

Fix und fertig

Wann ist ein Bauwerk abnahmefähig?

Für die Fälligkeit der Vergütung und den Beginn der Gewährleistungsfrist ist die Abnahme eines Bauprojekts von zentraler Bedeutung. Die Abnahme kommt jedoch gar nicht erst zustande, wenn das Bauwerk nicht abnahmefähig ist. Daher stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen z. B. wegen fehlender Restleistungen oder einer Vielzahl an Mängeln ein Bauwerk nicht abnahmefähig ist. ■

Die zentrale Regelung für die Abnahme ist § 640 Abs. 1 BGB. Danach ist der Auftraggeber *verpflichtet*, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern dies nicht nach der Beschaffenheit ausgeschlossen ist. Der Auftraggeber darf die Abnahme auch nicht wegen *unwesentlicher Mängel* verweigern (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das Gesetz regelt darüber hinaus auch eine *Abnahmefiktion*. Gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Auftraggeber das Werk nicht innerhalb einer vom Unternehmer bestimmten, angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

Die Regelungen in § 12 VOB/B ergänzen die gesetzliche Grundregelung vor allem im Hinblick auf die Praxisbedürfnisse im Baubereich.

Inhalt der Abnahme

Die Abnahme ist die mit der körperlichen Hinnahme verbundene Billigung des Werks als (in der Hauptsache nach) vertragsgemäße Leistung.¹ Anders als bei anderen Verträgen tritt die Vertragserfüllung nicht allein durch die Leistungsbewirkung ein. Vielmehr hat der Besteller die Pflicht, die Werkleistung dahingehend zu prüfen, ob das Bestellte auch geliefert wurde. Die Be-



Bild: © auremar – Fotolia.com

(1) Die Abnahme hat entscheidende Auswirkungen auf die Gefahrtragung sowie Leistungs- und Vergütungspflichten.

stätigung dieser vertragsgemäßen Erfüllung ist die Abnahme.

Die Abnahme durch den AG besteht aus zwei Elementen. Zum einen ist die Abnahme die *körperliche Entgegennahme* der Leistung des Unternehmers. Zum anderen ist sie die Erklärung, dass die Leistung *im Wesentlichen vertragsgerecht* ist.

Aus der Abnahme resultieren verschiedene Konsequenzen, die für die Leistungspflichten des Unternehmers, die Vergütungspflicht des Auftraggebers sowie für die Gefahrtragung von einschneidender Bedeutung sind.

Abnahmeerklärung

Die Abnahme kann vom Auftraggeber in verschiedener Art und Weise erklärt werden. Sie kann ausdrücklich oder still-

schweigend (durch eine schlüssige Handlung) erfolgen. Die Abnahmewirkungen treten aber auch durch Abnahmefiktion ein.

§ 640 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt zwar eine Abnahmeerklärung. Es wird aber keine bestimmte Form für die Erklärung vorausgesetzt, eine *formlose, ausdrückliche Abnahme* ist ausreichend. Der Auftraggeber kann daher mündlich die Abnahme erklären. Sinnvoll ist dies aber nicht. Die in der Praxis zu empfehlende förmliche Abnahme wird in § 12 Abs. 4 VOB/B geregelt.

Abnahmereife

Der AG muss die Abnahme erklären, wenn das Werk abnahmereif ist. Abnahmereife liegt vor, wenn die Leistung des Unternehmers keine wesentlichen Mängel mehr auf-

¹ BGH 24.11.1969, VII ZR 177/62



Bild: © Bruce Shippee – Fotolia.com

(2) Bei der förmlichen Abnahme werden Mängel schriftlich festgehalten.

weist bzw. nur noch unwesentliche Restleistungen offen sind. Die unterschiedlichen Formulierungen in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. § 12 Abs. 3 VOB/B spielen insoweit keine Rolle.

Voraussetzung für das berechtigte Verlangen der Abnahme ist, dass der Unternehmer die vertraglich übernommenen Leistungsziele im Wesentlichen erreicht hat. Die im Leistungsverzeichnis und den Plänen beschriebene Leistung muss abgearbeitet worden sein. Bei einem schlüsselfertig zu errichtenden Gebäude müssen also der Einzug und die Nutzungsaufnahme möglich sein.

