

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 12/2005

Thema: Die Abnahme, der Dreh- und Angelpunkt am Bau/Baurecht

1. Einleitung

Die Abnahme ist der baurechtliche Dreh- und Angelpunkt eines jeden Bauvertrags. Anders als bei sonstigen Vertragstypen des BGB tritt die Erfüllung des Werkvertrages nicht mit dem Bewirken der geschuldeten Leistung ein, sondern erst mit der sogenannten Abnahme durch den Auftraggeber. Die Abnahme ist die mit der körperlichen Hinnahme verbundenen Billigung des Werkes als der Hauptsache nach vertragsgemäße Leistung.

Abnahme
Entgegennahme , d.h. körperliche Entgegennahme des vom Auftragnehmer erstellten Werkes
Billigung , d.h. Billigung des hergestellten Werkes als im wesentlichen vertragsgerecht

Mit der Abnahme soll der Auftraggeber Gelegenheit bekommen, die Leistung daraufhin zu überprüfen, ob sie vertragsgemäß erbracht worden ist. Aufgrund ihrer vielfältigen Konsequenzen wird sie zurecht als der Dreh- und Angelpunkt am Bau bezeichnet. In der Baupraxis ist erkennbar, dass die Abnahme nicht ernst genommen wird. Vielfach wird sie vollständig vergessen, ohne dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer über die damit verbundenen Nachteile bewusst sind. Besonders Architekten und Ingenieure versäumen die Abnahme ihres eigenen Werks bzw. verwechseln diese mit der Abnahme zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Die nachfolgende Darstellung beschäftigt sich daher mit den Rechtswirkungen der Abnahme und den einzelnen Formen der Abnahme.

2. Rechtswirkungen der Abnahme

Die Abnahme stellt baurechtlich einen Wendepunkt dar, der erhebliche Konsequenzen für Auftraggeber und Auftragnehmer hat:

- Werklohnfähigkeit

Die Abnahme ist grundsätzlich Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch, § 641 BGB. Der Werklohnanspruch wird –mit Ausnahme des Anspruchs auf Abschlagszahlungen– ohne Abnahme nicht fällig.

- Gefahrübergang

Mit der Abnahme geht die Leistungs- und Vergütungsgefahr auf den Auftraggeber über.

Leistungsgefahr : Wird das Werk unverschuldet beschädigt oder zerstört, muss der Auftragnehmer es nochmals auf seine Kosten errichten.

Vergütungsgefahr : Wird das Werk unverschuldet beschädigt oder zerstört, muss der Auftragnehmer es noch einmal errichten und kann keine zusätzliche Zahlung verlangen. Ausnahmen: § 7 VOB/B

- Trennung der Vertragserfüllungsebene von der Nacherfüllungsebene

Nach der Abnahme beschränkt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Auftraggebers auf Mängelansprüche. Während der Auftragnehmer vor der Abnahme ein mangelfreies Werk zu erstellen hat, schuldet er nach der Abnahme nur noch die Mängelhaftung, grundsätzlich Nacherfüllung.

Besonders bei der VOB/B ergeben sich Unterschiede, beispielsweise im Hinblick auf das Recht zur Selbstvornahme.

Bis zur Abnahme muss der Auftraggeber bei festgestellten Mängel nach § 4 Nr. 7 VOB/B vorgehen. Er muss also:

- den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung auffordern
- eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung setzen
- die Kündigung aussprechen

Erst dann kann er eine Selbstvornahme durchführen.

Nach der Abnahme muss der Auftraggeber bei festgestellten Mängeln nach § 13 Nr. 5 VOB/B vorgehen. Er muss also:

- eine Aufforderung zur Nacherfüllung mit Fristsetzung setzen und,
- Fristablauf abwarten

Erst dann kann er eine Selbstvornahme durchführen. Vor der Abnahme ist somit eine Kündigung zusätzliche Anspruchsvoraussetzung.

- Wegfall der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers

Bis zur Abnahme ist der Auftragnehmer vorleistungspflichtig. Klagt er trotz fehlender Abnahme auf den Werklohn, wird die Klage wegen der fehlenden Abnahme abgewiesen, wenn der Auftraggeber die Abnahme, z.B. wegen Mängeln, zu recht verweigert.

