



15.03.24

Wenn's auf dem Bau kritisch wird...

Tipps zum Umgang mit Abnahmeverweigerungen
und zur Absicherung des Werklohns

MEGA
06.03.2024

RA Dr. jur. Hans-Michael Dimanski

1



Die 10 häufigsten Fehler zur Abnahme

- fehlende Sensibilisierung zur Abnahme
- keine schriftlichen Nachweise
- Unklarheiten über Art und Umfang des Vertrages
- AbnahmeprocEDURE fehlerhaft
- Bauvertragsklauseln des Bauherrn zur Abnahme werden kritiklos übernommen
- unkorrekte Dokumentation
- Abnahme von Reparaturleistungen unterschätzt
- Rechtswirkungen der Abnahme unbekannt
- Risiko von Abnahmeverzögerungen verdrängt
- Reaktion auf Abnahmeverweigerung weitgehend unbekannt

15.03.24

2



3

Abnahme – Hauptpflicht es AG

Was viele Auftraggeber verdrängen:

Die Abnahme ist eine dem Auftraggeber obliegende Hauptpflicht aus dem Werkvertragsverhältnis, auf deren Erfüllung der Auftragnehmer einen Rechtsanspruch hat und auch isoliert klagen kann.

Was viele Unternehmer nicht wissen:

Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt im Baurecht; ohne Abnahme, keine Vergütung, kein Gefahrübergang, keine Beweislastumkehr, kein Gewährleistungsstart.

4

Definition der Abnahme



- Abnahme bedeutet Billigung der Leistung des AN als der Hauptsache nach vertragsgemäß und frei von wesentlichen Mängeln. (körperliche Entgegennahme)
- Abnahme ist Willenserklärung, die ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann. (subjektive Erklärung)

15.03.24

5

Rechtsfolgen der werkvertraglichen Abnahme



- Erfüllungsstadium endet, Gewährleistung beginnt
- Beweislastumkehr
- Beginn Gewährleistungsfrist
- Gefahrenübergang
- Ausschlusswirkung bei nicht vorbehaltenen Vertragsstrafen u. Mängeln
- Vergütungsanspruch
- Zinspflicht

15.03.24

6

Gefahrtragung durch AN

- Gefahrübergang erst mit Abnahme
- vor der Abnahme liegt Gefahr der Zerstörung, Beschädigung oder des zufälligen Untergangs beim Auftragnehmer
- bei einer Beschädigung vor Abnahme ist AN verpflichtet ist, die Schäden auf eigene Kosten zu beseitigen, ggf. sogar das Werk komplett neu herzustellen

15.03.24

7

Praxistipp

- schon bei der Vertragsverhandlung Thema „Schutz vor der Abnahme“ ansprechen; Teilabnahmen klären; Benutzung vor Abnahme untersagen...
- beim Einkauf auf Mangelfreiheit achten
- Schutzaufgabe komplex betrachten (Fertigung, Transport, Montage und Zeit bis zur Abnahme)
- Mitwirkungspflicht des Auftraggebers einfordern
- Zeitnahes Abnahmeverlangen und ggf. kurze Nachfristsetzung

15.03.24

8

Keine Vergütung ohne Abnahme

- Schlussrechnungsforderung des AN erst fällig, wenn Leistung zuvor abgenommen wurde.
- Abnahme ist die Entgegennahme des hergestellten Werks als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.
- Für das Vorliegen einer Abnahme ist der Auftragnehmer darlegungs- und beweisbelastet.
- Voraussetzung für eine fiktive Abnahme ist eine zu irgendeinem Zeitpunkt beanstandungsfrei erfolgte Nutzung.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.02.2015 - 23 U 34/1)

15.03.24

9

URTEIL Untergang von Mängeln

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk trotz Kenntnis des Mangels ab, ohne sich die Mangelgewährleistungsrechte vorzubehalten, steht ihm nur noch der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens zu. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen der Mangelbeseitigungskosten ist ausgeschlossen.