Die Leistungen der einzelnen Baugewerke sind abnahmereif, wenn sie unter Beachtung der vertraglichen Vorgaben fertiggestellt sind und die Nachfolgewerke darauf aufbauen können. Für die Abnahmereife einer Nachunternehmerleistung kommt es nicht darauf an, ob der Generalunternehmer seinerseits die Werkleistung nur als Teilleistung gegenüber seinem Auftraggeber eingekauft hat. Er muss die Abnahme gegenüber seinem Nachunternehmer

erklären, auch wenn seine Gesamtleistung gegenüber dem Bauherrn noch nicht abnahmereif ist.

Die noch vorhandenen Mängel der Leistung bzw. die offenen Restleistungen müssen so unwesentlich sein, dass dem Auftraggeber die Abnahme als im Wesentlichen vertragsgemäß zumutbar ist. Zu prüfen ist dabei, welche Auswirkungen der Mangel auf den vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck hat und ob sich der Mangel überhaupt auf die Gebrauchstauglichkeit der gesamten Werkleistung auswirkt. Beispielsweise könnte zu Recht die Abnahme eines Luxushotels verweigert werden, bei dem die Klimaanlage nicht funktioniert – auch wenn die Fertigstellung der Steuerung nur 2.500 € kostet, denn eine funktionierende Klimaanlage ist für den Betrieb eines Luxushotels erforderlich.

Ob letztendlich eine Abnahmereife vorliegt, wird im Streitfall das Gericht mithilfe von Sachverständigen beurteilen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber die Werkleistung auch *freiwillig* aus-

drücklich bzw. förmlich abnehmen kann, wenn diese noch gar nicht abnahmereif hergestellt ist oder gravierende Mängel aufweist. Dann sollte er sich allerdings zumindest diese Mängel vorbehalten (gem. § 640 Abs. 2 BGB). Der objektive Zustand der Leistung ist also im Fall einer ausdrücklichen Abnahmeerklärung des Auftraggebers nachrangig.

Die schlüssige Abnahme einer unvollständigen Leistung ist im Regelfall ausgeschlossen. Nur selten liegen gewichtige Umstände vor, welche die Annahme rechtfertigen können, der Auftraggeber habe das Werk trotz gravierender Mängel oder fehlender Abnahmereife durch eine schlüssige Handlung als vertragsgemäße anerkannt.²

Die gemeinsame *Zustandsfeststellung* nach § 4 Abs. Satz 10 VOB/B dient lediglich der technischen Kontrolle und ist zur Vorbereitung der eigentlichen Abnahme zweckmäßig. Sie sagt aber grundsätzlich nichts zur Abnahmereife der Gesamtleistung des Unternehmers aus. Sie soll vielmehr den Zustand von Leistungen bestätigen, wenn durch den Baufortschritt zum eigentlichen Abnahmezeitpunkt eine Prüfung nicht mehr möglich ist. Ist diese gemeinsame Zustandsfeststellung nicht auf unselbstständige Leistungsteile bezogen (wie z. B. die Überprüfung der Armierung vor Beginn der Betonierarbeiten), sondern betrifft sie in sich abgeschlossene selbstständige Leistungsbereiche, kann man schon an eine echte Teilabnahme denken. Denkbar wäre dies, falls z. B. der Dachdecker einen Auftrag für zwei nicht miteinander verbundene benachbarte Häuser hat und seine Leistungen für ein Gebäude fertigstellt.

Wesentliche Mängel und Restfertigstellung

Bei Vorliegen *wesentlicher Mängel* kann der Auftraggeber die Abnahme verweigern. Regelmäßig stellt sich in der Praxis die Frage, wann Mängel wesentlich sind bzw. welche Leistungen zum Abnahmezeitpunkt noch nicht erbracht sein dürfen, damit zu

² BGH 18.02.2003, X ZR 245/00

Recht eine Abnahme verweigert werden kann. Eine eindeutige Definition, was wesentlich ist oder nicht oder wie hoch die Mängelbeseitigungskosten sein dürfen, damit man noch von „unwesentlich“ sprechen kann, gibt es leider nicht. Es ist immer der Einzelfall zu prüfen.

