



Bauwesen und Architektur

▷ Baurecht

Melanie Eilers, Christian Esch

Abnahme und Gewährleistung

Probeseiten

Weitere Informationen zur Fachbroschüre
und eine Bestellmöglichkeit finden Sie [hier](#).



Verlag Dashöfer

Melanie Eilers, Christian Esch

Abnahme und Gewährleistung



Verlag Dashöfer GmbH

Fachinformationen · Business-Seminare · Online-Medien

Barmbeker Straße 4a · 22303 Hamburg

Telefon: 040 413321-0 · Fax: 040 413321-10

E-Mail: info@dashoefer.de · Internet: www.dashoefer.de

Stand: März 2015

Copyright © 2015 Dashöfer Holding Ltd., Zypern & Verlag Dashöfer GmbH, Hamburg. Alle Rechte, insbesondere Titelrecht, Lizenzrecht und gewerbliche Schutzrechte sind im alleinigen Eigentum der Dashöfer Holding Ltd. Zypern.

Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung sowie Übersetzung. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Druck, Fotokopie, elektronische oder andere Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert werden.

Die in diesem Werk enthaltenen Informationen wurden nach bestem Wissen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung erarbeitet, erfolgen aber wegen der uneinheitlichen Ergebnisse in Forschung, Rechtsprechung und Verwaltung ohne Gewähr. Der Verlag haftet insbesondere nicht für den Inhalt der vorgestellten Internet-Seiten. Die Verantwortung für Inhalt und Funktion der Links liegt bei den jeweiligen Betreibern.

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Luisenstraße 62, 47799 Krefeld
Druck: Einfachmüller, 22041 Hamburg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
A Einleitung	2
B Abnahme	3
B.1 Verhältnis von § 640 BGB zu § 12 VOB/B	3
B.2 Abnahme als Hauptpflicht des Auftraggebers	4
B.3 Die Abnahme und „Abnahmeformen“	4
B.4 Rechtsgeschäftliche Abnahme	6
B.4.1 Definition	6
B.4.2 Fertigstellung der Werkleistung	7
B.4.3 Körperliche Entgegennahme der Werkleistung	8
B.4.4 Billigung als im Wesentlichen vertragsgerecht	9
B.5 Arten der Abnahme	10
B.5.1 Ausdrückliche Abnahme	10
B.5.2 Förmliche Abnahme	13
B.5.3 Stillschweigende (konkludente) Abnahme	24
B.5.4 Fiktive Abnahme	29
B.6 Teilabnahme	39
B.6.1 BGB-Vertrag	39
B.6.2 VOB-Vertrag	40
B.7 Rechtsfolgen der Abnahme	42
B.8 Abnahme und Kündigung	49
B.9 Verweigerung der Abnahme	50
B.10 Kosten der Abnahme	53
C Gewährleistungsrechte	54
C.1 Abgrenzung VOR Abnahme / NACH Abnahme	54
C.1.1 Vor der Abnahme	54
C.1.2 Nach der Abnahme	55
C.2 BGB-Vertrag	56
C.2.1 Mangel	56
C.2.2 Gewährleistungsrechte beim BGB-Vertrag	62

C.3	Die Gewährleistungsrechte des Auftraggebers nach der VOB/B.....	104
C.3.1	Mangel.....	104
C.3.2	Gewährleistungsrechte beim VOB-Vertrag.....	108

Vorwort

Das vorliegende Fachbuch gibt einen Überblick über die praxisrelevanten Bereiche Abnahme und Gewährleistungsrechte. Wegen des Umfangs dieser beiden Bereiche können die einzelnen Voraussetzungen nur angesprochen und es kann auf Problemfelder hingewiesen werden. Eine abschließende Darstellung aller derzeit diskutierten Fragen kann in diesem Umfang nicht erfolgen.

Die streitigen und besonders praxisrelevanten Punkte sind gekennzeichnet, um ein Problembewusstsein zu schaffen. Das soll Ihnen die Möglichkeit geben, Fallstricke zu erkennen und konkrete Fallgestaltungen im Einzelfall besonders gründlich und ggf. unter Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes zu prüfen.

Die neue VOB/B 2012 ist seit dem 30. Juni 2012 gültig und hat die VOB/B 2009 abgelöst. Hinsichtlich der hier behandelten Themen Abnahme und Gewährleistungsrechte sind keine Änderungen erfolgt, so dass die folgenden Ausführungen für Verträge unter Einbeziehung der VOB/B 2009 und der VOB/B 2012 gelten.