OLG Schleswig, Urteil vom 18.12.2015 - 1 U 125/14



15.03.24

10



11

BGB-Abnahmeregelungen seit 2018

- **Erleichterter Eintritt der Abnahmewirkungen** im unternehmerischen Verkehr, wenn der Besteller einem Abnahmeverlangen nicht unter Angabe von Mängeln binnen der gesetzten Frist zur Abnahme widerspricht (§ 640 Abs. 2 BGB).
- Verbraucher muss auf Rechtswirkungen hingewiesen werden
- Einführung eines Anspruchs des Unternehmers auf „**Zustandsfeststellung**“ bezüglich des Bauwerks bei verweigerter Abnahme durch den Besteller (§ 650g, Abs. 1 BGB).

12

Abnahme nach § 12 VOB/B

- Abnahmeverpflichtung für AG
- Fristvorgabe
- Teilabnahmerecht
- Verweigerung nur bei wesentlichen Mängeln
- Regelungen zur Fiktion, sofern nicht ausgeschlossen
- Gefahrübergangsregelung

15.03.24

13

03. Artenvielfalt

15.03.24

14

Arten der Abnahme im Werkvertrag

- tatsächliche Abnahme (ausdrücklich od. stillschweigend)
§ 640 BGB
- förmliche und fiktive Abnahme (§ 12 VOB/B)

15.03.24

15

Die ausdrückliche (förmliche) Abnahme

- häufigste Form der Abnahme in der Praxis
- Bauleistung wird durch den AG und AN oder dessen jeweiligen Bevollmächtigten gemeinsam nach vorheriger Terminvereinbarung überprüft und das Ergebnis protokolliert
- ist förmliche Abnahme vereinbart, keine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme
- Parteien können aber einvernehmlich auf eine förmliche Abnahme verzichten

16

Abnahmeerklärung



- Abnahme erfolgt durch mündliche oder schriftliche Erklärung des AG oder seines bevollmächtigten Stellvertreters
- das Wort „Abnahme“ nicht zwingend erforderlich
- auch, wenn der AG oder sein bevollmächtigter Stellvertreter das Einverständnis / Anerkenntnis mit den Worten erklärt:
 - „einverstanden“ oder
 - „in Ordnung“ oder
 - „mit den Leistungen zufrieden“ oder
 - „die Nutzung kann nun beginnen“

15.03.24

17

Die stillschweigende (fiktive / schlüssige) Abnahme



- im BGB erst seit 2018 inhaltlich, aber nicht vom Begriff geregelt, allerdings anerkannt
- verschiedene Begriffe:
 - stillschweigende,
 - schlüssige
 - konkludente
- setzt ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten voraus
- In der VOB/B klare Fiktionsregelungen

18

schlüssige Abnahme kommt in Betracht, u. a. durch



- die vorbehaltlose Zahlung auf SR (nicht AR)
- längere beanstandungsfreie Inbenutzungnahme der Bauleistung
- die Auszahlung des Sicherheitsbetrages
- die Veräußerung des Bauwerks
- den Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel
- weiteren Aufbau durch den AG auf die Leistung des Unternehmers

15.03.24

19

Fiktive Abnahme



- § 12 Abs. 5 VOB/B
- sofern keine Abnahme verlangt wurde, gilt Werk als abgenommen,
 - wenn nach der Fertigstellungsmeldung mehr als 12 Werkstage
 - oder der Auftraggeber die Leistung bereits seit 6 Tagen in Benutzung genommen hat.
- Es steht einer Abnahme gleich, wenn eine abnahmereife Leistung innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist vom Auftraggeber nicht abgenommen wird, obwohl er dazu verpflichtet ist.
- Rechtslage seit 01.01.2018 dahingehend, dass das BGB das „Hineingleiten“ in eine fiktive Abnahme bei Benennung von mindestens einem wesentlichen Mangel in konkreter Form durch den AG verhindert werden kann

