

4. Wann muss eine Abnahme erfolgen?

Autor: Dr. Christian Voit

Die Frage des richtigen Abnahmezeitpunktes ist in der Bau-
praxis wenig bekannt und wird häufig vernachlässigt. Mit
versäumten Fristen gehen immer wieder spätere Nachteile
und Rechtsverluste – gerade für den Auftragnehmer – ein-
her.

Wichtigste Voraussetzung dafür, dass die Arbeiten des Auf-
tragnehmers abgenommen werden können, ist selbstver-
ständlich, dass sie zum Abnahmezeitpunkt überhaupt noch
vorhanden sind. Werden die Leistungen des Auftragneh-
mers vorher – durch welches Ereignis auch immer – zerstört,
ist eine Abnahme gar nicht mehr möglich. Die rechtlichen
Folgen einer Zerstörung vor der Abnahme ergeben sich aus
dem sogenannten Gefahrübergang (§§ 644, 645 BGB bzw.
§ 7 VOB/B, siehe → Kapitel 7.2.2).

Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die Abnahme
durch den Bauherrn erfolgen muss, wenn die Arbeiten des
Unternehmers fertiggestellt sind. Klar ist, dass hierfür die
Leistung nur im Wesentlichen vollendet sein muss. Das
heißt, es dürfen noch unwesentliche Restarbeiten fehlen
oder geringfügige Mängel vorhanden sein. Diesen Zustand
nennt der Jurist „Abnahmereife“.

In jedem Fall müssen die Arbeiten des Auftragnehmers
„funktionell“ fertiggestellt sein. Funktionell fertig sind die

Leistungen des Auftragnehmers dann, wenn der Auftraggeber sie ungehindert bestimmungsgemäß benutzen kann. Auf nachfolgende Gewerke kommt es dabei nicht an. Zur Verdeutlichung einige Beispiele:

- Beim schlüsselfertigen Bau eines Hauses muss das Haus vom Auftraggeber bezogen und zu seinen Zwecken (z. B. Wohnen) benutzt werden können, ohne dass störende Fertigstellungsarbeiten noch ausgeführt werden müssen (z. B. fehlender Sockelputz, fehlende Eingangstreppe, fehlende Ver- und Entsorgungsanschlüsse).
- Werden Gewerke getrennt vergeben (z. B. Fußbodenheizung und Estrich), dann hat jedes Gewerk Anspruch auf Abnahme vor der Ausführung des nachfolgenden Gewerks. Allerdings muss zu diesem Zeitpunkt das jeweilige Gewerk (z. B. Fußbodenheizung) selbstständig funktionsfähig sein, anderenfalls kommt nur eine Zustandsfeststellung (siehe → Kapitel 2.6) in Betracht.
- Der Dachdecker hat sein Werk funktionell fertiggestellt, wenn das Dach dicht und die Dachentwässerung abgeschlossen ist.

Die funktionelle Fertigstellung der Bauleistungen reicht dann natürlich nicht aus, wenn zwar die bestimmungsgemäße Nutzung möglich ist, aber dennoch die Bauleistung bauvertragswidrig und damit mangelhaft ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn z. B. ein bestimmtes Material oder ein bestimmtes Fabrikat in Auftrag gegeben, aber nicht vom Auftragnehmer verbaut wurde. (Beispiel: Die vom Auftragnehmer installierte Fußbodenheizung funktioniert zwar, es handelt sich aber um ein wesentlich preisgünstigeres Fabri-

kat als das bauvertraglich vereinbarte.) In diesem Fall ist die Leistung des Auftragnehmers nicht abnahmereif.

In der Baupraxis kommt des Öfteren die Frage auf, ob die Abnahme schon vor Ablauf des bauvertraglichen Fertigstellungstermins verlangt werden kann, wenn der Unternehmer vorher mit seinen Bauleistungen fertig wird: Für die Abnahme ist nur Voraussetzung, dass die Bauleistungen abnahmereif fertiggestellt sind. Die Fertigstellungsfrist muss also nicht abgelaufen sein oder gar abgewartet werden. Lediglich in Ausnahmefällen kann der Auftraggeber die Abnahme (weit) vor dem Fertigstellungstermin als unzumutbar ablehnen, wenn er z. B. noch keine Dispositionen für die Überprüfung treffen konnte oder auch noch gar keinen Bedarf für die Bauleistungen hat.

