

DIE ABNAHME

- DREH- UND ANGELPUNKT AM BAU-

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

**Die Abnahme
- Der Dreh- und Angelpunkt am Bau -****INHALTSVERZEICHNIS:**

1.	Einleitung	03
2.	Abnahme	04
2.1.	Rechtsgeschäftliche Vorschriften in BGB und VOB	04
2.2.	Welche Bedeutung hat die Abnahme?	05
2.3.	Abnahmeformen	08
2.3.1.	Abgrenzung der Abnahme	08
2.3.2.	Fehlerquellen in der Baupraxis	10
2.4.	Abnahmearten	14
2.4.1.	Abnahmearten allgemein	14
2.4.1.1.	Die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B	18
2.4.1.2.	Die fiktive Abnahme	21
2.4.1.3.	Teilabnahme	24
2.4.1.4.	Sonderproblem Inbenutzungnahme trotz Abnahmeverweigerung	26
2.4.2.	Voraussetzungen einer Abnahme (Fertigstellung/Mangelfreiheit)	27
2.4.3.	Abnahmeergebnis	29
2.5.	Checkliste für eine erfolgreiche Abnahme am Bau	32
2.6.	Zusammenfassung in Leitsätzen	33
3.	Zusammenfassung	34
Muster:	Abnahmeverlangen nach § 12 Abs. 1 VOB/B	35
Muster:	Abnahmeprotokoll	36
Muster:	Anlage zum Abnahmeprotokoll vom ...	37
Texte BGB und VOB/B		38

1. Einleitung

Die Abnahme stellt den Dreh- und Angelpunkt am Bau dar. Sie ist hinsichtlich der Vertragserfüllung und Abwicklung von grundlegender Bedeutung.

Neben der Herstellung des Werkes und der Bezahlung des Werkes ist die Abnahme eine der Hauptpflichten des Werkvertrages! An die Abnahme knüpfen zahlreiche Rechtsquellen, so dass die rechtssichere Bestimmung des Abnahmezeitpunkts ein elementares Interesse beider Parteien, Auftraggeber und Auftragnehmer, ist.

Aufgrund der unterschiedlichen Abnahmearten in BGB und VOB/B, sowie der unterschiedlichen Voraussetzungen je nach Vertragstyp, ist in der Baupraxis häufig Rechtsunsicherheit beim Umgang mit der Abnahme zu verspüren.

Eine entscheidende Bedeutung kommt dem Bauleiter/Projektleiter vor Ort zu. Er steht quasi an der „Front“. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, dass der Bauleiter mit den wichtigsten Regeln des Werkvertragsrechts und der VOB/B vertraut ist.

Der Bauleiter sollte auch beim Themenkomplex „Abnahme“ keine Risiken eingehen. Restrisiko ist das Risiko, das uns den Rest gibt! Diesen Merksatz sollte jeder Bauleiter beherzigen.

Cham, den 15. November 2013

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

2. Die Abnahme

2.1. Rechtsgeschäftliche Vorschriften in BGB und VOB

Die Abnahme ist aus Sicht des Auftragnehmers das zentrale Ziel der Bauabwicklung. 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 verbundene 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 Abnahme ist sowohl in § 640 BGB gesetzlich als auch in § 12 VOB/B vertraglich geregelt. Bei wirksamer Vereinbarung der VOB/B gilt grundsätzlich:

Sofern die VOB/B Regelungen trifft, gehen diese grundsätzlich den Regelungen des BGB vor. Die VOB/B gestaltet den Abnahmebegriff des BGB aus und modifiziert die Abnahme.

Sofern das BGB dagegen weitergehende Regelungen enthält als die VOB/B selbst, gelten diese ergänzend zu den Regelungen der VOB/B. Dies betrifft auch das Verhältnis zwischen der fiktiven Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B und § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB.

MERKE:

Bei den Regelungen zur Abnahme für ein konkretes Bauvorhaben ist natürlich nicht der Vertrag selbst zu vergessen. Der Auftragnehmer muss stets die vertraglichen Regelungen des konkreten Bauvertrags prüfen, sowie die Regelungen des BGB und der VOB/B kennen.

Dabei ist für jedes konkrete Bauvorhaben durch den Auftragnehmer bereits vor Baubeginn zu ermitteln, wie das maßgebliche Ziel, d. h. die Abnahme, am konkreten Bauvorhaben zu erreichen ist.

2.2. Welche Bedeutung hat die Abnahme?

Die Abnahme stellt baurechtlich einen Wendepunkt dar, der erhebliche Konsequenzen für Auftraggeber und Auftragnehmer hat. In einer Übersicht zusammengefasst stellen sich diese wie folgt dar:

- Werklohnfälligkeit
- Gefahrübergang (Leistungsgefahr/Vergütungsgefahr)
- Trennung der Vertragserfüllungsebene von der Nacherfüllungsebene
- Entfallen der Schutzpflichten
- Beweislastverteilung
- Verjährungsbeginn für Mängelrechte
- Verlust von Ansprüchen durch vorbehaltlose Abnahme

Im Einzelnen bedeuten die Wirkungen der Abnahme folgendes:

Werklohnfälligkeit:

Die Abnahme ist grundsätzlich Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers, vgl. § 641 Abs. 1 Satz BGB. Hinzu kommt beim VOB-Vertrag, das Erfordernis der Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung durch den Auftragnehmer, § 16 Abs. 3 VOB/B. Der Anspruch wird alsbald nach Prüfung und Postzustellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung (bzw. 60 Tage).

MERKE:

Solange die Abnahme noch nicht erfolgt ist, kann der Auftraggeber nicht in Verzug mit der Zahlung der Schlussrechnung kommen. Verzugszinsen können nicht entstehen. Der Auftragnehmer kann allenfalls Abschlagsrechnungen stellen.