20

URTEIL

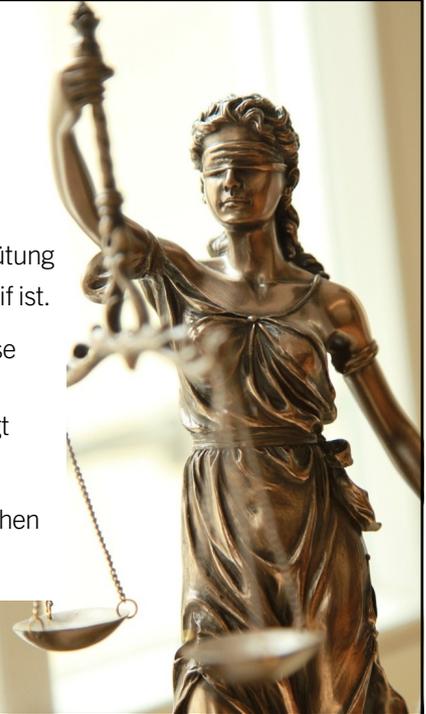
Abnahme durch Einzug?

Der Anspruch des Auftragnehmers auf Zahlung von (restlicher) Vergütung setzt voraus, dass die Leistung abgenommen wurde bzw. abnahmereif ist.

Von einer stillschweigende Abnahme durch den noch in der Bauphase erfolgten Einzug des Auftraggebers kann nicht ausgegangen werden, wenn bereits während der Bauausführung wesentliche Mängel gerügt wurden.

Abnahmereife besteht nicht, wenn das Bauwerk mit einem wesentlichen Mangel behaftet ist.

LG Bayreuth, Urteil vom 22.12.2015 - 21 O 957/12



15.03.24

21

URTEIL

Abnahme durch Ingebrauchnahme?

Eine als AGB anzusehende Klausel, nach der die (Teil-) Abnahme allein und damit unweigerlich an die tatsächliche Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstands geknüpft wird, ist unwirksam.

Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen, wenn der Besteller durch das Erheben von Beanstandungen erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgemäß gelten lässt.

OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2016 - 5 U 458/16



15.03.24

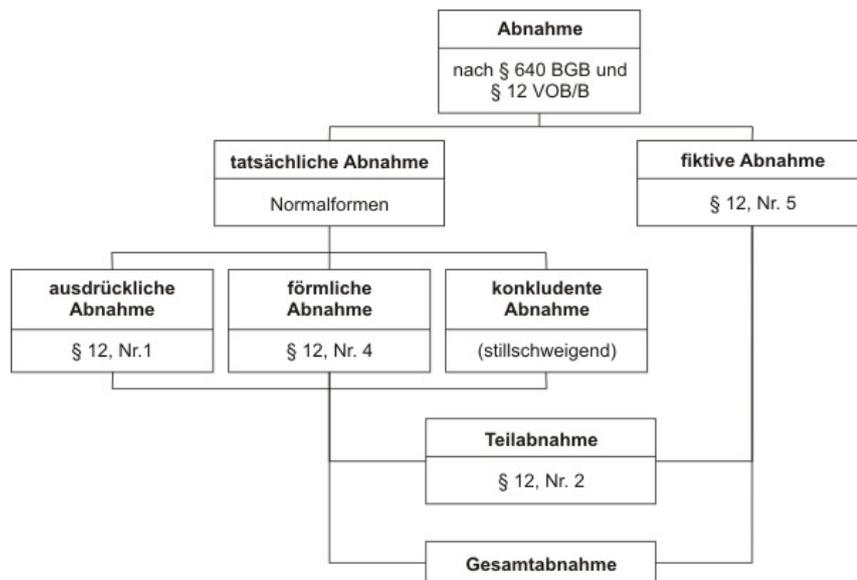
22

Teilabnahme

- setzt eine vorhandene, in sich funktionsfähige Teilleistung voraus
- nach § 641 Abs.1 Satz 2 BGB sind auch Teilabnahmen möglich; eine Pflicht hierzu besteht jedoch im Gegensatz zu § 12 Abs. 2 VOB/B nicht
- Teilabnahme ebenfalls rechtsgeschäftliche Abnahmeform
- von technischer Teilabnahme unterscheiden
- t.TA nur Feststellung des Zustandes von Teilen einer Leistung, die durch den Baufortschritt weiterer Prüfung entzogen werden
- Teilabnahme kann vertraglich ausgeschlossen werden – verhandeln!

