvertrag

Wie erfolgt die Abnahme?

- Rechtsfolgen, wenn keine Abnahme erfolgt?

Annahmeverzug des Auftraggebers?

Übergang in Abrechnungsverhältnis?

Klage auf Abnahme?

Abnahmeklauseln in AGB

- Allgemeine Geschäftsbedingungen des AG:

Dürften im Wirtschaftsbau in den allermeisten Fällen vorliegen

Das gilt auch für den öffentliche AG – auch wenn meist das VHB (oder entsprechende Landes- oder Kommunalvorschriften) beachtet wird, sieht man oft ergänzende Vertragsbedingungen z.B. der eingeschalteten Projektsteuerung.

Konsequenz:

Die Abnahme im Werkvertrag

Abnahmeklauseln in AGB

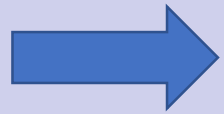
Soweit die Abnahmeklausel den AN unangemessen benachteiligt, ist sie unwirksam. Beispiele:

NU – Abnahme erst mit Bauherrenabnahme

Abnahme erst nach **mangelfreier** Fertigstellung

Hinweis: in solchen Fällen Wechselwirkung mit Vertragsstrafe/Sicherheitenklauseln prüfen!

Was tun, wenn der AG nicht abnimmt?



Letzlich immer eine Frage des Einzelfalles.

- Abnahmefrist setzen!!!
- Bedenken anmelden
- Leistungsschutz durch Verschuß von Bereichen?
- Leistungsschutz in sonstiger Weise, Nachtrag?
- Zustandsfeststellung gem. § 4 Abs. 10 VOB/B

Was tun, wenn der AG nicht abnimmt?

 Letzlich immer eine Frage des Einzelfalles.

- Abnahmefrist setzen!!!
- Bedenken anmelden
- Leistungsschutz durch Verschluß von Bereichen?
- Leistungsschutz in sonstiger Weise, Nachtrag?
- Zustandsfeststellung gem. § 4 Abs. 10 VOB/B

Fallkonstellationen der Teilnehmer und Diskussion

EXKURS:

WENN DIE DIN NICHT ALLES REGELT – ODER ETWA DOCH?

(Basierend auf einer wahren Begebenheit - LG Wiesbaden, 6 O 42/21)

DIN 13 213

EXKURS

Bauherr errichtet Bürokomplex. AN erhält Auftrag für Naß-Hohlraumboden mit folgendem Aufbau (vereinfacht):

2 Beschreibung der Konstruktion

Die Bodenkonstruktion besteht aus einem Nass-Hohlboden mit Belägen aus Betonwerkstein. Der Calciumsulfat-Fliessestrich wurde auf Schalungselementen eingebracht.

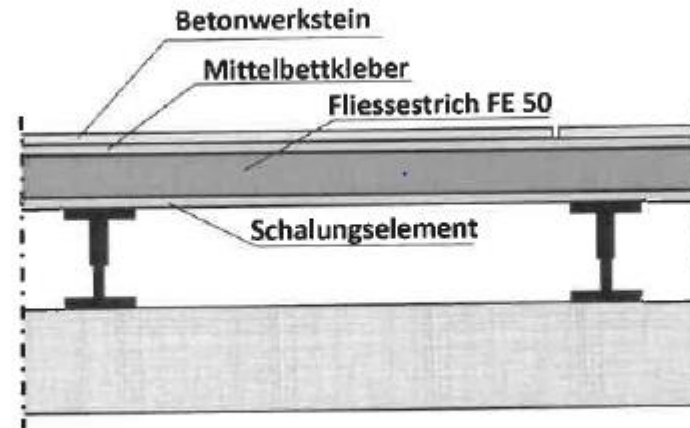


Bild 1: Bodenaufbau

Der Aufbau des Hohlbodens ergibt sich entsprechend Bild 1. Die Beläge wurden im Verband und teilweise im Mittelbett verlegt.

EXKURS

Anforderung an die Bodenkonstruktion: Lastklasse 2 gem DIN 13213

AN errichtet Hohlraumboden selbst und vergibt Naturwerkstein an Nachunternehmer (NU).

Nach Abnahme treten gehäuft Risse im Stein, Flankenabrisse etc. ein.

NU bestreitet seine Haftung. Es sei eine Umnutzung erfolgt, die Flächen würden auch mit Palettenhubwagen und anderem schweren Gerät befahren.

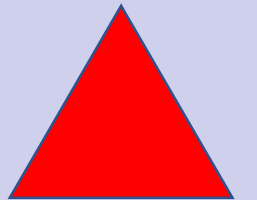
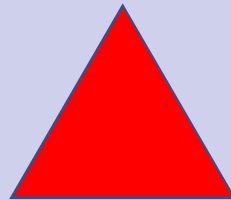
EXKURS

Der Sachverständige im selbständigen Beweisverfahren hält verschiedene Mangelursachen für möglich:

- Fehlender Oberflächenschliff des Calciumsulfatestrichs (Ziffer 6.18.):
- Einhaltung der Verarbeitungsrichtlinien (Ziffer 6.19.): Die Verarbeitungsrichtlinien müssen von der Antragsgegnerin eingehalten werden.
- Zu hohe Belastung (Ziffer 6.20.):

Die Lastklasse 2 wurde für die Hohlräume von dem Planer vorgegeben. Werden die Bodenbeläge mit höheren Lasten als vorgegeben belastet, fällt dies nicht in den Verantwortungsbereich der Antragsgegnerin.

