

Top-Thema: Wichtige Aspekte der Abnahme

In der Baurechtspraxis spielt der Sachverständige rund um das einschneidendste Ereignis – die Abnahme – häufig eine wesentliche Rolle.

Ob es um die technische Bewertung der Bauleistung (also die Bewertung, ob wesentliche Mängel vorliegen) geht oder ob vor der Abnahme oder sogar Teilabnahme Baumängel zu dokumentieren sind, der Sachverständige ist häufig mit von der Partie. Insbesondere bei größeren Bauvorhaben wird vor allem für die Vor- und Nachbereitung der Abnahme dessen Expertise benötigt. Die Abnahme ist aber auch für den eigenen Werklohnanspruch des Sachverständigen im Falle einer privaten Beauftragung von Bedeutung. Denn dessen Vergütung wird erst mit der Abnahme fällig.

I. Die Teilabnahme

Eine Teilabnahme ist in Verträgen unter Einbeziehung der VOB/B möglich, wenn der Auftragnehmer dies verlangt und ein »in sich abgeschlossener Teil« der Bauleistung abgenommen werden soll.

Nach der Rechtsprechung des BGHs ist der Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung eng auszulegen. Keine in sich abgeschlossenen Teile der Bauleistung sind einzelne Teile eines Rohbaus, wie zum Beispiel eine Betondecke oder ein Stockwerk.¹ Grundsätzlich können Leistungsteile innerhalb eines Gewerks also nicht als abgeschlossen angesehen werden, da es ihnen regelmäßig an der Selbstständigkeit mangelt, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht.

Dies kann bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein. Eine ausreichende räumliche Trennung kann etwa dann angenommen werden, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, wie etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind.² Entscheidend ist, ob eine funktionale und in sich selbstständig beurteilbare Teilleistung vorliegt.³

Einen besonders interessanten Fall hat das OLG Düsseldorf⁴ in der Vergangenheit entschieden. Es ging dabei um die Neuerrichtung eines Justizzentrums. Hierbei handelt es sich um einen Komplex aus mehreren Gebäuden, die aneinander anschließen bzw. miteinander verbunden sind (Bauteile A bis F). Der AN wurde mit den Dachdeckerarbeiten beauftragt. Das Bauteil F ist deutlich niedriger als die übrigen Bauteile und ist mit anderen Bauteilen baulich verbunden. Der AG erklärt eine Teilkündigung aus wichtigem Grund (§§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 VOB/B) nur bzgl. des Bauteils F und einem Verbindungsgang zwischen Bauteil A und Bauteil B, welche heute nach der Rechtsprechung des BGH bereits aus anderen Gründen unwirksam wäre.

Auch bei einer Teilkündigung des Bauvertrags ist das Vorliegen einer – insoweit deckungsgleich wie bei der Teilabnahme – »in sich abgeschlossenen Leistung« erforderlich.

Das Vorliegen einer »in sich abgeschlossenen Leistung« hat das OLG Düsseldorf hier verneint. Denn Leistungsteile innerhalb eines Gewerks können nur dann als abgeschlossen angesehen werden, wenn eine klare zeitliche und räumliche Trennung vorliegt (ggf. auch im Rahmen der vertraglichen Gestaltung). Die hier betroffene Leistung betraf nur das Gewerk der Dachdeckerarbeiten, die ferner einen einheitlichen Gebäudekomplex betrafen. Es handelte sich bei den Dächern des Bauteils F und des Verbindungsgangs nicht um räumlich von den übrigen Dächern klar getrennte Bauwerke, sondern um Teile eines einheitlichen Gebäudekomplexes. Es liegt nicht dieselbe Situation vor wie z.B. bei der Errichtung zahlreicher Einzelhäuser in einer Neubausiedlung.⁵

Das Gleiche gilt demnach auch bei der Abwägung, ob eine Teilabnahme möglich ist.

Soweit der Sachverständige bei einer Teilabnahme unterstützen soll, ist diese Rechtsprechung zu beachten. Mitnichten ist es zwar Aufgabe des Sachverständigen, eine entsprechende Rechtsberatung des Bauherrn durchzuführen. Sollte er jedoch Zweifel daran haben, ob eine »in sich abgeschlossene« Leistung teilabgenommen werden soll, wird jeder Auftraggeber dem Sachverständigen dankbar für einen entsprechenden Hinweis

1 BGH, NJW 1968, 1524.

2 BGH, NJW 2009, 3719.

3 Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Auflage, § 8 Abs. 3 VOB/B, Rn. 30.