15.03.24

Abnahmeformen nach VOB/B



15.03.24

Abnahme - Gewährleistungsstart

- vom Abnahmetermin hängt Start der Gewährleistung ab und somit die Verjährung der Mangelansprüche
- keine Klarheit zum Abnahmezeitpunkt –
 - keine Klarheit zum Gewährleistungsende
 - zur Verjährung
 - zur Rückgabe von Sicherheiten

25

04. Praktische Umsetzung der Abnahme

15.03.24



26

Praxistipp: Abnahme immer aktiv verlangen!



- Empfehlung: schriftliches Verlangen zur förmlichen Abnahme bereits dann, wenn absehbar ist, wann die Werkleistung fertiggestellt wird
- Ausweichtermin mit Nachfrist zur Abnahme setzen damit Voraussetzungen für Annahmeverzug
- prüfen, ob gerechtfertigte Gründe vorliegen
- ist die Werkleistung tatsächlich nicht oder noch nicht abnahmereif, setzen die Rechtswirkungen der Abnahme nicht ein

27

Wann ist abzunehmen?



- auf Verlangen ist der Auftraggeber gehalten, binnen (ca.)12 Werktagen eine Abnahme durchzuführen
- förmliche Abnahme ist immer dann durchzuführen, wenn eine der Vertragsparteien dies verlangt
- Abnahmeverlangen kann zu jeder Zeit der Baudurchführung entweder vom Auftraggeber oder auch vom Auftragnehmer erhoben werden, wenn es nicht ohnehin vertraglich fixiert ist.

15.03.24

28

28

M U S T E R : Abnahmeverlangen nach § 640 BGB



15.03.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aus dem Bauvertrag _____ vereinbarten Leistungen sind am _____ fertiggestellt.

Nach § 640 BGB sind Sie zur Abnahme der vertragsgemäß erbrachten Leistungen verpflichtet. Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Verweigerung der Abnahme. Wir fordern Sie daher auf, unsere Leistung innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang dieses Schreibens abzunehmen. Als Termin zur gemeinsamen Begehung und Abnahme schlagen wir Ihnen daher

den ____ um ____ Uhr vor.

(Anmerkung: Termin sollte innerhalb der Frist von 14 Tagen liegen).

Freundliche Grüße

www.musterschreiben-baurecht.de

29

M U S T E R : Abnahmeverlangen nach § 640 Abs. 2 BGB (Verbraucher)



15.03.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aus dem Bauvertrag _____ vereinbarten Leistungen sind am _____ fertiggestellt.

Nach § 640 BGB sind Sie zur Abnahme der vertragsgemäß erbrachten Leistungen verpflichtet. Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Verweigerung der Abnahme.

Wir fordern Sie daher auf, unsere Leistung innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang dieses Schreibens abzunehmen. Als Termin zur gemeinsamen Begehung und Abnahme schlagen wir Ihnen daher

den ____ um ____ Uhr vor.

(Anmerkung: Termin sollte innerhalb der Frist von 14 Tagen liegen).

Wir weisen Sie darauf hin, dass unsere Leistung als abgenommen gilt, wenn Sie innerhalb der oben genannten Frist keinerlei Erklärung abgeben oder aber die Abnahme wegen eines Mangels verweigern.

Freundliche Grüße

www.musterschreiben-baurecht.de

30

M U S T E R : Abnahmeverlangen nach VOB/B



15.03.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B hat der Auftraggeber die Abnahme der Leistung binnen 12 Werktagen durchzuführen, wenn dies der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - verlangt.

Gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B sind auf Verlangen besonders abzunehmen:

- a) in sich abgeschlossene Teile einer Leistung,
- b) andere Teile der Leistung, wenn sie durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.)