Dem Auftraggeber bleibt es unbenommen, freiwillig noch nicht fertiggestellte, unvollendete Leistungen des Auftragnehmers abzunehmen. Die Wirkungen der Abnahme treten dann ein, egal ob die Arbeiten des Auftragnehmers abnahmereif sind oder nicht (z. B. wegen erheblicher Mängel oder fehlender Leistungen).

Teilabnahme

Die Teilabnahme ist eine rechtsgeschäftliche Abnahme mit allen Abnahmewirkungen – allerdings nur für einen abgrenzbaren Teil der Bauleistungen des Auftragnehmers.

Im BGB-Bauvertrag besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Teilabnahme. Die Parteien müssen also für den BGB-Bau-

vertrag die Teilabnahme vertraglich vereinbaren, sonst findet keine Teilabnahme statt. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass ein Teilgewerk in sich abgeschlossen sowie vollständig für den Auftraggeber nutzbar ist (ähnlich: § 12 Nr. 2 VOB/B) und der Auftraggeber die Leistungen auch benutzen will (z. B. ein einzelnes Reihenhaus einer Reihenhausanlage). Teilabnahmen kann der Auftraggeber immer freiwillig vornehmen.

Für den VOB-Bauvertrag sieht § 12 Nr. 2 VOB/B einen Anspruch auf Teilabnahme vor. Diese (echte) Teilabnahme hat folgende Voraussetzungen (→ unechte Teilabnahme siehe unten).

- Teilabnahmeantrag des Auftragnehmers: Wenn der Auftragnehmer keine Teilabnahme verlangt, ist der Auftraggeber von sich aus nicht verpflichtet, eine Teilabnahme durchzuführen. Der Auftraggeber kann jederzeit Teilabnahmen freiwillig durchführen; der Auftragnehmer ist rechtlich nicht verpflichtet, an solchen Teilabnahmen des Auftraggebers mitzuwirken, es ist ihm jedoch im Eigeninteresse dringend anzuraten.
- Einheitlicher Auftrag: Bei einer echten Teilabnahme muss es sich um eine Teilleistung aus einem größeren Gesamtauftrag handeln. Liegen mehrere selbstständige Einzelbauverträge für verschiedene Gewerke vor (z. B. Bauverträge getrennt nach Rohbau und Dachdeckerarbeiten oder getrennt nach Losen), so ist die Abnahme eines Gewerks (z. B. Rohbau) keine Teilabnahme, sondern die Schlussabnahme aus diesem Einzelbauvertrag.

- In sich abgeschlossene Teilleistung: Mit einer Teilabnahme können nur selbstständige Teilleistungen abgenommen werden. Das heißt, die Teilleistung muss von ihrer Einzelfunktion von der Gesamtleistung des Auftragnehmers trennbar und selbstständig funktionsfähig sein. Beispiele hierfür sind die fertiggestellte Heizungsanlage, obwohl der Auftragnehmer noch das Gewerk Sanitärinstallation auszuführen hat oder wenn im Schlüsselfertigbau ein Reihenhaus einer Reihenanlage komplett fertiggestellt ist. Die einzelnen Stockwerke eines Rohbaus berechtigen den Rohbauftragnehmer nicht zur Teilabnahme. Im Verhältnis Generalunternehmer – Subunternehmer hat der Subunternehmer häufig schon Anspruch auf Schlussabnahme (z. B. Rohbau), wenn der Generalunternehmer gegenüber seinem Bauherrn noch nicht einmal eine Teilabnahme beanspruchen kann.

Die Teilabnahme kann ausdrücklich, stillschweigend oder fiktiv, d. h. in allen Abnahmearten erfolgen. Die Teilabnahme führt für die abgenommene Teilleistung alle Abnahmewirkungen herbei. Der Auftraggeber muss sich auch bei der Teilabnahme ihm bekannte Mängel der Teilleistung und Vertragsstrafen für die abgenommene Teilleistung vorbehalten, um seine Rechte nicht zu verlieren. Der Auftragnehmer kann beim VOB-Bauvertrag eine Teilschlusszahlung auf eine Teilschlussrechnung (§ 16 Nr. 4 VOB/B) fordern.