4 OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2022 – 5 U 232/21 = IBR 2023, 180.

5 OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2022 – 5 U 232/21 = IBR 2023, 180.

sein und kann seinerseits den Rechtsanwalt seines Vertrauens zur Prüfung und weiteren Beratung hinzuziehen.

II. Das Abnahmeprotokoll

1. Gewährleistungsfristen im Abnahmeprotokoll

Der Sachverständige wirkt häufig auch bei einer förmlichen Abnahme mit. Nicht selten ist er es, der das Abnahmeprotokoll stellt, ausfüllt und dann von den Parteien unterzeichnen lässt. In der Praxis kommt es durchaus vor, dass in dem Abnahmeprotokoll ein konkreter Gewährleistungszeitraum nach Datum (Beispiel: 10.10.2023 bis 10.10.2027) angegeben ist. Deckt sich dieser nicht mit den vertraglichen Regelungen, stellt sich die Frage, welche Frist nun gilt.

Einen dieser Fälle hatte das *OLG München* im Jahre 2021 zu entscheiden. Der Auftragnehmer (AN) ging hier davon aus, dass die Gewährleistungsfrist abgelaufen ist und fordert daher vom Auftraggeber (AG) die Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft. Die Parteien stritten darüber, wann die Gewährleistungsfrist tatsächlich begonnen hat. Im Vertrag wurde für den Beginn – unabhängig von der Abnahme – das Datum des 01.01.2011 vereinbart. Die Parteien gingen bei Abschluss des Vertrages jedoch davon aus, dass zu diesem Zeitpunkt die Leistungen bereits fertiggestellt sein würden. Die Fertigstellung des Bauvorhabens verzögert sich. Im Abnahmeprotokoll ist daraufhin der 05.03.2013 als Beginn der Gewährleistungsfrist eingetragen worden. Hiergegen hatte der AN keinen Widerspruch erhoben. Die Gewährleistungsfrist hat erst am 05.03.2013 zu laufen begonnen. Das Gericht geht einerseits davon aus, dass die Parteien trotz der Festlegung eines Datums für den Beginn der Gewährleistungsfrist nicht vereinbaren wollten, dass dieses vor der Abnahme liegt. Eine solche Verkürzung der Gewährleistungsfrist durch AGB des Auftragnehmers wäre auch unwirksam.⁶ Der AN hat dadurch, dass er gegen die Festlegung im Abnahmeprotokoll keinen Widerspruch erhoben hat, auch zu verstehen gegeben, dass er einen neuen Termin als vereinbart ansieht.

Hier ist also Vorsicht geboten! Der Sachverständige sollte dies den Parteien überlassen oder aber das Vertragswerk im Hinblick auf die geltenden Gewährleistungszeiträume peinlichst genau prüfen.

2. Der Vorbehalt im Abnahmeprotokoll

Der Sachverständige sollte bei Unterstützung des Bauherrn (bzw. Erstellung des Abnahmeprotokolls) ebenso peinlichst genau darauf achten, dass alle bekannten Mängel in dieses aufgenommen werden und der Vorbehalt der Mangelrechte erklärt wird. Warum dies der Fall ist, zeigt uns bereits § 640 Abs. 3 BGB. Danach stehen dem Auftraggeber die Rechte nach § 634 Nr. 1 bis 3 BGB (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Kostenvorschuss, Erstattung der Ersatzvornahmekosten) bei bekannten Mängeln im Falle der Erklärung der Abnahme nur zu, wenn er sich die Mangelrechte vorbehält. Unterlässt er dies, kann er diese Rechte nicht geltend machen. Von dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ist das Recht, Schadensersatz zu verlangen, nicht umfasst. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Schadensersatzanspruch dennoch ausgeschlossen ist, weil er häufig beispielsweise nahezu deckungsgleich mit dem Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten ist.

So weit ging im Jahre 2015 das *OLG Schleswig*⁷, welches den folgenden Fall zu entscheiden hatte:

Die Auftraggeber hatten hier mit notariellem Kaufvertrag eine im Bau befindliche Doppelhaushälfte von der Auftragnehmerin erworben. In der Baubeschreibung heißt es, dass alle Fenster mit einem Rollladensystem ausgestattet werden. Im Obergeschoss wurden keine Rollläden eingebaut. Die vorbehaltlose Abnahme erfolgte am 09.07.2011. Ab dem 10.07.2011 begannen sie, Mängel zu rügen. Die fehlenden Rollläden im Obergeschoss rügten sie erstmals am 09.12.2011. Sie verlangten Kostenvorschuss in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB wegen des Fehlens der Rollläden im Obergeschoss.