Gefahrübergang (Leistungsgefahr):

Die Leistungsgefahr ist die Verpflichtung des Auftragnehmers, die Herstellung der Bau- bzw. Werkleistung zur Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolgs auch dann zu bewirken, wenn die ganz oder teilweise bereits hergestellte Werkleistung vor der Abnahme zufällig verschlechtert wird oder untergeht. Dies gilt also selbst dann, wenn der Auftragnehmer kein Verschulden am Untergang oder der Verschlechterung der Leistung trifft. Ein Vergütungsanspruch steht dem Auftragnehmer für die erneute Herstellung des Werkes grundsätzlich nicht zu. Mit der Abnahme geht die Gefahr des Untergangs oder Verschlechterung der Leistung auf den Auftraggeber über, § 12 Abs. 6 VOB/B, § 644 BGB.

Gefahrübergang (Vergütungsgefahr):

Die Vergütungsgefahr ist das Risiko des Auftraggebers, beim Bau- bzw. Werkvertrag die versprochene Vergütung auch dann bezahlen zu müssen, wenn die Leistung des Auftragnehmers entfällt oder verschlechtert wird.

Aus § 644 Abs. 1 BGB folgt, dass bis zur Abnahme der Werkleistung der Auftragnehmer die Vergütungsgefahr trägt, weil er die Vergütung nur dann beanspruchen kann, wenn er seine Leistung abnahmereif erbracht hat. Folglich erhält der Auftragnehmer keine Vergütung, wenn seine Leistung vor der Abnahme untergeht. Nach Abnahme geht die Vergütungsgefahr auf den Auftraggeber über.

Aus § 7 VOB/B folgt, dass der Übergang der Vergütungsgefahr auf Fälle vorverlagert wird, in denen der Untergang oder die Beschädigung des Werkes auf unabwendbare Umstände zurückzuführen ist, die von keiner Partei zu vertreten sind.

MERKE:

§ 7 VOB/B enthält eine wichtige Abweichung bei der Vergütungsgefahr für den Fall, dass die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung aufgrund unabwendbarer, vom Auftragnehmer nicht zu vertretender Umstände vor Abnahme beschädigt oder zerstört wird. Der Auftragnehmer muss die Leistung neu erbringen (Leistungsgefahr). Hierfür steht dem Auftragnehmer gem. § 7 Abs. 1 VOB/B jedoch ein Vergütungsanspruch zu!

Trennung der Vertragserfüllungsebene von der Nacherfüllungsebene:

Die Abnahme stellt eine Zäsur im Werkvertragsrecht dar. Durch die Herstellung wird das Stadium der Vertragserfüllung beendet und die Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers auf das abzunehmende Werk konzentriert. Dies bedeutet, dass die Vorleistungsverpflichtung des Auftragnehmers ihr Ende findet und dass bei mangelhafter Werkleistung der gegebene Primäranspruch auf Herstellung des Werkes durch den Anspruch auf Nacherfüllung verdrängt wird. Dies ergibt sich ausdrücklich aus § 634 Nr. 1 BGB.

Entfallen der Schutzpflichten:

Der Auftragnehmer ist nicht mehr verpflichtet, das Bauwerk zu schützen, beispielsweise gegen Beschädigungen oder Diebstahl; § 4 Abs. 5 VOB/B. Letztendlich benachteiligt sich der Auftragnehmer selbst, wenn er dies unterlässt, da er grundsätzlich die Leistungsgefahr als auch die Vergütungsgefahr trägt.

Beweislastverteilung:

Mit der Abnahme tritt eine Umkehr der Beweislast für Mängel ein. Diese Beweislastumkehr ergibt sich aus § 363 BGB, der wie folgt lautet:

Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

Bis zur Abnahme ist der Auftragnehmer aufgrund seiner Vorleistungspflicht verpflichtet, die vertragsgemäße und mangelfreie Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung zu beweisen.

Ab der Abnahme kehrt sich dies um, nun hat der Auftraggeber das Vorhandensein von Mängeln zu beweisen, bezüglich derer er bei der Abnahme keinen Vorbehalt erklärt hat.

Verjährungsbeginn für Mängelrechte:

Mit der Abnahme beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche des Auftraggebers, vgl. § 634a Abs. 2 BGB; § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B.

MERKE:

Sofern Teilabnahmen vereinbart sind und falls Teilleistungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgenommen werden, so laufen am gleichen Bauvorhaben unterschiedliche Gewährleistungsfristen unabhängig voneinander ab nach der jeweiligen Abnahme.

Verlust von Ansprüchen durch vorbehaltlose Abnahme:

Die Abnahme führt zum Ausschluss der Mängelbeseitigungs- und Vertragsstrafenansprüche, die sich der Auftraggeber bei Abnahme nicht ausdrücklich vorbehalten hat, § 640 Abs. 2 BGB; § 341 Abs. 3 BGB; § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B.

Fehlender Vorbehalt bei der Abnahme

Vertragsstrafe entfällt

Mängelrechte (verschuldensunabhängig entfallen, wenn Mangel erkennbar)

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.

2.3. Abnahmeformen

2.3.1. Abgrenzung der Abnahme

Die Abnahme mit ihren rechtsgeschäftlichen Folgen ist abzugrenzen von anderen Formen einer Begehung bzw. Leistungsfeststellung. Diese „gemeinsamen Zusammenkünfte“ verfolgen eine andere Zweckbestimmung. Letztere haben nicht die Wirkungen einer Abnahme nach § 640 BGB bzw. § 12 VOB/B.

Abgrenzung der Abnahme			
Rechtsgeschäftliche Abnahme	Behördliche Abnahme	Zustandsfeststellung	Aufmaß
§ 12 VOB/B § 640 BGB	Landesbauordnung	§ 4 Abs. 10 VOB/B	§ 14 Abs. 2 VOB/B
Abnahmewirkungen	Keine Abnahmewirkung		

Die rechtsgeschäftliche Abnahme, die zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer stattfindet, ist strikt abzugrenzen von anderen Formen gemeinsamer Feststellungen am Bau.