Hamburg, 27. November 2014

Die Autoren

A Einleitung

Diese Fachpublikation befasst sich mit der Abnahme und den Gewährleistungsrechten des Auftraggebers beim BGB-Vertrag und beim VOB-Vertrag.

Wenn die Ausführungen nur einen dieser beiden Vertragstypen betreffen, ist das kenntlich gemacht. Fehlt eine Unterscheidung, gelten die Ausführungen für beide Vertragstypen.

Das BGB verwendet die Begriffe „Unternehmer“ und „Besteller“. Zur Vereinfachung werden im Folgenden nur die Bezeichnungen „**Auftraggeber**“ (Besteller) und „**Auftragnehmer**“ (Unternehmer) verwendet.

Los geht's!

B Abnahme

Die Abnahme ist eine werkvertragliche Besonderheit, weil das Werk – anders als bspw. im Kaufrecht – bei Vertragsschluss noch nicht hergestellt ist. Deshalb kann der Auftraggeber im Gegensatz zum Käufer die Sache nicht schon vor oder bei Vertragsschluss überprüfen und auf Mängel untersuchen.

Im Kaufrecht nimmt der Käufer die „Abnahme“ (Mangelprüfung) bereits vor Vertragsschluss vor. Deshalb reicht anschließend die körperliche Annahme der Kaufsache durch den Käufer aus, um die vertragliche Erfüllung herbeizuführen.

Im Baurecht wird das Werk erst nach Vertragsschluss hergestellt und kann vom Auftraggeber erst nach der Herstellung überprüft werden. Deshalb tritt im Baurecht durch die reine körperliche Hinnahme des vom Auftragnehmer hergestellten Werkes noch keine Erfüllung ein. Weil es maßgeblich auf die Feststellung der ordnungsgemäßen Herstellung des Werkes durch den Auftraggeber ankommt, muss der Auftraggeber neben der körperlichen Annahme noch erklären, dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.

Die Abnahme dient also zum einen dazu, dem Auftraggeber den Besitz an dem Werk zu „übergeben“, und zum anderen dazu, festzustellen, dass das fertigestellte Werk den vertraglichen Vorgaben entspricht.

B.1 Verhältnis von § 640 BGB zu § 12 VOB/B

§ 640 BGB ist die gesetzliche Grundregelung zur Abnahme. § 12 VOB/B enthält vertragliche Sonderregelungen, die § 640 BGB ergänzen.

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern kann und muss als allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) von den Parteien in den Vertrag einbezogen werden. Wird § 12 VOB/B in den Vertrag einbezogen, ist er eine vertragliche Vereinbarung der Parteien und geht als solche den gesetzlichen Abnahmevorschriften vor, soweit er von diesen abweicht. Das heißt im Umkehrschluss, dass alle gesetzlichen Regelungen, die durch § 12 VOB/B oder die sonstigen vertraglichen Regelungen der

Parteien nicht modifiziert werden, unverändert auch im VOB/B-Vertrag gelten. Das betrifft insbesondere die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB (siehe Ziffer B.5.4).

B.2 Abnahme als Hauptpflicht des Auftraggebers

Der Auftraggeber ist nach § 640 Abs. 1 BGB verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern die Abnahme nicht nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist. Die Abnahme ist also – wie die Verpflichtung zur Zahlung des Werklohns – eine Hauptpflicht des Auftraggebers.

Bei einem VOB-Vertrag entsteht die Abnahmeverpflichtung gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B, wenn der Auftragnehmer die Abnahme vom Auftraggeber verlangt. Der Auftraggeber hat dann zwölf Werktage Zeit, um die Abnahme durchzuführen.

Erfüllt der Auftraggeber seine Abnahmeverpflichtung schuldhaft nicht, verletzt er damit eine vertragliche Hauptpflicht und macht sich schadensersatzpflichtig (§§ 280ff. BGB).

Aus der Einordnung der Abnahmeverpflichtung als Hauptpflicht des Auftraggebers folgt darüber hinaus, dass der Auftragnehmer die Abnahme selbstständig einklagen kann.

B.3 Die Abnahme und „Abnahmeformen“

Abnahme im Sinne des § 640 BGB und des § 12 VOB/B ist nur die rechtsgeschäftliche Abnahme. Sie ist die wichtigste und praxisrelevanteste Art der Abnahme, weil nur durch sie die im Werkvertragsrecht bzw. in der VOB/B geregelten Rechtsfolgen ausgelöst werden.

Deshalb befassen sich die unter Ziffer B.4 folgenden ausführlichen Ausführungen auch nur mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme.