Dementsprechend bitten wir hiermit um Abnahme

-der gesamten vertraglichen Leistung

-folgender iSv. § 12 Abs. 2 a VOB/B abgeschlossener Teile der Leistung:

- 1.) _____
- 2.) _____

...

31

M U S T E R : Teilabnahmeverlangen



15.03.24

Sehr geehrte Damen und Herren,

für das Bauvorhaben _____ haben wir Teile unserer vertraglichen Leistungen am _____ fertig gestellt, die einer späteren Prüfung bzw. Feststellung nicht mehr zugänglich sein werden. Es handelt sich hierbei um folgende in sich abgeschlossene Teilleistungen: _____

Wir bitten hiermit um förmliche Abnahme der vorgenannten Teilleistungen wegen des Fortgangs der Arbeiten und des Entzuges späterer Feststellungsmöglichkeiten bis zum _____ .

Mit freundlichen Grüßen

www.musterschreiben-baurecht.de

32

MUSTER : Frostbrief / Gefahrenübergang bei teilfertigen Heizungsanlagen (1)



15.03.24

Sehr geehrte(r)

Ihrem Wunsch entsprechend werden wir am ____ die Heizungsanlage im Bauvorhaben ____ als Teilleistung aus unserem Auftrag ____ in Betrieb nehmen.

Wir bitten Sie, noch dafür zu sorgen, dass folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Wasser zum Füllen der Anlage muss vorhanden sein.
- Die Versorgung mit elektrischer Energie für die elektrischen Anlagenteile muss gesichert sein.
- Für pneumatische Anlagenteile muss Druckluft zur Verfügung stehen.
- Brennstoff muss in ausreichender Menge verfügbar sein.
- Sämtliche Bauteile müssen dicht sein. Alle Türen, Fenster, Montageöffnungen und Aussparungen, die an Außenwänden liegen, müssen unbedingt verschlossen bzw. abgedichtet werden.
- Die Heizzentrale und ____ müssen abgesperrt werden können.
- Für die Kontrolle und Überwachung des Heizbetriebs auch während der Nacht und am Wochenende ist zu sorgen.

www.musterschreiben-baurecht.de

33

MUSTER : Frostbrief / Gefahrübergang bei teilfertigen Heizungsanlagen (2)



15.03.24

Mit der Inbetriebnahme der Heizungsanlage können Schäden durch von uns nicht zu vertretende unsachgemäße Bedienung, Witterungseinflüsse, Einrichtungsarbeiten etc. eintreten, für die wir leider keine Haftung übernehmen können. Dies trifft insbesondere an Frosttagen zu. Eine Wasserentnahme aus dem Heizungsnetz ist ausdrücklich zu untersagen.

Sollten Sie oder Ihr Beauftragter über die Bedienung der Anlage nicht unterrichtet sein, so bitten wir um Ihren sofortigen Anruf.

Bei Funktionsstörungen der Anlage ist unser Kundendienst unter der Telefonnummer zu erreichen.

Für die zum Heizbetrieb erforderlichen Anlagenteile beantragen wir hiermit die Teilabnahme. Bringen Sie bitte dafür Verständnis auf, dass wir aufgrund der Abnahmevorschrift der VOB/B § 12 bzw. des Werkvertragsrechts nunmehr die Verantwortung für die zum Heizbetrieb erforderlichen Anlagenteile dem Betreiber der Anlage übergeben. Sollten Sie mit der Teilabnahme und der damit verbundenen Haftungübernahme nicht einverstanden sein, ist eine Inbetriebnahme der Heizungsanlage nicht möglich.

Wir ersuchen Sie nun, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen und deren Einhaltung zu übernehmen.
Freundliche Grüße

www.musterschreiben-baurecht.de

34

Umgang mit unwirksamen Abnahmeklauseln

- AG versuchen, durch vertragliche Gestaltungen den Abnahmezeitpunkt hinauszuzögern
- z.B.:
 - ...AN kann Abnahme erst nach der Abnahmeerklärung des Bauherrn verlangen...
 - ...Abnahme erst nach Gesamtabnahme des Bauobjektes...
- Klauseln i.d.R. unwirksam, jedenfalls dann, wenn die Klausel keinerlei zeitliche Höchstgrenze enthält und der AN auf „St. Nimmerleinstag“ vertröstet wird
- Klauseln, die den Abnahmezeitpunkt irgendwie hinauszögern, unbedingt auf ihre Wirksamkeit prüfen lassen
- Abnahmeverlangen immer stellen, egal, wie die Klausel aussieht

15.03.24

35

05.