Behördliche Abnahme nach Landesbauordnung

Die Abnahmen durch Dritte betreffen nicht das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Der Auftraggeber muss das Werk des Auftragnehmers als vertragsgemäß billigen. Die Abnahme durch behördliche Vertreter, die es im Einzelfall nach einigen Landesbauordnungen gibt, ist mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme nicht identisch. Abgesehen davon, dass diejenige Person, die die „Abnahme“ erklärt, nicht personenidentisch mit dem Auftraggeber ist, ist auch das „Prüfprogramm“ anders. Im Rahmen einer derartigen Prüfung wird lediglich darüber befunden, ob das Bauwerk den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht. Es findet keine Prüfung danach statt, ob das aufgrund des Bauvertrages geschuldete Leistungs-Soll erbracht wurde.

Zustandsfeststellung, § 4 Abs. 10 VOB/B

Die Regelung des § 4 Abs. 10 VOB/B ersetzt die frühere Regelung der „Technischen Abnahme“. Diese Zustandsfeststellung ist keine Abnahme. Sie kann sich auf abgeschlossene, aber auch nicht abgeschlossene Teile der Leistung erstrecken. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der Zustand gemeinsam festzustellen, wenn Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis der Zustandsfeststellung ist schriftlich niederzulegen. Die Zustandsfeststellung dient deshalb der Beweissicherung. Dadurch wird der Nachweis erbracht, dass die Leistung auch in solchen Bereichen ordnungsgemäß erbracht worden ist, bei denen diese Feststellung später nicht mehr einwandfrei möglich ist.

Da die Beweislast für die Mangelfreiheit der Leistung bis zur Abnahme der Auftragnehmer trägt, dient die Zustandsfeststellung insbesondere den Interessen des Auftragnehmers. Der Zweck der

Zustandsfeststellung erschöpft sich in der Vorbereitung der späteren rechtsgeschäftlichen Abnahme des eigenen Gesamtwerks des Auftragnehmers. Diese Abnahme wird später erleichtert, da entweder die bisher erbrachte Leistung nicht mehr oder nur mit erheblichem Aufwand festzustellen wäre.

Strittig ist, ob die Zustandsfeststellung lediglich ein Beweismittel für den Auftragnehmer darstellt oder sogar zu einer Umkehr der Beweislast führt¹.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte als Minimalziel bereits während des Bauablaufes, wenn Teilabnahmen nicht möglich sind, zumindest eine Zustandsfeststellung nach § 4 Abs. 10 VOB/B anstreben. Eine zusätzliche, begleitende eigene Dokumentation ersetzt die Teilabnahme nicht, ist aber dennoch hilfreich.

Gemeinsames Aufmaß, § 14 Abs. 2 VOB/B

Ein gemeinsames Aufmaß nach § 14 Abs. 2 Satz 3 VOB/B führt nicht zu den Rechtsfolgen der Abnahme. Das Aufmaß dient lediglich dazu, die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen zu treffen. Zwar ist auch hier zu prüfen, ob die Leistung vertragsgemäß erbracht worden ist. Der Inhalt der gemeinsamen Tatsachenfeststellung erschöpft sich jedoch beim Aufmaß in der Regel nur auf den Umfang (ausgeführte Masse) einer vertraglichen Leistung, nicht dagegen deren Mangelfreiheit.

Das gemeinsame Aufmaß führt dennoch zu Bindungswirkungen zwischen den Parteien. Dies betrifft allerdings nur den Umfang der Leistung².

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte zumindest ein gemeinsames Aufmaß anstreben, da dieses dazu dient, den Umfang der eigenen erbrachten Leistungen dem Streit zu entziehen. Das gemeinsame Aufmaß führt zu einer Bindungswirkung zwischen den Parteien und erleichtert die Durchsetzung einer Schlussrechnung bzw. Abschlagsrechnung.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die rechtsgeschäftliche Abnahme durch andere Maßnahmen nicht ersetzt wird. Diese Maßnahmen können aber im Einzelfall durchaus vorteilhaft sein und sind für den Auftragnehmer als „Zwischenziel“ erstrebenswert. Die Zustandsfeststellung hilft, den Zustand zu dokumentieren, das gemeinsame Aufmaß dient dazu, den Umfang der Leistung zu dokumentieren. Beide Maßnahmen in der Kombination erleichtern eine spätere rechtsgeschäftliche Abnahme bzw. die Durchsetzung einer Schlussrechnung.

¹ Zum Streitstand: Ingenstau/Korbion, § 4 Abs. 10 VOB/B, Rn. 6 mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Dort wird die Auffassung vertreten, dass eine Beweislastumkehr nicht eintritt unter Hinweis auf BGH IBR 2003, 666 und BGH IBR 2003, 347. Beweislastumkehr nur dann, wenn nachträglich die entsprechenden Tatsachen nicht mehr festgestellt werden können. Die bloße Verweigerung, wenn Feststellungen noch möglich sind, führen nicht zu einer Änderung der Beweislast.

² Die Verweigerung des gemeinsamen Aufmass, wenn ein Anspruch hierauf besteht, kann zur Beweislastumkehr führen, wenn ansonsten eine Überprüfung der Massen nicht mehr möglich ist. In diesem Fall muss dann der Auftraggeber beweisen, welche Massen zutreffen oder welche Massen unzutreffend sind; vgl. BGH IBR 2003, 347, BGH IBR 2003, 666

2.3.2. Fehlerquellen in der Baupraxis

Trotz der Kenntnis der Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Abnahme ist in der Baupraxis immer wieder zu beobachten, dass eine Reihe von elementaren Fehlern gemacht wird, die für den Auftragnehmer höchst nachteilig sind. Die nachfolgenden Beispiele sind nicht abschließend. Dennoch kehren sie in immer wiederkehrenden Situationen wieder, ohne dass Auftragnehmer die Lehren aus ihren Fehlern ziehen!