Neben der rechtsgeschäftlichen Abnahme gibt es noch die behördlichen Abnahmen und die fachtechnische Zustandsfeststellung, die in der Praxis nicht so relevant sind. Deshalb nur zur Vollständigkeit:

Die **behördlichen Abnahmen** sind in den Bauordnungen der Länder geregelt. Ein Beispiel ist die „Bauabnahme“ nach § 77 NBauO.¹

Bei behördlichen Abnahmen wird lediglich kontrolliert, ob die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und die sicherheitsrelevanten Standards eingehalten sind, nicht jedoch, ob das Werk vertragsgemäß bzw. mangelfrei ist. Deshalb sind behördliche Abnahmen keine Abnahme im Sinne des § 640 BGB bzw. des § 12 VOB/B und ersetzen diese auch nicht.

Weil im Rahmen einer behördlichen Abnahme nicht einmal ansatzweise geprüft wird, ob die Bauleistung vertragsgerecht erstellt worden ist, kommt dieser auch keine Indizwirkung für die Abnahmereife der Bauleistung zu. Umgekehrt kann aber eine fehlende behördliche Abnahme einen wesentlichen Mangel der Bauleistung darstellen.

Die **fachtechnische Zustandsfeststellung** hat den Zweck, den tatsächlichen Zustand einer Leistung festzustellen, die durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen wird (§ 4 Abs. 10 VOB/B).

Anwendungsbereich ist bspw. die Prüfung des Oberbodens vor Aufbringen des Estrichs, die Prüfung der Wärmedämmung oder der Rohrleitungen. Solcher Leistungen also, die durch den Baufortschritt einer augenscheinlichen Überprüfung entzogen werden.

Die Zustandsfeststellung darf nicht mit der „Teilabnahme“ (siehe hierzu Ziffer B.6) verwechselt werden. Sie ist lediglich eine Art Vorstufe zur Abnahme, die dazu dient, Mängel an Teilen, die bei der Abnahme nicht mehr überprüft werden können, frühzeitig bzw. überhaupt zu erkennen.

1 Die Hamburgische Bauordnung enthielt in der bis 31.03.2006 geltenden Fassung in den §§ 77 und 78 Regelungen zu Bauzustandsbesichtigungen und Abnahmebescheinigungen. In der aktuellen Fassung regelt die HBauO die Abnahme nur noch für Fliegende Bauten (§ 66 Abs. 5). Entsprechendes gilt für die Landesbauordnung Schleswig-Holstein. Die Abnahme der Fliegenden Bauten ist in § 76 Abs. 7 LBOSH geregelt.

Deshalb müssen für eine Zustandsfeststellung nicht die für eine Teilabnahme erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Die Zustandsfeststellung muss sich deshalb auch nicht auf in sich abgeschlossene Teile der Leistung beziehen. Vielmehr ist auf Verlangen einer Partei auch der Zustand unselbständiger Leistungsteile von den Beteiligten gemeinsam festzustellen.

B.4 Rechtsgeschäftliche Abnahme

Wenn im Folgenden von „Abnahme“ die Rede ist, ist immer die rechtsgeschäftliche Abnahme gemeint. Wie bereits dargestellt, ist diese die praxisrelevanteste Art der Abnahme, weil nur durch sie die im Werkvertragsrecht bzw. in der VOB/B geregelten Rechtsfolgen ausgelöst werden.

B.4.1 Definition

Zunächst einmal muss geklärt werden, was „Abnahme“ eigentlich bedeutet. Der Begriff der „Abnahme“ wird weder in § 640 BGB noch in § 12 VOB/B näher bestimmt. Deshalb muss auf die Definition der Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Der BGH definiert die Abnahme wie folgt:

Abnahme ist die körperliche Entgegennahme der Werkleistung und deren Billigung als in der Hauptsache vertragsgerecht.²

Die Abnahme setzt sich demnach aus 2 Komponenten zusammen, die nebeneinander vorliegen müssen (sog. zweigliedriger Abnahmebegriff). Als dritte Voraussetzung kommt hinzu, dass der Auftragnehmer die Werkleistung **im Wesentlichen fertiggestellt** haben muss.

Voraussetzungen der Abnahme

1. Fertigstellung der Werkleistung (im Wesentlichen) und

² BGH Urteil vom 18.09.1967 – VII ZR 88/65; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2014, Rn. 1798.

2. Körperliche Entgegennahme (Übernahme) der Werkleistung und
3. Billigung der Werkleistung als im Wesentlichen vertragsgerecht

B.4.2 Fertigstellung der Werkleistung

Die Abnahme nach § 640 BGB und § 12 VOB/B setzt zunächst voraus, dass die Werkleistung (im Wesentlichen) fertiggestellt ist.