Wann darf durch den AG eine Abnahme verweigert werden?



36

Abnahmeverweigerung



15.03.24

- AG ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen (§ 640 Abs.1, Satz 1 BGB)
- Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden (§ 640 Abs. 1, Satz 2 BGB)
- Folge der Verweigerung: 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
- Rechtsverluste für bekannte Mängel, die zur Abnahme nicht vorbehalten werden

37

Wesentliche oder unwesentliche Mängel



15.03.24

- über die „Wesentlichkeit“ wird in der Praxis trefflich gestritten
- im Einzelfall wird wesentlicher Mangel bestimmt nach Art, Umfang und Auswirkungen
- es kommt auf Zumutbarkeitsgrenze aus objektiver Sicht im Verhältnis zwischen dem Vertragszweck und dem erbrachten Erfolg an

38

URTEIL

Unwesentliche Mängel – keine Abnahmeverweigerung

Ein Werk ist fertiggestellt, wenn alle wesentlichen Mängel behoben sind, so dass es abnahmefähig ist.

Unwesentlich sind Mängel, die an Bedeutung so weit zurücktreten, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten.

OLG Köln, Beschluss vom 18.11.2015 - 11 U 33/15



15.03.24

39

Abnahme von Mängelbeseitigungsarbeiten

- nach Mängelbeseitigungen – Abnahmeverlangen für Mängelbeseitigungsarbeiten verlangen
- Für VOB-Verträge bietet das Vergabe- und Vertragshandbuch (VHB-Bund, Ausgabe 2017, Stand 2019) das Formblatt 443 zur Abnahme von Mängelbeseitigungsleistungen einschließlich von ergänzenden Aussagen in der Richtlinie zum Formblatt an. Es kann als Hilfestellung dienen.
- Als Abnahmeform wird in der Baupraxis meistens eine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart. Sie sollte auch für die Leistungen zur Mängelbeseitigung vorgesehen werden, sofern es der Bedeutung der Leistungen entspricht.

15.03.24

40

M U S T E R : Abnahmeverlangen nach Mangelbeseitigung



15.03.24

Sehr geehrte Damen und Herren,
die zu dem Bauvorhaben _____ von Ihnen am _____
angezeigten Mängel haben wir zwischenzeitlich behoben, so dass wir
Sie zur Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten auffordern.

Als Termin schlagen wir Ihnen den _____ vor. Sofern Ihnen der
Termin nicht genehm ist, bitten wir bis zum _____ um einen
anderen Vorschlag. Spätestens sollte die Abnahme bis zum
_____ stattfinden.

Mit freundlichen Grüßen

www.musterschreiben-baurecht.de

41

07. Zusammenfassung: Abnahme

15.03.24

- Voraussetzungen:
 - Werk muss fertiggestellt sein
 - Angemessene Frist muss gesetzt sein
 - AG reagiert nicht auf Abnahmeverlangen oder widerspricht ohne Angabe von Mängeln
 - bei ausdrücklicher Verweigerung der Abnahme, Pflicht des AG zur Zustandsfeststellung (gilt nur für Bauvertrag)
- Verbraucherschutz: Hinweis auf Rechtsfolgen bei einer fiktiven Abnahme in Textform
- wesentliche Mängel sind kein Hinderungsgrund für Eintritt der fiktiven Abnahme

42



DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

15.03.24

VIELEN DANK FÜR IHR INTERESSE.

www.ra-dp.de

dimanski@ra-dp.de
Tel.: 0391-53 55 96-16
Fax.: 0391-53 55 96-13