Fehlerquelle: Architekt/Ingenieur

Es wurde bereits festgestellt, dass die Abnahme durch den Auftraggeber zu erfolgen hat. Wie so häufig am Bau, erscheint der Auftraggeber nicht in Person. Häufigster Ansprechpartner ist der Architekt oder Ingenieur. Dabei wird, ähnlich wie bei den Problemen im Zusammenhang mit „Nachträgen“, die Kompetenz des Architekten bzw. Ingenieurs weit überschätzt.

Der Architekt ist grundsätzlich nicht bevollmächtigt, den Auftraggeber rechtsgeschäftlich zu vertreten. Der Architekt ist lediglich technischer Sachwalter des Auftraggebers. Er bedarf für die Abnahme einer besonderen Vollmacht³. Selbst wenn das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 Nr. 8 HOAI a.F. übertragen wurde, wonach zu den Grundleistungen auch die Abnahme der Bauleistung und damit Wirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligter unter Feststellung von Mängeln gehört, ist dies nicht einer rechtsgeschäftlichen Abnahme gleichzusetzen⁴.

Der Auftragnehmer sollte daher die rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Abnahme prüfen, da ansonsten die Billigung durch den Architekten bzw. Ingenieur zunächst keinerlei Wirkung hat. Auch hier gilt, möglichst frühzeitig, am besten bereits nach Vertragsschluss, die rechtsgeschäftlichen Vollmachten des Architekten oder Ingenieurs klären. Spätestens bei Abnahme sollte nötigenfalls telefonisch Kontakt vor Ort im Beisein von Zeugen mit dem Auftraggeber aufgenommen werden, um zu erfahren, ob der Architekt rechtsgeschäftlich bevollmächtigt ist. Sofern der Auftragnehmer diese Vorsichtsmaßnahmen unterlässt, ist er auf schillernde Rechtsinstitute wie „Anscheinsvollmacht“ oder „Duldungsvollmacht“, damit kaum zu prognostizierbaren Gerichtsentscheidungen, ausgesetzt.

MERKE:

Der Architekt oder Ingenieur hat keine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Abnahme. Es bedarf einer besonderen Vollmacht, die möglichst frühzeitig durch den Auftragnehmer zu klären ist.

Bei öffentlichen Auftraggebern soll die Billigung durch den zuständigen Beamten des Bauamtes ausreichend sein, weil dieser – anders als der Architekt – beim Auftraggeber, hier dem öffentlichen Auftraggeber, selbst beschäftigt ist⁵. Die Abnahme soll kein neues Verpflichtungsgeschäft darstellen, auch wenn diese eine Reihe von Wirkungen auslöst⁶. Daher stünden die kommunalrechtlichen Vorschriften nicht entgegen.

Dem Auftragnehmer ist aber auch beim öffentlichen Auftraggeber zu empfehlen, die Kompetenzen frühzeitig abzuklären.

³ OLG Düsseldorf, BauR 1999, 404; OLG Düsseldorf BauR 1997, 647

⁴ Ingenstau/Korbion, § 12 VOB/B, Rn. 13; OLG Düsseldorf BauR 1997, 647

⁵ BGH BauR 1986, 444

⁶ BGH BauR 1986, 444

Fehlerquelle: Inbenutzungnahme Werk

Auftragnehmer verlassen sich viel zu häufig auf die sogenannte konkludente Abnahme, d. h. eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten. Richtig ist, dass es diesbezüglich zahlreiche Entscheidungen der Gerichte gibt, die in der Benutzungnahme des Werks auch eine Abnahme sehen. Auftragnehmer übersehen allerdings die konkrete Gestaltung des Einzelfalls. In vielen Fällen ist eine förmliche Abnahme im Bauvertrag vereinbart bzw. kann eine förmliche Abnahme nach VOB/B verlangt werden. In diesem Fall ist grundsätzlich – es gibt auch Ausnahmen – der Weg zur Abnahme über die Inbenutzungnahme versperrt. Nach der Rechtsprechung können die Parteien auf eine förmliche Abnahme auch nachträglich verzichten. Ein solcher Verzicht muss sich aber unzweifelhaft aus dem Verhalten der Parteien ergeben⁷. An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung der förmlichen Abnahme sind aber strenge Anforderungen zu stellen.

Auftragnehmer übersehen nicht nur rechtsgeschäftliche Vereinbarungen in ihrem Bauvertrag, sondern häufig auch das tatsächliche Verhalten des Auftraggebers. Sofern der Auftraggeber vor der Inbenutzungnahme Mängel rügt und quasi „unter Protest“ das Werk in Benutzung nimmt, ist kein Raum für eine konkludente Abnahme durch Inbenutzungnahme⁸. Der Auftragnehmer sollte sich daher nicht von seinem Ziel der Abnahme davon abhalten lassen, dass eine Inbenutzungnahme erfolgt. Dies kann ein trügerischer Irrtum mit weitreichenden Konsequenzen sein, wenn man sich die Bedeutung der Abnahme vor Augen führt. Der Auftragnehmer tut daher gut daran, die rechtsgeschäftliche Abnahme ausdrücklich zu verlangen. Damit wird frühzeitig geklärt, ob es tatsächlich Probleme gibt. Das „Aussetzen“ der Problematik ist risikobehaftet.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte sich nicht auf die bloße Inbenutzungnahme des Werk als „Abnahmeersatz“ verlassen, da häufig vertragliche Regelungen einer konkludenten Abnahme entgegenstehen bzw. ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, beispielsweise Mängelrügen.