Der Auftraggeber kann die Werkleistung des Auftragnehmers nur dann als im Wesentlichen vertragsgerecht annehmen, wenn diese vollständig erbracht ist. Anderenfalls ist es dem Auftraggeber nicht möglich, die Werkleistung zu überprüfen und zu beurteilen, ob Mängel vorliegen. Ist die Werkleistung noch nicht vollständig fertiggestellt, kommt deshalb nur eine Teilabnahme in Betracht (siehe Ziffer B.6).

Insbesondere bei größeren Bauvorhaben, an denen mehrere Auftragnehmer beteiligt sind, stellt sich die Frage, ob der einzelne Auftragnehmer die Abnahme verlangen kann, wenn er seine Werkleistung zwar fertiggestellt hat, das Bauvorhaben insgesamt aber noch nicht vollendet ist. Da die Abnahme immer in dem konkreten Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und jedem einzelnen Auftragnehmer bezogen auf dessen konkrete Werkleistung erklärt werden muss, kommt es auch nur auf die Fertigstellung der Werkleistung des einzelnen Auftragnehmers an. Ob die anderen an dem Bauvorhaben beteiligten Auftragnehmer ihre Arbeiten abgeschlossen haben, ist unerheblich. Verlangt beispielsweise der Fliesenleger die Abnahme, spielt es keine Rolle, ob der Maler bereits mit dem Tapezieren und Streichen der Wände fertig ist. Geht es um die Abnahme des Rohbaus, können die Dachdeckerarbeiten noch andauern.

Wenn der Auftragnehmer nur einen Teil der für die Herstellung des Gesamtbauwerks erforderlichen Bauleistung zu erbringen hat, steht der Abnahme der einzelnen Auftragnehmerleistung also nicht entgegen, dass das Gebäude insgesamt noch nicht fertiggestellt ist³.

3 BGH Urteil vom 18.09.1997 – VII ZR 88/95.

Die Autoren



MELANIE EILERS, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht ist Assoziierte Partnerin der Sozietät Graf von Westphalen. Neben dem privaten Baurecht und dem Bauträgerrecht ist sie spezialisiert auf das Wohnungseigentumsrecht und vertritt Unternehmen bei der Durchsetzung von Bauzeitverlängerungsansprüchen.



CHRISTIAN ESCH, LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht ist Partner der Sozietät Graf von Westphalen. Seine Schwerpunkte liegen im privaten Bau- und Architektenrecht, Immobilienrecht, Vergaberecht und im Allgemeinen Vertragsrecht. Daneben ist Christian Esch regelmäßig als Referent im Architekten- und Baurecht tätig.

Fachinformationen für Ihren Berufsalltag

Mit einem umfangreichen Programm an Fachbroschüren in elektronischer Form (Edocs) und im Printformat (Eprints) greift der Hamburger Wirtschaftsverlag Dashöfer zahlreiche interessante Themen auf – vom Arbeitsrecht über Steuerfragen bis hin zum Patentrecht oder zur Persönlichkeitsentwicklung. Das Themenspektrum ist groß und wächst stetig.

Unser Programm teilt sich in unterschiedliche Rubriken auf. In jeder Rubrik finden Sie kontinuierlich neue Themen:

- ▶ **Arbeitsrecht und Personal**
- ▶ **Bauwesen und Architektur**
- ▶ **Betriebsrat und Arbeitnehmervertretung**
- ▶ **Öffentliche Verwaltung und Non-Profit Organisationen**
- ▶ **Soziale Kompetenz**
- ▶ **Steuern, Finanzen und Controlling**
- ▶ **Unternehmensführung und Management**
- ▶ **Frau und Beruf**
- ▶ **Vertrieb und Marketing**

Expertinnen und Experten schreiben kompakt, aktuell und informativ. Unser Ziel ist es, Fachwissen auf den Punkt zu bringen.

Nähere Informationen zu den einzelnen Bereichen finden Sie unter www.dashoefer.de/Fachliteratur



Verlag Dashöfer GmbH

- Fachinformationen
- Business-Seminare
- Online-Medien

Barmbeker Straße 4a · 22303 Hamburg

Telefon: 040 413321-0

Fax: 040 413321-11

E-Mail: info@dashoefer.de

Internet: www.dashoefer.de

19,80 €
zzgl. gesetzl. MwSt.

ISBN 978-3-892360-86-5



9783892360865