Von der (echten) Teilabnahme ist die technische Abnahme / Zustandsfeststellung als unechte Teilabnahme zu unterscheiden (→ siehe Kapitel 2.6). Die Zustandsfeststellung führt die rechtlichen Abnahmewirkungen gerade nicht her-

bei und soll nur den später möglicherweise nicht mehr feststellbaren Zustand eines Gewerks vor der Ausführung eines Nachfolgewerks dokumentieren bzw. die Abnahme im Rechtssinn vorbereiten.

Praxistipp:

Für den Unternehmer ist es günstig, möglichst rasch nach der Fertigstellung einer Teilleistung auch eine Teilabnahme durchzuführen, um die Abnahmewirkungen für diese Teilleistung zu erreichen. Ist eine Teilabnahme nicht möglich (z. B. weil das Teilgewerk nicht selbstständig funktionsfähig ist), sollten zumindest Zustandsfeststellungen stattfinden. Gerade Subunternehmer müssen darauf achten, ihr Gewerk nach der Fertigstellung unverzüglich vom Generalunternehmer abgenommen zu erhalten. Der Generalunternehmer wird stets versuchen, die Abnahmen seiner Subunternehmer möglichst lange zu verzögern, um einen Gleichlauf seiner Gewährleistungsfristen gegenüber dem Bauherrn zu erreichen.

Bauvertragskündigung

Wird der Bauvertrag vor der Fertigstellung der Bauleistungen des Auftragnehmers gekündigt („vorzeitige“ Kündigung), können und müssen die bis dahin erbrachten Leistungen des Auftragnehmers vom Auftraggeber abgenommen werden. Diese Abnahme kann ausdrücklich, förmlich oder schlüssig erfolgen, nicht jedoch fiktiv.

Die Abnahme teilfertiger Leistungen nach der Kündigung ist keine Teilabnahme, sondern eine endgültige Abnahme. Sie beschränkt sich natürlich auf den Stand der Arbeiten des Auftragnehmers zum Zeitpunkt der Kündigung. In der Praxis ist diese Überprüfung der teilfertigen Leistungen häufig schwierig und erfordert großen technischen Sachverstand. Dies betrifft insbesondere die Abgrenzung zwischen noch nicht erbrachten und mangelhaften Teileleistungen.

Der Anspruch des Auftragnehmers auf Abnahme besteht nach der Kündigung sowohl beim BGB-Bauvertrag als auch beim VOB-Bauvertrag. Beim VOB-Bauvertrag ist ausdrücklich geregelt, dass der Auftragnehmer die Abnahme und das Aufmaß seiner Arbeiten nach der Kündigung verlangen kann (§§ 8 Nr. 6, 12 Nrn. 4 und 6 VOB/B).

Diese Abnahme ist Voraussetzung für den Beginn der Gewährleistungsfristen. Bei der Abnahme müssen vom Auftraggeber Mangelvorbehalte und Vertragsstrafenvorbehalte erklärt werden. Durch die Kündigung kann sich der Auftraggeber fehlende Restarbeiten nicht mehr vorbehalten. Die Abnahme beim gekündigten Bauvertrag ist Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung des Auftragnehmers (BGH, Urteil vom 11.05.2006 unter ausdrücklicher Änderung der bis dahin ständigen, anderslautenden Rechtsprechung). Eine Abnahme ist nur dann nicht erforderlich, wenn der Bauherr nach der Kündigung vom Auftragnehmer weder die Fertigstellung noch die Mangelbeseitigung verlangt, sondern nur noch Schadensersatz für die Restfertigstellung und für Mängel (BGH, Urteil vom 22.09.2005).

Praxistipp:

Nach der Bauvertragskündigung ist es sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer angezeigt, sofort – möglichst gemeinsam und vor dem Beginn des Nachfolgeunternehmers – die bis zur Kündigung erbrachten Arbeiten zu dokumentieren, aufzumessen und ggf. abzunehmen. Nur so können spätere Streitigkeiten über die Restvergütung des Auftragnehmers eingedämmt und Beweisschwierigkeiten für beide Seiten vermieden werden. Für den Auftragnehmer ist es in jedem Fall wichtig, den Bauherrn durch eine Fristsetzung zur Abnahme zumindest in Abnahmeverzug zu bringen. Das Recht, die Abnahme zu verweigern, steht dem Auftraggeber nach den allgemeinen Grundsätzen zu, mit Ausnahme der durch die Kündigung fehlenden Leistungen (→ siehe Kapitel 6).