Fehlerquelle: Wohnungseigentum

Die Abnahme bei Wohnungseigentum birgt für den Auftragnehmer zusätzliche Risiken. Bei Wohnungseigentum ist eine Abnahme grundsätzlich von dem einzelnen Erwerber zu erklären und zwar nicht nur für das jeweilige Sondereigentum, sondern auch in Bezug auf seinen Anteil am Gemeinschaftseigentum⁹. Die Inbenutzungnahme ist in diesen Fällen ebenfalls trügerisch, zumal beim Wohnungseigentum häufig die gesamte Wohnanlage in verschiedenen Phasen erstellt wird, häufig Außenanlagen sehr spät. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat somit gesondert zu erfolgen. Die Abnahme erfolgt dann durch den Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft. Problematisch sind allerdings die sogenannten „Nachzüglerfälle“. Sofern nicht das gesamte Wohnungseigentum veräußert ist und erst später eine Wohnung verkauft wird, dann hat dieser spätere Erwerber grundsätzlich nicht den Nachteil, dass er sich eine frühere Abnahme des Verwalters entgegenhalten lassen muss. Für den Nachzügler treten die Wirkungen der Abnahme in Bezug auf seine Wohnung und seinen Anteil am Gemeinschaftseigentum erst dann ein, wenn er selbst die dafür erforderliche Erklärung abgibt, so dass dies zu einer erheblichen Ausweitung und Verzögerung der Gewährleistung für den Auftragnehmer führt. Insbesondere Bauträger sind hiervon betroffen.

⁷ OLG Bamberg IBR 2006, 1421; OLG Jena IBR 2005, 527; OLG Karlsruhe IBR 2004, 65

⁸ BGH IBR 1999, 405; OLG Brandenburg IBR 2011, 1078; OLG Hamm IBR 2009, 133; OLG Düsseldorf IBR 2008, 569

⁹ BGH BauR 1985, 314

Inwieweit diese Problematik durch entsprechende Abnahmeregungen im notariellen Vertrag gelöst werden können, ist noch nicht abschließend geklärt¹⁰.

Fehlerquelle: Selbstabnahme

Der Auftragnehmer, der zu einem Abnahmetermin erscheint und überrascht feststellt, dass der Auftraggeber unentschuldigt fehlt, neigt dazu, sich selbst die Abnahme zu erklären. Eine derartige „Selbstabnahme“ ist nicht möglich. Im Gegensatz zum Auftragnehmer, dessen Abwesenheit eine Abnahme nicht hindert, ist die Anwesenheit des Auftraggebers Grundvoraussetzung für die rechtsgeschäftliche Abnahme. Bereits die allgemeine Definition der Abnahme verweist darauf, dass der Auftraggeber das Werk als vertragsgemäß billigen muss. Somit kann sich der Auftraggeber nicht selbst „auf die Schulter klopfen“ und sich selbst gegenüber erklären, dass er eine „tolle Leistung“ erbracht hat. Dies ist nicht möglich.

Der Auftragnehmer muss daher versuchen, über andere Wege die Abnahme zu erreichen, im Zweifelsfall über eine Fristsetzung nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB.

MERKE:

Der Auftragnehmer kann sich bei Abwesenheit des Auftraggebers nicht selbst gegenüber die Abnahme des Werks erklären. Der Auftragnehmer muss auf anderem Wege versuchen, die Abnahme zu erreichen.

Fehlerquelle: Übergabe an Mieter

Auftragnehmer lassen sich häufig, insbesondere bei Gewerbeobjekten, dazu verleiten, dass die Übergabe einzelner Nutzeinheiten eines Gesamtobjektes die rechtsgeschäftliche Abnahme ersetzen. Es stellt sich dabei bereits das Problem, dass bei fehlender Anwesenheit des Auftraggebers der Nutzer einer Teileinheit als Dritter das Werk nicht als vertragsgemäß billigen kann. Der spätere Mieter, wenn auch Endnutzer, ist nicht personenidentisch mit dem Vertragspartner, d. h. dem Auftraggeber. Ein weiteres Problem stellt dar, dass meist das Werk in Abschnitten an einzelne Mieter mit verschiedenen Nutzeinheiten übergeben wird. In diesem Zusammenhang stellt sich ein weiteres Problem, dass hier sicherlich keine Gesamtabnahme stattfindet, sondern bestenfalls eine Teilabnahme, die wiederum schillernd ist. Die Übergabe eines Teilbereichs, d. h. einer Nutzungseinheit, kann daher nicht die rechtsgeschäftliche Abnahme für das gesamte Werk herbeiführen.

In der Baupraxis ist aber zu beobachten, dass viele Auftragnehmer in keinsten Weise sensibilisiert sind. Im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit werden viele Auftragnehmer, insbesondere Nachunternehmer, durch das Objekt „geschleust“. Diese werden dann mit einer Vielzahl von Mängellisten überzogen und damit beschäftigt. Der Auftragnehmer glaubt in diesem Moment noch häufig daran, dass diese Übergabe an den späteren Nutzer die rechtsgeschäftliche Abnahme sein soll. Dies ist regelmäßig nicht der Fall. Besonders fatal ist es, wenn noch nicht einmal ein „Abnahmeprotokoll“ gefertigt wird. Es sind Fälle bekannt, in denen lediglich ein „Übergabeprotokoll“ gefertigt wird, in dem Vermieter und Mieter namentlich genannt sind und der Auftragnehmer bestenfalls unter der Rubrik „Anwesenheit“ erscheint.

Der Auftragnehmer muss bei derartigen Terminen im Vorfeld unbedingt vereinbaren, dass diese „mietrechtlichen Übergaben“ ihm gegenüber als rechtsgeschäftliche Abnahme gelten sollen. Auf die Anwesenheit eines rechtsgeschäftlichen Vertreters des Auftraggebers sollte bestanden werden.

¹⁰ Jagenburg NJW 1992, 290 ff.