Das OLG entschied, dass der Kostenvorschussanspruch nicht durchsetzbar ist, weil die Auftragnehmerin die Einrede der vorbehaltlosen Abnahme (§ 640 Abs. 3 BGB) erhoben hat.

Den Auftraggebern soll auch kein Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten zustehen. Denn in diesem Umfang ist auch der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, wenn der Besteller das Werk in Kenntnis des Mangels abnimmt. Ansonsten würde trotz des Wortlauts des § 640 Abs. 3 BGB diese Vorschrift ausgehöhlt. Wegen des widersprüchlichen Verhaltens seien die Auftraggeber nicht schutzwürdig. Außerdem lassen sich die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nicht mehr erreichen, da § 281 Abs. 1 BGB voraussetzt, dass die Auftraggeber dem Auftragnehmer eine fruchtlose Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt hat und dem Auftraggeber ein durchsetzbarer Anspruch auf Nacherfüllung zusteht. Dies sei hier aber nicht der Fall. Anders könnte es nur liegen, wenn gemäß §§ 281 Abs. 2, 636 BGB ohne Fristsetzung sofort Schadensersatz verlangt werden könne.

Auch wenn zu der Entscheidung des *OLG Schleswig* auch andere Rechtsmeinungen existieren, zeigt dieser Fall, dass dem Auftraggeber ein vollständiger Anspruchsverlust bei fehlendem Mangelvorbehalt im Abnahmeprotokoll droht. Allein aus diesem Grund ist der Sachverständige gehalten, die Mängel sehr genau zu prüfen und alle bekannten Mangelercheinungen in das Protokoll mit aufzunehmen. Hieraus resultiert auch die Handlungsempfehlung im Falle der Unsicherheit, ob ein Mangel vorliegt, diesen in jedem Fall in das Protokoll unter Erklärung des Vorbehalts aufzunehmen.

3. Die Unterschrift unter dem Abnahmeprotokoll

Am Ende eines jeden Abnahmeprotokolls sollte sich eine Unterschriftzeile für den Auftraggeber und für den Auftragnehmer finden. Der Sachverständige sollte hier darauf achten, dass möglichst beide Parteien unterzeichnen, wie der nachfolgende Fall⁸ aufzeigen kann:

In einem VOB-Bauvertrag wird die förmliche Abnahme vereinbart. Der Auftragnehmer übergibt dem Auftraggeber am 01.09.2006 eine (prüfbare) Schlussrechnung. Der Auftraggeber verweigert die Zahlung hierauf, weil die förmliche Abnahme noch nicht erfolgt ist. Am 15.11.2006 wird eine förmliche Abnahme durchgeführt, die der Auftraggeber protokolliert. Der Auftragnehmer verweigert die Unterschrift, weil dort streitige »Mängel« aufgeführt sind. Mit Schreiben vom 27.12.2006 teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Ergebnis der SR-Prü-

⁷ OLG Schleswig, Urteil vom 18.12.2015, 1 U 125/14 = NZBau 2016, 298.

⁸ OLG Dresden, Urteil vom 26.07.2013 – 1 U 1080/11; BGH, Beschluss vom 16.12.2015 – VII ZR 184/13.

⁶ Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, BGB § 634a Rz. 156.

fung mit, wonach keine Zahlung erfolgen wird. Der Auftragnehmer klagt, wobei die Klageschrift erst am 11.02.2010 zugestellt wird (nicht »demnächst« zugestellt!). Der Auftraggeber wendet Verjährung ein; der Auftragnehmer meint, dass keine wirksame Abnahme vorliegt und der Lauf der Verjährung noch nicht begonnen habe.

Etwaige Ansprüche des AN sind verjährt! Eine förmliche Abnahme i.S.d. § 12 Abs. 4 VOB/B sieht zwar vor, dass das Ergebnis protokolliert wird. Allerdings ist die Unterschrift des AN unter das Abnahmeprotokoll **nicht** Voraussetzung für die Wirksamkeit der förmlichen Abnahme.

Es stellt sich aber die Anschlussfrage, wie sich die Rechtslage beurteilt, wenn der AG das Abnahmeprotokoll nicht unterschreibt. Wenn der AG es ablehnt, das Abnahmeprotokoll zu unterschreiben, weil er die Leistung nicht als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt, liegt naturgemäß keine wirksame Abnahme vor. Es gibt zudem Stimmen in der baurechtlichen Literatur, wonach die Unterschrift des AG Wirksamkeitsvoraussetzung für die förmliche Abnahme ist.⁹ Die wohl überwiegende Auffassung geht aber davon aus, dass auch die Unterschrift des AG keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die förmliche Abnahme ist.¹⁰

III. Konkludente Abnahme

Häufig stellt sich in der Baupraxis die Frage, ob und falls ja, wann eine (konkludente) Abnahme erfolgt ist. Dies tangiert zwar häufig den Sachverständigen nicht unmittelbar, allerdings wird sein Auftraggeber auch hier dankbar sein, die richtigen Wegweiser zu erhalten.