Ist das Werk hingegen abgenommen und wendet der Auftraggeber die gleichen Mängel ein, so wird die Klage nicht mehr abgewiesen sondern der Klage wird stattgegeben Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung, § 322 BGB.

- Entfallen Schutzpflichten

Mit der Abnahme entfallen die Schutzpflichten nach § 4 Nr. 5 VOB/B. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer bis zur Abnahme die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen hat. Auf Verlangen des Auftraggebers hat er sie vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen, ferner Schnee und Eis zu beseitigen.

- Beweislastverteilung

Die Beweislast für vom Auftraggeber behauptete Mängel kehrt sich mit der Abnahme um. Der Auftraggeber muss nach Abnahme beweisen, dass ein Mangel vorliegt, während vor der Abnahme der Auftragnehmer beweisen muss, dass die Leistung vertragsgemäß erbracht worden ist. Die Beweislastumkehr nach Abnahme gilt jedoch nicht im Falle eines Vorbehalts des Auftraggebers gem. § 640 Abs. 2 BGB bzw. § 12 Nr. 5 Abs. 3 VO/B.

- Verjährungsbeginn für Mängelrechte

Mit der Abnahme beginnt gem. § 634a Abs. 2 BGB die Verjährungsfrist für die Mängelrechte. Gleiches gilt auch für die Mängelansprüche nach VOB/B gem. § 13 Nr. 4 Abs. 3 VOB/B. Auch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung (z.B. Kündigung) ist die Abnahme zwar nicht Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch aber Voraussetzung für den Verjährungsbeginn.

- Verlust von Ansprüchen durch vorbehaltlose Abnahme

Bei der Abnahme bekannte Mängel muss der Auftraggeber sich bei der Abnahme vorbehalten, ansonsten verliert er das Recht auf Nachbesserung und Minderung. Der Auftraggeber behält jedoch den Anspruch auf Schadensersatz, § 640 Abs. 2 BGB. Der grundlegende Unterschied besteht darin, dass kein Anspruch mehr auf Nacherfüllung besteht sondern nur noch Ansprüche auf Zahlung von Geld. Außerdem ist ein Schadensersatzanspruch regelmäßig verschuldensabhängig.

Nicht nur Mängel sondern auch Vertragsstrafenansprüche muss der Auftraggeber sich grundsätzlich bei der Abnahme vorbehalten, weil sie ansonsten verfallen.

Fehlender Vorbehalt bei der Abnahme			
Vertragsstrafe	Nicht erkennbarer Mangel	Erkennbarer Mangel	
Vertragsstrafe entfällt § 341 Abs. 3 BGB	Mängelansprüche entfallen nicht	verschuldensunabhängige Mängelansprüche entfallen § 640 Abs. 2 BGB, § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B	Schadensersatzansprüche entfallen nicht § 640 Abs. 2 BGB

TIPP:

Bereits diese Aufzählung der Rechtswirkungen der Abnahme zeigt, dass diese tatsächlich ein Dreh- und Angelpunkt am Bau ist. Es ist daher sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer von entscheidender Bedeutung, den Abnahmezeitpunkt exakt zu fixieren. Ohne Abnahme grundsätzlich keine Vergütung (Ausnahme: Abschlagszahlungen) und kein Beginn der Verjährungsfrist für Mängel. Derartige Versäumnisse können sich noch Jahre später auswirken, beispielsweise dann, wenn es um die Frage der Verjährung von Mängelansprüchen des Auftraggebers geht bzw. der Rückgabe von Gewährleistungsbürgschaften. Es können manchmal wenige Tage entscheidungserheblich sein. In der Praxis können die fiktive oder stillschweigende Abnahme bestenfalls in einem Bereich von Monaten eingegrenzt werden. Diese unnötige Grauzone führt zu Prozessrisiken auf beiden Seiten.

3. Abnahmeformen

Bei den Abnahmeformen muss zwischen dem BGB-Vertrag und dem VOB/B-Vertrag unterschieden werden.

Der BGB-Vertrag kennt:

- die ausdrückliche Abnahme, § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB
- die förmliche Abnahme (kraft vertraglicher Vereinbarung)
- die stillschweigende Abnahme
- die fiktive Abnahme, § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB
- die Abnahme durch Fertigstellungsbescheinigung, § 641a BGB

Der VOB/B-Vertrag kennt:

- die ausdrückliche Abnahme, § 12 Nr. 1 VOB/B
- die förmliche Abnahme, § 12 Nr. 4 VOB/B
- die stillschweigende Abnahme
- die fiktive Abnahme, § 12 Nr. 5 VOB/B in zwei Varianten:
 - Mitteilung der Fertigstellung + 12 Werktage
 - Inbenutzungnahme + 6 Werktage

Nachfolgend eine Übersicht zu den einzelnen Abnahmeformen:

Abnahmetatbestand	Anmerkungen
Förmliche Abnahme § 12 Nr. 4 VOB/B	<p>Die förmliche Abnahme ist in den meisten Bauverträgen vereinbart. Auch wenn eine solche Vereinbarung fehlt, aber die VOB/B Vertragsbestandteil ist, kann sie jede Partei verlangen. In § 12 Nr. 4 VOB/B wird ein bestimmtes Verfahren geregelt. Bei der möglichst gemeinsamen Abnahme wird der Zustand der Leistung <i>schriftlich niedergelegt</i> und es werden die erkennbaren Mängel festgehalten. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer erhalten jeweils ein unterschriebenes Abnahmeprotokoll.</p> <p>Die vertragliche Vereinbarung einer förmlichen Abnahme schließt eine Abnahmefiktion nach § 12 Nr. 5 VOB/B aus. Nicht ausgeschlossen ist dagegen die gesetzliche Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, in der der Auftragnehmer eine förmliche Abnahme in einer angemessenen Frist verlangt.</p> <p>Haben die Parteien eine förmliche Abnahme im Vertrag vereinbart und findet diese nicht statt, kann im Einzelfall von einer stillschweigenden Abnahme ausgegangen werden. Diese wird dann angenommen, wenn längere Zeit nach der Benutzung des Bauwerks keine der Parteien auf die förmliche Abnahme zurückkommt. Unerheblich ist dabei, ob die Parteien sich der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme vorgesehen war oder ob sie das nur vergessen haben.</p>
Ausdrückliche Abnahme (aber formlos) § 12 Nr. 1 VOB/B	<p>Die VOB/B regelt in § 12 Nr. 1 VOB/B, dass der Auftraggeber <i>auf Verlangen des Auftragnehmers</i> nach der Fertigstellung verpflichtet ist, binnen 12 Werktagen eine formlose Abnahme durchzuführen. In diesen Fällen wird die Abnahme ausdrücklich erklärt, aber nicht förmlich und ebenfalls nicht stillschweigend.</p>
Konkludente Abnahme	<p>Sofern keine förmliche Abnahme stattfindet, ist die stillschweigende (konkludente) Abnahme der Regelfall. Sie ist gegeben, wenn dem <i>Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen</i> ist, dass er die Leistung als im wesentlichen vertragsgerecht billigt. Dies wird dann angenommen, wenn der Auftraggeber binnen einer angemessenen Frist Gelegenheit hat, das Werk zu prüfen und zu bewerten. Die Dauer dieser Frist hängt vom konkreten Einzelfall ab. Derartige Sachverhalte können vorliegen, wenn der Auftraggeber das Bauwerk bezieht und sich aus dem Verhalten nichts gegenteiliges ergibt. Gegenteiliges kann beispielsweise ein Einzug unter dem Zwang der Verhältnisse darstellen bzw. ein Einzug unter Rüge von wesentlichen Mängeln. Ein weiteres Beispiel ist die vorbehaltlose Zahlung der Vergütung oder die Auszahlung des vollen Sicherheitseinhalts.</p>
Fiktive Abnahme § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB	<p>Nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Auftraggeber das <i>abnahmefähige Werk nicht innerhalb einer ihm vom Auftragnehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt</i>. Die Gleichstellung der unterlassenen Abnahme mit der vorgenommenen Abnahme führt dazu, dass nach fruchtlosem Fristablauf alle Abnahmewirkungen <i>unabhängig vom Willen des Auftraggebers</i> eintreten. Voraussetzung für die Gleichstellung der unterlassenen Abnahme mit der Abnahme ist nach dem Gesetz:</p> <ul style="list-style-type: none"> - der Auftragnehmer muss zur Abnahme verpflichtet sein - eine vom Auftragnehmer bestimmte angemessene Frist muss abgelaufen sein <p>Die Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB gilt auch im VOB-Vertrag. Die Regelungen der VOB/B zur fiktiven Abnahme, § 12 Nr. 5 VOB/B bleiben unberührt.</p>
Fiktive Abnahme § 641a Abs. 1 BGB	<p>Der Abnahme steht es gem. § 641a Abs. 1 BGB gleich, wenn dem Auftragnehmer von einem Gutachter eine <i>Fertigstellungsbescheinigung</i> erteilt wird. Diese vom Gesetzgeber eingefügte Regelung soll es dem Auftragnehmer ermöglichen, den Streit um die Abnahmefähigkeit durch die Fertigstellungsbescheinigung zu vermeiden. Diese Vorschrift ist aufgrund ihrer gesetzgeberischen Fehlkonstruktion in der Baupraxis irrelevant. Auf eine nähere Darstellung bzw. Kommentierung wird daher verzichtet.</p> <p>§ 641a BGB ist auch im VOB-Vertrag anwendbar. Diese enthält keine abschlie-</p>

Abnahmetatbestand	Anmerkungen
	Bende Regelung der Abnahmefiktion. Aber auch dort ist diese Vorschrift nicht praxisrelevant.
Fiktive Abnahme § 12 Nr. 5 VOB/B	Sofern die VOB/B als ganzes vereinbart wurde, kann es zu einer in § 12 Nr. 5 VOB/B geregelten fiktiven Abnahme kommen. Die Abnahmewirkung der fiktiven Abnahme tritt <i>unabhängig vom Willen des Auftraggebers</i> ein. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung gem. § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung als abgenommen. In der Praxis ist dies häufig die Zusendung der Schlussrechnung, die als Mitteilung über die Fertigstellung angesehen wird. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen ab Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme, § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B.
Teilabnahme § 12 Abs. 2 VOB/B	Beim VOB-Vertrag hat der Auftragnehmer Anspruch auf eine rechtsgeschäftliche Teilabnahme bei <i>in sich abgeschlossenen Leistungen</i> nach § 12 Nr. 2 VOB/B. Wann in sich abgeschlossene Leistungen im Rechtssinne vorliegen, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. Es ist bislang nicht gelungen, allgemein gültige Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Orientierungshilfe mag sein, ob die Leistung nach der Vertragsgestaltung selbständig bewertbar ist. Ansonsten kann der Auftragnehmer eine Teilabnahme nur verlangen, wenn dies im Bauvertrag vertraglich vereinbart wurde. Wegen der Unsicherheiten der Abgrenzung bei abgeschlossenen Leistungen ist daher eine detaillierte Regelung zum Recht der Teilabnahme für den Auftragnehmer im Bauvertrag sinnvoll und empfehlenswert.

Die vorstehende Übersicht zeigt die verschiedenen Abnahmeformen auf. Es ist in der Baupraxis entscheidend, zwischen der förmlichen Abnahme, der konkludenten Abnahme und den Abnahmefiktionen zu differenzieren. Neben den konkreten vertraglichen Vereinbarungen kommt es dabei insbesondere darauf an, ob ein BGB-Vertrag oder ein VOB-Vertrag vorliegt. Inwieweit beispielsweise die Abnahmefiktionen des § 12 Nr. 5 VOB/B tatsächlich eingreifen, hängt entscheidend von der Vertragsgestaltung ab. Beispielsweise greift § 12 Nr. 5 VOB/B gem. § 308 Nr. 5 BGB in Verbraucherverträgen nicht ein, da die Regelung einer Inhaltskontrolle nicht standhält, wenn der Auftragnehmer die VOB/B nicht insgesamt (ohne Abweichung) in den Vertrag eingeführt hat.

TIPP:

1. Es dürfte für Auftraggeber- und Auftragnehmerseite sinnvoll sein, sofern auf Klarheit im Bauvertrag Wert gelegt wird, eine förmliche Abnahme zu vereinbaren. Dadurch kann der für beide Seiten entscheidende Zeitpunkt, nämlich die Abnahme, als Dreh- und Angelpunkt des Baus festgehalten werden. Die Parteien sollten dabei beachten, dass bei der Vertragsgestaltung vereinbarte später auch tatsächlich durchzuführen, um nicht wiederum Unklarheiten in der Bauabwicklung zu produzieren.
2. Der Auftragnehmer ist bei der Geltung der VOB/B unter Umständen günstiger gestellt, wenn er keine Abnahme nach § 12 Nr. 1 VOB/B verlangt, sondern versucht, die Abnahmewirkung über die Fiktion herbeizuführen. Dies bedeutet also die Übersendung einer Schlussrechnung oder das Abwarten der Inbenutzungnahme der Leistung. Dann tritt eine Abnahme bereits nach 12 Werktagen bzw. 6 Werktagen ein. Diese Vorgehensweise ist aber aufgrund der Problematik, inwieweit die VOB/B seit der Schuldrechtsreform tatsächlich noch privilegiert ist, höchst fragwürdig. Im Einzelfall kann

eine Abnahme nicht eingetreten sein mit nachteiligen Konsequenzen. Bei Verbraucherverträgen ist zudem auf § 308 Nr. 5 BGB zu verweisen, der eine Vereinbarung der VOB/B seitens des Auftragnehmers insgesamt (ohne Abweichung) erfordert. Eine fiktive Abnahme scheidet auch aus, wenn die Leistung nicht fertiggestellt war, grobe Mängel aufweist oder die Benutzung aufgrund einer Zwangslage erfolgte. Eine Fiktion greift auch dann nicht, wenn eine förmliche Abnahme im Bauvertrag vereinbart ist oder eine Abnahme bereits verlangt wurde.

3. Ein häufiger Irrtum des Auftragnehmers ist es, dass nach einem Einzug des Auftraggebers unter Mängelvorbekalt, der nicht zu einer Abnahme führt, die Abnahme dann irgendwann nach irgendeiner Zeit später angenommen werden kann, auch wenn die Mängel nicht beseitigt worden sind. Solange die Mängel nicht beseitigt werden und der Auftraggeber seine Mängelbeseitigungsansprüche nicht aufgegeben hat, ist kein Raum für die Annahme einer konkludenten Abnahme. Sofern der Auftragnehmer hier nicht handelt, setzt er sich erheblichen Risiken aus.
4. Auftragnehmern ist besonders bei längeren Bauvorhaben zu raten, falls sie eine Teilabnahme vertraglich durchsetzen können, dass die besonders abnehmbaren Teilleistungen oder die Voraussetzungen einer Teilabnahme vertraglich fixiert werden. Die Bezugnahme auf in sich abgeschlossene Leistungen ist ein schillernder Begriff, der mangels gültiger Abgrenzungskriterien einen breiten Auslegungsspielraum lässt mit den damit verbundenen Streitigkeiten.

4. Vorbehalte bei der Abnahme

Im Rahmen der Darstellung soll auch noch kurz auf die Vorbehalte bei der Abnahme eingegangen werden. Hierbei herrschen teilweise sowohl auftraggeber- als auch auftragnehmerseitig Irrtümer vor. Dies betrifft besonders den **angeblichen Verlust aller Mängelrechte**.

Bei Abnahme nicht vorbehaltener Ansprüche wegen Mängeln auf Nachbesserung, Kostenerstattung und Kostenvorschuss bzw. Recht auf Minderung oder Rücktritt, können wegen bekannter Mängel nicht mehr geltend gemacht werden, vgl. § 12 Nr. 4 Abs. 1 und Nr. 5 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 640 Abs. 2 BGB.

Bei Abnahme nicht vorbehaltene Ansprüche auf Vertragsstrafe gehen verloren, wenn diese bei der Abnahme nicht vorbehalten werden, § 341 Abs. 3 BGB, § 11 Nr. 4 VOB/B.

TIPP:

1. Auftraggeber müssen, um ihr Recht zu wahren, bei bekannten **Mängeln** sich ihre **Ansprüche vorbehalten**. Gleiches gilt für einen Anspruch auf **Vertragsstrafe**, der dann später bei fehlendem Vorbehalt nicht mehr geltend gemacht werden kann. Die entsprechenden Vorbehalte müssen unbedingt in das Abnahmeprotokoll zur entsprechenden Dokumentation aufgenommen werden. Besonders tückisch sind die Bestimmungen im Falle der Abnahmefiktion nach § 12 Nr. 5 VOB/B. Wird hier der Vorbehalt bei der Abnahme wegen Mängelansprüchen oder Vertragsstrafen innerhalb der 12 Werktag- oder 6 Werktagfrist versäumt, gehen die Ansprüche verloren. Auftraggeber müssen daher beim VOB-Vertrag sofort reagieren, um hier keine Nachteile zu erleiden. Gegebenenfalls muss der Auftraggeber eingehend überprüfen, ob § 12 Nr. 5 VOB/B tatsächlich greift oder hier Geltungshindernisse entgegen stehen (Vereinbarung förmlicher Abnahme, Privilegierung VOB/B, etc.)
2. Auftragnehmer überschätzen häufig die vorbehaltlose Abnahme trotz Kenntnis der Mängel. Notwendig ist nämlich **positive Kenntnis** des Auftraggebers, kennen müssen reicht nicht. Der Auftragnehmer trägt die Beweislast für die positive Kenntnis. Kenntnis vom Mangel im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB liegt nicht vor, wenn der Auftraggeber bei der Ab-

nahme Bedeutung und Auswirkung des Mangels nicht übersehen konnte. Weitgehend unbekannt ist, dass das Recht auf **Schadensersatz** oder auf Ersatz der vergeblichen Aufwendungen hiervon **nicht berührt** wird. § 640 Abs. 2 BGB spricht nämlich lediglich von den Ansprüchen nach § 634 Nr. 1 – 3 BGB, lässt aber § 634 Nr. 4 BGB unerwähnt. Die dort genannten Ansprüche, insbesondere der Schadensersatzanspruch, werden daher dem Auftraggeber nicht genommen!

3. **Mängel** und **Verschleiß** sind voneinander **abzugrenzen**. Ein Mangel liegt nur vor, wenn dieser bei der Abnahme bereits vorhanden bzw. dieser dem Keime nach angelegt war. Verschleiß ist die natürliche Abnutzung. Für letzteres haftet der Auftragnehmer nicht. Er übernimmt keine Garantie. Auftraggeber verwechseln häufig diese Begriffe und stellen die Mängelhaftung einer Garantiehaftung gleich. Gemeinsam ist beiden im Grundsatz, dass diese regelmäßig verschuldensunabhängig sind. Der Auftragnehmer übernimmt aber lediglich nach dem Werkvertragsrecht den Erfolg dafür, dass das Werk zum Zeitpunkt der Abnahme vertragsgerecht ist, nicht aber dass dieses über den gesamten Zeitraum der Verjährungsfrist bis zu deren Ende so bleibt.
4. Das **Märchen vom „verdeckten Mangel“** ist ebenfalls eng mit der Abnahme verknüpft. Vielfach begegnet man in der Baupraxis bei den Baubeteiligten der Auffassung, dass Mängel, die bei der Abnahme nicht sichtbar, eben verdeckt waren, zu einer längeren Haftung führen. Diese längere Haftung wurde vielfach mit dem Organisationsverschulden gleichgesetzt, so dass viele Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer sich auf die 30jährige Verjährungsfrist berufen haben. Dies ist in mehrfacher Hinsicht unzutreffend. Zunächst einmal gibt es die Rechtsfigur des „verdeckten Mangels“ nicht. Richtig ist, dass es „erkennbare“ und „nicht erkennbare“ Mängel gibt. Dies hat aber allein mit der Frage zu tun, ob der Auftragnehmer bei der Abnahme die Mängel erkannt hat oder nicht. Im Falle der positiven Kenntnis von einem Mangel, müssen die entsprechenden Mängelrechte vorbehalten werden. Wird dies unterlassen, ist auf etwaige verbleibende Restansprüche, wie Schadensersatz, beschränkt. Gemeint ist mit dem am Bau landläufig sogenannten „verdeckten Mangel“ das arglistige Verschweigen oder Organisationsfehler des Auftragnehmers. Dies hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob der Mangel verdeckt war oder nicht.

Exkurs:

Für den Fall, dass der Auftragnehmer einen Mangel arglistig verschweigt, verjähren Mängelansprüche nach altem Recht in der Regelfrist von 30 Jahren, § 638 BGB aF. Nach neuem Recht seit der Schuldrechtsreform am 01.01.2002 verjähren die Mängelansprüche in der Regelfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt, § 634a Abs. 3 Satz 1 BGB. Da diese kürzer sein kann als die 5jährige Verjährungsfrist (3 Jahre zum Jahresende ab Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis) sieht das Gesetz vor, dass die Verjährung nicht vor Ablauf der 5-Jahresfrist eintritt.

Arglistig wird ein Mangel verschwiegen, der dem Auftragnehmer bei der Abnahme bekannt war und gleichwohl nicht offenbart wird. Dabei reicht es aus, dass der Auftragnehmer die vertragswidrige Ausführung gekannt hat. Ist der Auftragnehmer arbeitsteilig organisiert, wie z.B. juristische Personen (GmbH, AG), muss er die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob die Bauleistung bei der Abnahme mangelfrei ist. Der Auftragnehmer kann sich der vertraglichen Offenbarungspflicht bei der Abnahme nicht dadurch entziehen, dass er sich unwissend hält oder sich keiner Gehilfen bei der Pflicht bedient, Mängel zu offenbaren. Sorgt er bei der Herstellung des Werkes nicht dafür, so hat er dafür einzustehen, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. In diesem Fall verjähren die Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers nach altem Recht erst nach 30 Jahren. Nach neuem Recht verjähren sie in der Regelfrist, nicht jedoch vor Ablauf der 5-Jahresfrist. Diese Fallgruppen des Or-

ganisationsverschuldens werden also dem arglistigen Verschweigen gleichgestellt bzw. sind ein Unterfall hiervon.

Diese Fallgruppen haben nichts damit zu tun, ob ein Mangel verdeckt oder nicht verdeckt ist, weshalb man die häufig behauptete verlängerte Gewährleistungspflicht wegen verdeckter Mängel als Märchen bezeichnen darf. Würde jeder nicht sichtbare Mangel bzw. verdeckte Mängel zu einer längeren Gewährleistungspflicht führen, dann wäre eine längere Gewährleistungsfrist die Regel, da nahezu alle Mängel zunächst nicht sichtbar sind und erst später in Erscheinung treten. Viele Auftragnehmer lassen sich daher zu unrecht von dieser Argumentation verunsichern.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Fälle des Organisationsverschuldens seit der Schuldrechtsreform an Bedeutung verlieren werden. Die Gewährleistungsfrist wurde, wie bereits dargestellt, massiv verkürzt. Selbst Altfälle des Organisationsverschuldens dürften für den Auftragnehmer nun kaum mehr ein Problem darstellen, da aufgrund einer Überleitungsvorschrift im Rahmen der Schuldrechtsreform diese Ansprüche regelmäßig zum 31.12.2004 verjährt sind.

5. Zusammenfassung

Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt am Bau. Ihre Bedeutung wird vielfach zu unrecht verkannt. Beide Seiten, Auftraggeber und Auftragnehmer, haben ein elementares Interesse daran, den Zeitpunkt der Abnahme zu fixieren. Eine entsprechende Dokumentation der Abnahme ist unbedingt empfehlenswert. Auftraggeber sollten nicht auf Beratung durch Sachverständige, z.B. Architekten und Ingenieure verzichten. Leider wird hier in der Baupraxis an der falschen Stelle gespart. Auftragnehmer sollten unbedingt die Abnahme fixieren, um nicht ewig einem Haftungsrisiko ausgesetzt zu sein.