Der Auftragnehmer sollte sich aber sehr genau überlegen, ob er dieser „Variante der Abnahme“ zustimmt. Es ist nicht selten der Fall, dass derartige Abnahmen später daran scheitern, dass der spätere Nutzer die Übergabe oder eine Abnahme gegenüber seinem Vertragspartner verweigert wegen einer Vielzahl von Mängeln. Problematisch ist hieran, dass diese Verweigerung eventuell auf andere Gewerke zurückzuführen ist, die nichts mit dem Gewerk des Auftragnehmers gemein haben. Letztlich hat dann der Auftragnehmer wenig erreicht, da er seine Abnahme durch diese „Ersatzmaßnahme“ nicht erreicht hat, da der Termin frühzeitig abgebrochen wurde wegen Mängeln Dritter.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte isoliert für sein eigenes Werk die Abnahme fordern, da die mietrechtliche Übergabe keinerlei Gemeinsamkeit mit der werkvertraglichen Abnahme hat, da häufig die Beteiligten nicht personenidentisch sind und auch das Werk nicht immer im vollen Umfang überprüft wird, da derartige Übergaben sich meist nur auf eine bestimmte Nutzereinheit beschränken. Der Auftragnehmer sollte im Zweifelsfall den Weg über § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB wählen.

Fehlerquelle: Übergabe an Erwerber

Auftragnehmer werden, ähnlich wie bei Gewerbeobjekten auch bei größeren Baumaßnahmen betreffend verschiedener Häuser, auf Abnahmetermine mit Erwerbern verwiesen. Dabei muss der Auftragnehmer wiederum strikt trennen zwischen seinem Vertragsverhältnis als Auftragnehmer gegenüber seinem Auftraggeber und den verschiedenen Vertragsverhältnissen des Auftraggebers mit späteren potentiellen Erwerbern. Entscheidend ist auch hier, dass die Billigung des Werks als vertragsgerecht durch den Auftraggeber erfolgen muss und nicht durch Dritte ersetzt werden kann. Dies bedarf einer gesonderten rechtsgeschäftlichen Vereinbarung. Der Auftragnehmer sollte deshalb bereits im Vorfeld mit dem Auftraggeber vereinbaren, dass die Abnahme in Bezug auf einzelne Häuser die eigene Abnahme ersetzen soll.

Dabei treten die gleichen Risiken auf, wie es im Falle von Gewerbeobjekten gegeben ist. Der Erwerber kann bestenfalls sein eigenes Erwerbobjekt, d. h. einen Teil des Werkes, abnehmen. In Bezug auf die restlichen Häuser kann keine Erklärung erfolgen. Damit vergrößern sich die Risiken für den Auftragnehmer, da er es mit einer Vielzahl von „Ersatzauftraggebern“ zu tun bekommt, einschließlich deren Befindlichkeiten. Es besteht auch hier die Gefahr, dass der Auftragnehmer für andere Handwerker leidet, deren Gewerke mangelbehaftet sind. Der Auftragnehmer, der sich dann auf eine derartige „Ersatzabnahme“ mit seinem eigenen Auftraggeber eingelassen hat, verzögert dadurch die eigene Abnahme. Es sollte auch hier auf die Anwesenheit des eigenen Auftraggebers beim Termin geachtet werden, um die Risiken weiter zu minimieren.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte sich nicht voreilig auf Abnahmetermine mit potentiellen Erwerbern verweisen lassen, da diese die rechtsgeschäftliche Abnahme durch den eigenen Auftraggeber nicht ersetzen und weitere Risiken schaffen (Vielzahl von Erwerbern, Vielzahl von Gewerken, die mit eigenem Werk nichts gemein haben).

2.4. Abnahmearten

2.4.1. Abnahmearten allgemein

Es gibt verschiedene Abnahmearten, die das BGB, aber auch die VOB/B, kennt. Dabei können die Abnahmearten unterschiedlich eingeteilt werden.

Die Abnahmearten können danach differenziert werden, ob eine sogenannte tatsächliche Abnahme, d. h. willentlich durch den Auftraggeber, erfolgt oder die Abnahme fiktiv, d. h. ohne Willen des Auftraggebers, erfolgt. Dabei kennen beide Vertragstypen, d.h. sowohl der BGB-Werkvertrag, als auch der VOB/B-Werkvertrag zwischenzeitlich beide Arten der Abnahme. Ursache hierfür ist eine spätere nachträgliche Ergänzung des § 640 BGB gewesen, der einen neuen § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB eingeführt hat. Bei der tatsächlichen Abnahme billigt der Auftraggeber bewusst, dass das Werk des Auftragnehmers vertragsgemäß ist. Diese tatsächliche Abnahmeform kann förmlich in einem Abnahmeprotokoll erfolgen, ausdrücklich gegenüber dem Auftragnehmer, aber auch stillschweigend durch bestimmte Handlungen (z. B. vorbehaltlose Schlusszahlung).

Die Abnahme kann aber auch fiktiv erfolgen, d. h. ohne Willen des Auftraggebers. Das Gesetz bzw. die VOB/B knüpfen an bestimmte Ereignisse oder Handlungen als Rechtsfolge die Abnahme. Derartige Fiktionen kennzeichnet das Gesetz bzw. die VOB/B durch „der Abnahme steht es gleich“ oder „gilt als abgenommen“. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass so getan wird, als wenn der Auftraggeber mit dem Werk des Auftragnehmers einverstanden ist.