Bei der Qualifizierung eines Mangels als wesentlich oder unwesentlich ist abzuwägen. Die Interessen beider Vertragsparteien sind zu berücksichtigen. Ist die Entgegennahme der Leistung trotz vorhandener Mängel für den Auftraggeber zumutbar, ist ein Mangel eher unwesentlich. Je geringer die Abweichung von den vertraglichen Leistungsvorgaben ist, desto eher besteht die Verpflichtung zur Abnahme. Dabei kommt es aber nicht nur auf die objektive Bewertung an. Auch eine Leistung, die den anerkannten Regeln der Technik entspricht, kann mangelhaft sein, sodass der Auftraggeber die Abnahme zu Recht verweigern kann, weil eine vorrangige vertragliche Leistungsbestimmung nicht erfüllt wurde. Wird eine vom Auftraggeber vorgegebene Art und Weise der Ausführung nicht beachtet, ist die Leistung trotz Einhaltung technischer Regelwerke mit einem wesentlichen Mangel behaftet.³

Bei der vorzunehmenden Bewertung sind also die gesamten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere *Art, Umfang und Auswirkungen des Mangels*.⁴

Das OLG München⁵ hat hierzu einige Kriterien aufgestellt: Für die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Mängeln sind zu prüfen:

- der Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen, insbesondere die Höhe der Mängelbeseitigungskosten,
- die Auswirkungen des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamtwerkleistung und
- das Maß der möglicherweise auch nur optischen Beeinträchtigung.

³ OLG Hamm 19.07.2006, 12 U 155/03

⁴ BGH 26.02.1981, VII ZR 287/79

⁵ 15.01.2008, 13 U 4378/07



Bild: © A. Jahn

(3) Liegen wesentliche Mängel vor, kann die Abnahme verweigert werden.

Ist die *Funktionalität* eines Bauwerks fühlbar *beeinträchtigt*, so wird ein Mangel oder eben die fehlende Restfertigstellung in aller Regel wesentlich sein. Auch dann, wenn die *Sicherheit* der Nutzer gefährdet ist, muss man von wesentlichen Mängeln oder Restleistungen ausgehen. So hat das OLG Hamm entschieden, dass ein fehlendes Geländer an einer ca. 80 cm hohen Abtreppe im Eingangsbereich eines Supermarkts einen wesentlichen Mangel darstellt.⁶ Bemerkenswert hierbei war, dass die Mängelbeseitigung lediglich 2.000 € bei einem Bauvolumen von über 1,5 Mio. € ausmachte.

Insbesondere die vom Auftraggeber im Vertrag geregelten wichtigen Beschaffenheiten und Merkmale des Bauwerks oder sogar die Nebenleistungen können dazu führen, dass deren Fehlen als wesentlich gewertet wird. So kann die vertragliche Verpflichtung zur Dokumentation der Leistungserbringung so wesentlich sein, dass die fehlende Dokumentation zur Abnahmeverweigerung berechtigt.⁷

⁶ OLG Hamm 26.11.2003, 12 U 112/02

⁷ OLG Bamberg 08.12.2010, 3 U 93/09

Auch die fehlende Revisionsplanung kann ein wesentlicher Mangel sein, wenn insbesondere die Pläne für die Elektro-, Sanitär- und Heizungsanlageneinrichtungen für die fachgerechte und zielorientierte Instandhaltung und Wartung dieser Anlagen vor allem bei größeren Objekten unerlässlich sind.⁸

Selbst rein optische Gründe können einen wesentlichen Mangel darstellen. So wurde entschieden, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt, wenn 16 % des verlegten Fliesenmaterials farblich unzulässige Abweichungen aufweist.

Wenn der Auftragnehmer wesentlich von der vereinbarten Leistung abweicht, kann der Besteller die Abnahme selbst bei unverhältnismäßig hohen Kosten der Mängelbeseitigung verweigern. So wurde zugunsten der Erwerber eines Mehrfamilienwohnhauses entschieden, dass diese die Abnahme des Gemeinschaftseigentums verweigern können, weil der in der Baubeschreibung versprochene „rollstuhl-

⁸ OLG Hamm, 17.06.2008, 19 U 152/04