Besonders prägnant wird die Frage rund um die konkludente Abnahme vom *OLG Rostock*¹¹ dargestellt. Dort hat ein Auftragnehmer für den Auftraggeber ein Mehrfamilienhaus errichtet. Der Auftraggeber seinerseits wollte dieses vermarkten und weiterveräußern. Das Haus wurde dem Auftraggeber übergeben. Eine förmliche Abnahme erfolgt nicht. Der Auftraggeber veräußert die Wohneinheiten in dem Objekt und erklärt auch keinerlei Mängelvorbehalte. Der Auftragnehmer stellt in der Folge seine Schlussrechnung, gegen die innerhalb von zwei Monaten keine Einwendungen erhoben werden. Der Auftraggeber zahlt den-

⁹ Heiermann/Riedl/Rusam, 10. Aufl., VOB/B § 12 Rn. 38b unter Hinweis auf BGH BauR 1974, 206, wonach die Unterschriftsleistung ein Teil der förmlichen Abnahme ist.

¹⁰ OLG Hamburg IBR 2012, 79; Ingenstau/Korbion/Oppler VOB/B § 12 Abs. 4 Rn. 18 m.w.N.

¹¹ OLG Rostock, Urteil vom 02.07.2021, 7 U 75/21; BGH, Beschluss vom 12.01.2022, VII ZR 815/21 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

noch nicht und begründet dies damit, dass der Anspruch des Auftragnehmers aus der Schlussrechnung nicht fällig sei, da niemals eine Abnahme stattgefunden habe.

Das *OLG Rostock* spricht dem Auftragnehmer seinen Werklohnanspruch zu. Der Auftraggeber habe das Werk jedenfalls konkludent abgenommen, indem er die Wohneinheiten auf dem Markt angeboten und so das Werk nach der Übergabe ohne jeden Vorbehalt für seine Zwecke verwertet habe.

Auch das *OLG München*¹² hat sich bereits mit ähnlichen Fragestellungen befasst. In dem Fall sollte der Auftragnehmer für den Auftraggeber eine Heizungsinstallation ausführen. Die Parteien schließen einen BGB-Bauvertrag. Im Oktober 2007 wird die Anlage in Betrieb genommen. Der Auftraggeber fordert am 27.10.2007 Nachbesserungsarbeiten, diese werden vom Auftragnehmer binnen einer Woche erledigt. 2012 fällt dann die Wärmepumpe aus. Im Mai 2013 leitet der Auftraggeber ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Hiermit will er die Verjährung der Gewährleistungsrechte hemmen. Der Auftragnehmer beruft sich auf die Einrede der Verjährung.

Das *OLG München* entschied hier, dass die Gewährleistungsansprüche verjährt waren. Der Auftraggeber habe nach Fertigstellung der Arbeiten hinreichend Gelegenheit gehabt, das Werk zu prüfen. Die Prüffrist habe Mitte November nach Beendigung der Arbeiten begonnen und sei spätestens im Januar abgelaufen. Der Zeitraum von ca. 2½ Monaten war jedenfalls hinreichend. Um das Werk zu überprüfen. So wurde das Werk spätestens Ende Januar 2008 konkludent abgenommen und die Gewährleistungsansprüche waren damit im Mai 2013 bereits verjährt.

¹² OLG München, Beschluss vom 17.05.2021, 28 U 744/21 Bau; BGH, Beschluss vom 10.11.2021, VII ZR 565/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

ANZEIGE



HOHLSTELLEN-DETEKTOR

- Prüfungen des Untergrunds auf Hohlstellen vor Beginn weiterer Arbeiten
- Prüfungen der ordnungsgemäßen Durchführung bei Abnahme der Arbeiten
- Prüfungen von Boden-, Wand- und Deckenflächen nach Wasser- und / oder Brandschäden



DESOI GmbH | Tel.: +49 6655 9636-0
info@desoi.de www.desoi.de

Der Autor

Rechtsanwalt Tobias Prevorsek
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 GTW Anwälte für Bau- und Immobilienrecht
 Benzenbergstraße 39-47
 40219 Düsseldorf
 Tel. 0211/93 88 99 11
 Fax 0211/93 88 99 22
 tobias.prevorsek@g-t-w.com
 www.g-t-w.com



arge arbeitsgemeinschaft für
baurecht bau- und immobilienrecht