Diese Einteilung der Abnahmearten kommt in folgender Übersicht zum Ausdruck:

Abnahmearten					
Tatsächliche Abnahme			Fiktive Abnahme		
(= willentlich durch AG)			(= ohne Willen des AG)		
ausdrücklich	stillschweigend (konkludent)	förmlich	Fertigstellungs- mitteilung	Inbenutzung- nahme	Fristsetzung
§ 12 Abs. 1 VOB/B § 640 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB	Rechtsprechung	§ 12 Abs. 4 VOB/B	§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	§ 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B	§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB

Die Abnahmeformen können auch danach differenziert werden, bei welchem Vertragstyp sie gegeben sind. Dabei – vorbehaltlich besonderer Regelungen im Einzelfall im Bauvertrag – kann zwischen dem BGB-Werkvertrag und dem VOB/B-Werkvertrag unterschieden werden. Danach ergibt sich folgende Einteilung:

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

Der VOB/B-Vertrag kennt:

- die ausdrückliche Abnahme, § 12 Abs. 1 VOB/B
- die förmliche Abnahme, § 12 Abs. 4 VOB/B
- die stillschweigende Abnahme
- die fiktive Abnahme, § 12 Abs. 5 VOB/B in zwei Varianten:
 - a) Mitteilung der Fertigstellung + 12 Werktage
 - b) Inbenutzungnahme + 6 Werktage
- + die fiktive Abnahme, § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB

Dabei ist auffällig, dass auch beim VOB/B-Vertrag daneben die Regelungen des BGB Anwendung finden. Darin kommt wieder zum Ausdruck, dass die VOB/B lediglich eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, die das Gesetz lediglich ergänzt und nur in Teilbereichen abändert. Der Möglichkeit der fiktiven Abnahme über § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB kommt dabei besondere Bedeutung in den Fällen zu, in denen Auftraggeber versuchen, die fiktive Abnahme vertraglich auszuschließen bzw. die Abnahme unberechtigt verweigern.

Die Abnahmetatbestände im Einzelnen:

Abnahmetatbestand	Anmerkungen
<p>Förmliche Abnahme § 12 Abs. 4 VOB/B</p>	<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 Abs. 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 Abs. 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>
<p>Ausdrückliche Abnahme (aber formlos) § 12 Abs. 1 VOB/B</p>	<p>Die VOB/B regelt in § 12 Abs. 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>
<p>Stillschweigende Abnahme (Konkludente Abnahme)</p>	<p>Sofern keine förmliche Abnahme stattfindet, ist die stillschweigende (konkludente) Abnahme häufig. 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>
<p>Fiktive Abnahme § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB</p>	<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>

Abnahmetatbestand	Anmerkungen
	<p>- der Auftragnehmer muss zur Abnahme verpflichtet sein - eine vom Auftragnehmer bestimmte angemessene Frist muss abgelaufen sein Die Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB gilt auch im VOB-Vertrag. Die Regelungen der VOB/B zur fiktiven Abnahme, § 12 Abs. 5 VOB/B bleiben unberührt.</p>
<p>Fiktive Abnahme § 12 Abs. 5 VOB/B</p>	<p>Sofern die VOB/B insgesamt vereinbart wurde, kann es zu einer in § 12 Abs. 5 VOB/B geregelten fiktiven Abnahme kommen. Die Abnahmewirkung der fiktiven Abnahme tritt <i>ohne Willen des Auftraggebers</i> ein. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung gem. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung als abgenommen. In der Praxis ist dies häufig der Zugang 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 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B.</p>

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 Abs. 5 VOB/B tatsächlich eingreifen, hängt entscheidend von der Vertragsgestaltung ab. Beispielsweise greift § 12 Abs. 5 VOB/B gem. § 308 Nr. 5 BGB in Verbraucherverträgen nicht ein, da die Regelung einer Inhaltskontrolle nicht standhält, wenn der Auftragnehmer als Verwender die VOB/B nicht insgesamt (ohne Abweichung) in den Vertrag eingeführt hat.

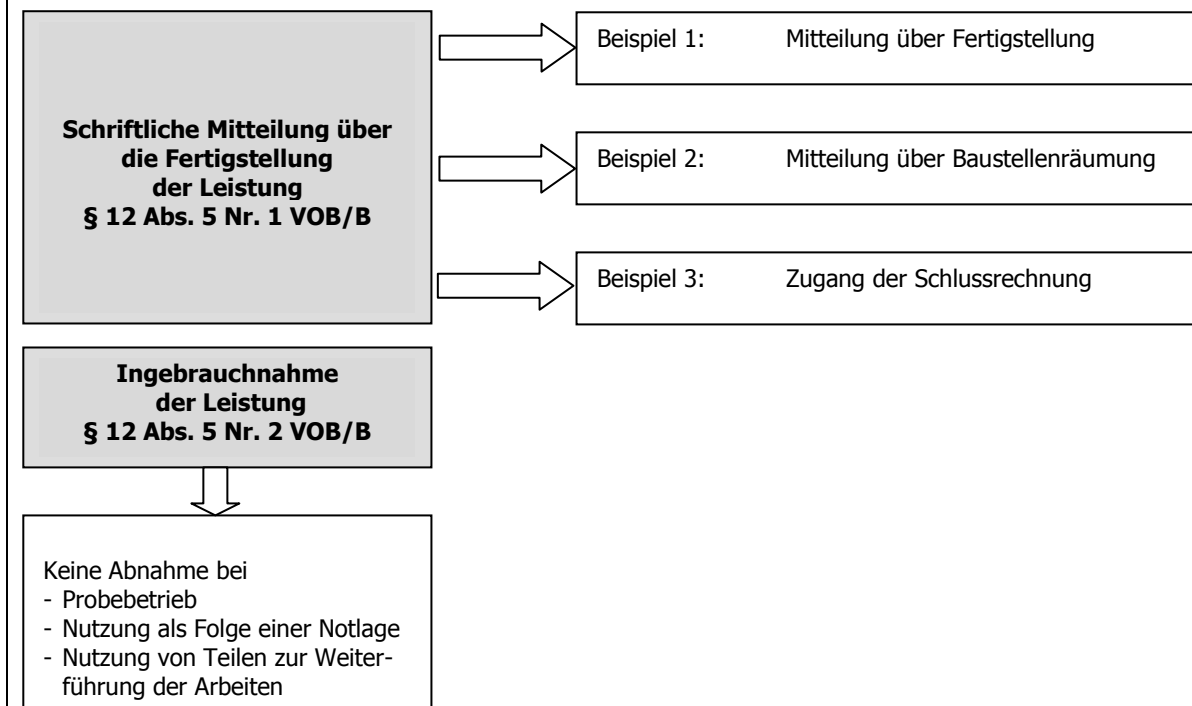
Die fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B ist in vielen Bauverträgen formularmäßig ausgeschlossen. Der Ausschluss ist wirksam, betrifft aber nicht die Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, die hiervon unberührt bleibt. Letztere Vorschrift wurde durch den Gesetzgeber zum Schutz des Auftragnehmers eingeführt.