- Zu frühe Freigabe der Betonwerksteinbodenbeläge nach der Verlegung (Ziffer 6.21.):
- Zu hohe Restfeuchte der Betonwerksteinbodenplatten (Ziffer 6.22.):



Die Abnahme im Werkvertrag

EXKURS:

Das ist für den AN problematisch, denn nach der Abnahme muss er den Mangel an der Leistung des NU beweisen.

Wenn die „zu hohe Belastung“ als alleinige Ursache für die Mangelercheinung in Betracht kommt, gelingt dieser Beweis nicht!

Verbauter Hohlraumboden: Lastklasse 2 (also Punktlast 3 KN)

Palettenhubwagen mit Papier (700 kg): Punktlast 4,875 KN (inklusive Schwingbeiwert)

Die Abnahme im Werkvertrag

EXKURS:

Das rettende (und richtige) Argument:

Für die tatsächliche Lastaufnahmefähigkeit ist nicht nur die (der Elementklasse 2) entsprechende Belastbarkeit des Systembodens entscheidend.

Durch den Verbund mit dem Naturwerkstein entsteht ein neuer Verbund mit (hier) deutlich höherer Belastbarkeit.

Die Abnahme im Werkvertrag

EXKURS:

Nur Hohlrumboden:

Spannungsverteilung

	Widerstandsmoment mm ³	Spannung N/mm ²	zulässig N/mm ²
Belag (o)	-110826	0,00	6,80
Belag (u)	-110826	0,00	6,80
Mörtel (o)	-387892	0,00	2,00
Mörtel (u)	-387894	0,00	2,00
Estrich (o)	-228173	-4,38	2,80
Estrich (u)	228170	4,38	2,80

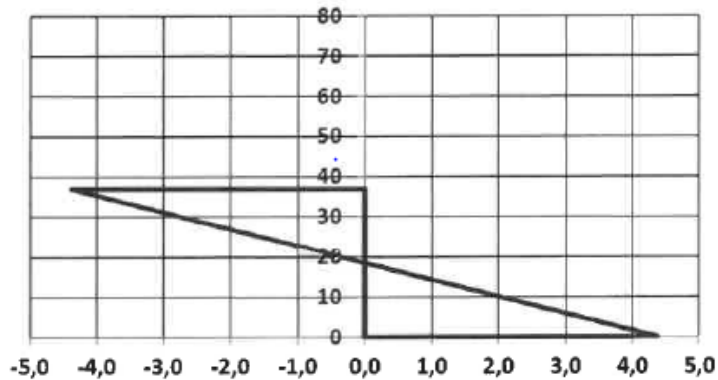


Bild 3: Spannungsverteilung im Estrich

Die Tragfähigkeit erhöht sich durch den Verbund um den Faktor 4,6 – also von

2,8 N/mm² auf 12,88 N/mm²

Hohlraumboden im Verbund mit Belag:

	Widerstandsmoment mm ³	Spannung N/mm ²	zulässig N/mm ²
Belag (o)	-702752	-1,42	6,80
Belag (u)	-2012346	-0,50	6,80
Mörtel (o)	-7043213	-0,14	2,00
Mörtel (u)	14349979	0,07	2,00
Estrich (o)	8441164	0,12	2,80
Estrich (u)	1051985	0,95	2,80

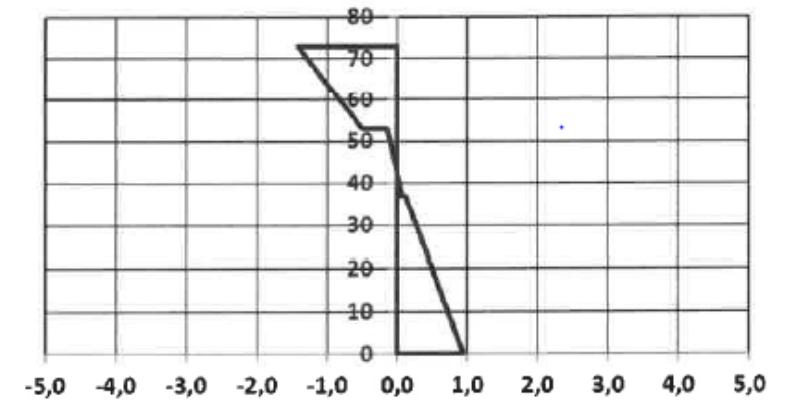


Bild 4: Spannungsverteilung im Verbundquerschnitt

Die Abnahme im Werkvertrag

EXKURS:

Da damit eine zu geringe planerische Dimensionierung als Ursache ausschied, war die Haftung des NU für den Mangel bewiesen. Alle anderen möglichen Ursachen aus dem Gutachten beschrieben Montagefehler.

Denkanstoß: Diese Erkenntnis zum „Gesamtverbund“ muss nicht nur im Streit über Mangelursachen nützlich sein. Möglicherweise lassen sich damit bereits in der Planungsphase oder bei Sonderlösungen Alternativen für den Bauherren oder den von Ihnen beratenen Planer aufzeigen. Allerdings befindet man sich damit zumindest in einer Grauzone der Anwendungsrichtlinie:

3	Büroflächen, Arbeitsflächen, Flure	Flure in Krankenhäusern, Hotels, Altenheimen, Internaten usw.; Küchen u. Behandlungsräume	5	5000 N
4		Flächen wie laufende Nr. 1 bis 3, jedoch mit schwerem Gerät	≥ 3	Im Einzelnen zu bemessen

Carsten Schröder

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Schröder Fischer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Düsseldorfer Straße 112

40545 Düsseldorf

Telefon: +49 211 4472 6672

Telefax: +49 211 4472 6655

www.schroederfischer.de



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit