

Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

HERAUSGEBER

Ltd. städt. Rechtsdirektor a.D.
Martin Krämer

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB
Norbert Portz

Leitender Rechtsdirektor
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.
Ulrich Welter



■ Oliver Hattig

„Konkrete Vorgaben bleiben notwendig!“

Interview mit Martin Krämer zum neuen
Unterschwellen-Vergaberegime in NRW 5

■ Peter Schwientek

Auch das „Wie“ darf bewertet werden

BayOBLG: „Souveränität im Vortrag“
und „Auftreten des Teams“ bewertbar 13

■ Dr. Rainer Noch

Streitfall Eignungsprüfung

Großer Spielraum der Vergabestelle 22

625

≡ Reguvis

In beiderseitigem Interesse

Zur Abnahme von Planungsleistungen



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, ingside® Büsum

Sind sämtliche Leistungen eines Werkvertrags (das sind auch Ingenieur- und Architektenverträge) mangelfrei erbracht, muss der Auftraggeber die Leistungen rechtsgeschäftlich abnehmen. Die Rechtswirkungen der Abnahme sind so umfangreich, dass der Planer großes Interesse an der Abnahme hat. Oft ist zu hören, man wisse gar nicht, wie man Planungsleistungen abnehmen soll, dabei ist das keine Hexerei. Eine Aufklärung.

Bei der Erstattung von Gutachten kommt es häufig vor, dass Rechtsfragen zu Honoraransprüchen dem Grunde und nicht nur der Höhe nach zu klären sind. Die dann damit befassten Juristen verweisen bei Bedarf auf eine fehlende Abnahme. Das gilt auch zum Beispiel für die Prüfung von Honorar-Schlussrechnungen.

Andere Auftraggeber vereinbaren regelmäßig förmliche Abnahmen in ihren Vertragsmustern, führen diese jedoch nicht durch und begleichen die Schlussrechnungen dennoch. Diese Feststellungen veranlassen den Autor als öffentlich bestellter und vereidigter (ö.b.u.v.) Sachverständiger für Ingenieurhonorare, sich mit der Abnahme zu befassen und Hinweise zur Wichtigkeit der Abnahme für die Praxis zu geben. Grundsätzlich gilt jedoch, dass Rechtsfragen nur von Juristen beantwortet werden dürfen.

Die Rechtswirkungen der Abnahme

Mit der Abnahme erklärt der Auftraggeber, dass er sämtliche beauftragten Leistungen erhalten hat und diese im Wesentlichen mangelfrei sind. Hat er dies getan, ergeben sich daraus folgende Rechtswirkungen:

- Ende des Erfüllungsstadiums,
- Fälligkeit des Honorars,
- Gefahrenübergang,
- Beginn der Sachmängelverjährung,
- Umkehr der Beweislast für Sachmängel,
- Rechtsverlust bei fehlendem Vorbehalt,
- Verzinsungspflicht.

Diese Rechtswirkungen werden nachfolgend erläutert.

Ende des Erfüllungsstadiums

Hat der Auftraggeber erklärt, dass er alle Leistungen erhalten hat, so endet für den Planer die Erfüllungspflicht. Ausgenommen davon ist lediglich die Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten unwesentlichen Mängel.

Fälligkeit des Honorars

In § 15 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ist die Fälligkeit des Honorars geregelt, nämlich:

§ 15 HOAI – Fälligkeit des Honorars, Abschlagszahlungen

Für die Fälligkeit der Honorare für die von dieser Verordnung erfassten Leistungen gilt § 650g Absatz 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend. Für das Recht, Abschlagszahlungen zu verlangen, gilt § 632a des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

In § 650g Abs. 4 BGB heißt es:

§ 650g BGB – Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

(4) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist und
2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung er-

teilt hat. Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

Damit ist klar, dass die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung für die Honorar-Schlussrechnung ist. Der Planer kann zwar seine Schlussrechnung auch ohne Abnahme stellen, aber diese ist dann nicht fällig und der Auftraggeber kann die Zahlung verweigern.

Gefahrenübergang

Dadurch geht das Risiko für Schäden an der Sache auf den Bauherrn über. Das ist bei Bauwerken sehr wichtig, bei Planungs- und/oder Überwachungsleistungen eher nicht.

Beginn der Sachmängelverjährung

Es ist sehr wichtig zu wissen, dass die Sachmängelverjährung (Verjährungsfrist) mit der Abnahme und nur mit der Abnahme zu laufen beginnt. Treten später Mängel am Bauwerk auf und will der Bauherr den Planer wegen eines Überwachungsfehlers gesamtschuldnerisch haftbar machen, wird der Planer beweisen müssen, wann die Abnahme erfolgt ist. Nur daraus lässt sich ableiten, ob der Schaden noch innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend gemacht wird.

Umkehr der Beweislast für Sachmängel

Bis zur Abnahme muss eine Baufirma, aber auch ein Ingenieur bzw. ein Architekt beweisen, dass seine Leistung mangelfrei ist. Dass sie zum Beispiel den allgemein anerkannten Regeln der Technik (a.a.R.d.T.) entspricht, dass er bei der Kostenberechnung ortsübliche Preise berücksichtigt hat, dass seine fachtechnischen Berechnungen richtig sind u.a.m.

Nach der Abnahme muss der Bauherr beweisen, dass die Leistung mangelhaft ist. Er hatte ja bei der Abnahme die Mangelfreiheit bestätigt.

Rechtsverlust bei fehlendem Vorbehalt

Behält sich der Auftraggeber zum Beispiel Ansprüche aus Vertragsstrafe oder hinsichtlich bereits bekannter Mängel nicht vor, verliert er diese. Hierzu ist Rechtsberatung dringend angeraten.

Verzinsungspflicht

Kaum bekannt, aber in § 641 Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt:

§ 641 BGB – Fälligkeit der Vergütung

(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

Formen der Abnahme

Mündliche Abnahme

Grundsätzlich reicht, sofern nichts anderes vertraglich vereinbart ist, die mündliche Erklärung des Auftraggebers: „Ich nehme ab“. Schon aus Beweisgründen sollte eine rein mündliche Abnahme jedoch vermieden werden.

Förmliche Abnahme

Ist eine förmliche/ausdrückliche Abnahme vereinbart oder wird sie gewünscht, muss diese schriftlich erfolgen. Dies geschieht in der Regel mit einem Abnahmeprotokoll. Das Protokoll kann kurz sein. Darin sollten angegeben werden:

- Vorhaben / Vertrag vom ...,
- Auftraggeber,
- Auftragnehmer,
- vollständige Abnahme oder Teilabnahme,
- Hinweise auf Mangelfreiheit, unwesentliche Mängel.
- Ort / Datum / Unterschriften.

Konkludente Abnahme

Die Abnahme kann auch konkludent (durch schlüssiges Verhalten) erfolgen. Das dürfte insbesondere bei der vollständigen und vorbehaltlosen Zahlung der Schlussrechnung der Fall sein.

„Durch die vollständige Bezahlung der Schlussrechnung des Architekten gibt der Auftraggeber zu erkennen, dass er die Architektenleistung als im Wesentlichen vertragsgemäß erbracht ansieht und dadurch konkludent die Abnahme des Architektenwerks erklärt.“

(OLG Dresden, Urteil v. 12.12.2013 – 10 U 1954/12).

Fiktive Abnahme

Zuletzt ist seit Inkrafttreten des neuen Werkvertragsrechtes zum 1.1.2018 auch die Vorschrift in § 640 BGB angepasst worden. Nun heißt es:

§ 640 BGB – Abnahme

(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur

Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.

Bei einem vom Auftraggeber vorgetragenen Mangel, der zur Verweigerung der Abnahme führt, muss es sich nicht um einen wesentlichen Mangel handeln.

Die angemessene Frist

Grundsätzlich gilt, dass dem Auftraggeber zur Erklärung der Abnahme (gleich in welcher Form) eine angemessene Frist einzuräumen ist. Wie lange diese Frist ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sie sollte zumindest 14 Tage betragen.

Teilabnahmen

Teilabnahmen müssen vertraglich vereinbart sein, andernfalls hatte der Planer kein Recht auf Teilabnahmen. Das führte dazu, dass der mit den Leistungsphasen 1–9 vollbeauftragte Ingenieur/Architekt die Abnahme erst nach Erbringung der Leistungsphase 9 beanspruchen konnte. Das war fünf Jahre nach Abnahme der Bauleistung. Die Gewährleistungsfrist der Planer betrug damit faktisch 10 Jahre. Mit dem neuen Werkvertragsrecht vom 1.1.2018 hat der Gesetzgeber dies geändert. In § 650s BGB heißt es seither:

§ 650s BGB – Teilabnahme

Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

Der Text ist unglücklich, weil nach der letzten VOB-Abnahme noch Leistungen in der Leistungsphase 8 und der örtlichen Bauüberwachung zu erbringen sind (zum Beispiel Rechnungsprüfung u.a.m.) und diese Leistungsphase noch nicht abgeschlossen ist. Es wird deshalb empfohlen, die Teilabnahme nach Beendigung der Leistungsphase 8 sowie der örtlichen Bauüberwachung durchzuführen.

Die Freigabe von Leistungsphasen

Neben der Abnahme sind Planer gut beraten, sich die Ergebnisse jeder Leistungsphase nach deren Fertigstellung vom Auftraggeber „freigeben“ zu lassen. Sie sind dann die Grundlage für die weiteren Leistungsphasen.

Liegt eine Freigabe nicht vor und arbeitet der Planer bereits in der folgenden Leistungsphase, verliert er seine Honoraransprüche dafür, weil er ohne die Freigabe

des Auftraggebers „vorgeprescht“ ist. Allerdings ist die Freigabe keine rechtsgeschäftliche Abnahme, sondern lediglich das Einverständnis des Auftraggebers mit den bisher erbrachten Leistungen.

Die Abnahme und die Schlussrechnung

Wie oben bereits ausgeführt, ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlussrechnung. Stellt der Planer seine Schlussrechnung, ohne dass der Auftraggeber die Abnahme zuvor erklärt hatte, ist die Rechnung nicht fällig und der Auftraggeber kann sie zurückweisen.

Bezahlt er sie vollständig und ohne Vorbehalt, wird darin eine konkludente Abnahme zu sehen sein. Zahlt er sie nicht und verweigert er die Abnahme, kann der Planer auf Abnahme klagen. Es ist dringend zu raten, in solchen Fällen anwaltliche Unterstützung zu suchen.

Wie soll ich denn Planungsleistungen abnehmen?

„Ich weiß doch gar nicht, ob alles mangelfrei ist.“ – Diese Frage wird häufig von Auftraggebern gestellt. Die Antwort darauf fällt leicht.

Zum einen ist die Planung ggf. genehmigt worden, die Baumaßnahme wurde ausgeschrieben und das Bauwerk konnte mangelfrei errichtet werden. Wenn dem so ist, dann wird die Planungs- und/oder Überwachungsleistung ebenfalls mit großer Wahrscheinlichkeit mangelfrei sein. Denn andernfalls wären Planungs-/Überwachungsmängel festgestellt worden.

Unabhängig davon muss der Auftraggeber prüfen, ob die von ihm formulierten Planungs- und Überwachungsziele tatsächlich erreicht wurden. Dies fällt dann leicht, wenn er zuvor die einzelnen Leistungsphasen „freigegeben“ hatte. Wären die Ziele nicht erreicht worden, hätte er die Freigaben nicht erteilt. Der Auftraggeber kann deshalb für die Abnahme sein eigenes Verhalten während der Planungs- und Überwachungszeit zugrundelegen.

Fazit

- Die Abnahme ist eine werkvertragliche Hauptpflicht des Auftraggebers.
- Auftraggebern und Planern ist zu raten, Planungs- bzw. Überwachungsleistungen abzunehmen bzw. abnehmen zu lassen. Die Rechtswirkungen einer Abnahme sind umfassend und stark. Eine Abnahme ist in beiderseitigem Interesse und wegen der Wirkungen ein separat einklagbares Recht.
- Die Abnahme ist Fälligkeitsvoraussetzung für eine Schlussrechnung.