Der Ausschluss des § 12 Abs. 5 VOB/B stellt eine häufig vorkommende Abweichung der VOB/B dar, mit der Konsequenz, dass die Privilegierung der VOB/B für den Verwender entfällt.

2.4.1.1. Die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B

Betrachtet man sich die in der Praxis wichtigsten Abnahmeformen näher, so können auch die Anspruchsvoraussetzungen für die förmliche Abnahme als auch für die fiktive Abnahme in nachfolgenden Schaubildern zusammengefasst werden:

Voraussetzungen für eine förmliche Abnahme, § 12 Abs. 4 VOB/B	
Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag	
Vereinbarung der Durchführung einer förmlichen Abnahme im Vertrag?	
Ja	Nein
	Abnahmeverlangen § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 VOB/B
Anspruch auf Durchführung einer förmlichen Abnahme	

**Voraussetzungen für eine fiktive Abnahme,
§ 12 Abs. 5 VOB/B**

Der häufigste Fall der Abnahme ist die förmliche Abnahme. Sie ist durchzuführen, wenn die Parteien es vereinbart haben bzw. eine der Parteien es beim VOB/B-Vertrag verlangt; § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B¹¹. Kern der förmlichen Abnahme ist eine gemeinsame Abnahmebegehung. Der Vorschrift des § 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B ist zu entnehmen, dass der Abnahmetermin entweder einvernehmlich zu vereinbaren oder seitens einer Partei verlangt werden kann.

Dabei ist jede Partei berechtigt, zur Abnahmebegehung einen Sachverständigen auf eigene Kosten hinzuzuziehen, vgl. § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.

Das Ergebnis der gemeinsamen Abnahmebegehung ist schriftlich niederzulegen, d. h. es ist ein Abnahmeprotokoll zu erstellen, § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 VOB/B.

Dabei können beide Parteien ihre Vorbehalte in das Protokoll aufnehmen, § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 4 VOB/B.

Dabei hat der Auftraggeber ein besonderes Interesse, Mängel vorzubehalten bzw. auch eine etwaig verwirkte Vertragsstrafe, um Rechtsverluste zu vermeiden. Regelmäßig ist in den entsprechenden Abnahmeprotokollen ein Vorbehalt vorgesehen.

Jeder Partei ist eine Ausfertigung des Abnahmeprotokolls zu überlassen, § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 5 VOB/B.

¹¹ Bei öffentlichen Auftraggebern ist eine förmliche Abnahme bereits in den zusätzlichen Vertragsbedingungen vom Auftraggeber vorgesehen, vgl. VHB 2008, Stand Mai 2010, 215 Nr. 9

Nach § 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 VOB/B ist lediglich der Befund der durchgeführten Abnahme schriftlich niederzulegen. Gleichwohl wird häufig angenommen, dass eine förmliche Abnahme nur mit der Unterschrift des Auftraggebers wirksam sei. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, weil die Unterschrift keine Wirksamkeitsvoraussetzung der förmlichen Abnahme ist¹². Dennoch sollte der Auftragnehmer keinerlei Risiken eingehen und auf eine Unterschrift des Abnahmeprotokolls drängen. Bei Unterschrift durch einen Dritten sollte die Unterschrift von einer rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Person stammen.

Bei Abwesenheit einer der Parteien ist zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu differenzieren.

Gem. § 12 Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 VOB/B kann die förmliche Abnahme in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit hinreichender Frist eingeladen hatte. Der Auftraggeber hat dann dem Auftragnehmer das Ergebnis der Abnahme gem. § 12 Abs. 4 Nr. 2 Satz 2 VOB/B „alsbald mitzuteilen“.

Die Abnahmewirkung tritt erst mit Zugang dieser Mitteilung beim Auftragnehmer ein¹³.

Bei Abwesenheit des Auftraggebers kann dagegen keine Abnahme erfolgen. Der Auftragnehmer kann seine Leistung nicht einseitig selbst abnehmen. Der Auftragnehmer sollte in diesem Fall, d.h. bei unentschuldigtem Fernbleiben des Auftraggebers, über § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB den Auftraggeber unter Fristsetzung zur Abnahme auffordern.

Die förmliche Abnahme kann wie folgt dargestellt werden:

Voraussetzungen und Durchführung förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B	
Verlangen nach Auftraggeber oder Auftragnehmer innerhalb von 12 Werktagen oder Vertraglicher Vereinbarung	
Gemeinsame Begehung und Abnahmeniederschrift	
Auftraggeber ist abwesend	Auftragnehmer ist verschuldet abwesend
Auftragnehmer kann die Leistung nicht einseitig förmlich abnehmen	Abnahme durch Auftraggeber nach § 12 Abs. 4 Nr. 2 S. 1 und 2. VOB/B Übersendung des Protokolls an Auftragnehmer

¹² OLG Hamburg IBR 2012, 79; BGH, Beschluss vom 24.11.2011, Aktenzeichen: VII ZR 188/09 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

¹³ BGH NJW 1974, 95

.....