

Rundschreiben 04/2019

Thema: Die Abnahme, ein wichtiger Moment am Bau / Baurecht

1. Einleitung

Die Abnahme ist aus Sicht des Auftragnehmers das zentrale Ziel der Bauabwicklung. Die Rechtslage hat sich für Verträge ab 01.01.2018 durch das neue Bauvertragsrecht im Bereich der fiktiven Abnahme des § 640 BGB etwas verändert. Die Abnahme ist und bleibt 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. Dabei setzt auch deren Honorarforderung die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung voraus; vgl. § 15 Abs. 1 HOAI. Es gibt nun sogar einen Anspruch auf Teilabnahme nach § 650s BGB für den Architekten- bzw. Ingenieurvertrag.

Die Abnahme ist sowohl in § 640 BGB als auch in § 12 VOB/B geregelt. Bei wirksamer Vereinbarung der VOB/B gilt grundsätzlich:
Sofern die VOB/B Regelungen trifft, gehen diese grundsätzlich den Regelungen des BGB vor.
Sofern das BGB dagegen weitergehende Regelungen enthält als die VOB/B selbst, gelten diese ergänzend zu den Regelungen der VOB/B.

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. 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
- Wegfall der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers
- Entfallen der Schutzpflichten
- Beweislastverteilung
- Verjährungsbeginn für Mängelrechte
- Verlust von Ansprüchen durch vorbehaltlose Abnahme

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. Abgrenzung der Abnahme von anderen Terminen

Die Abnahme mit ihren rechtsgeschäftlichen Folgen ist abzugrenzen von anderen Formen einer Begehung bzw. Leistungsfeststellung. 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.

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.

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.

4. Abnahmearten

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 zunächst einen § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB eingeführt hat. Die Regelung wurde mit der Baurechtsreform 2018 überarbeitet und ein neuer § 640 Abs. 2 BGB geschaffen. 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.

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

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. 2 BGB

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.

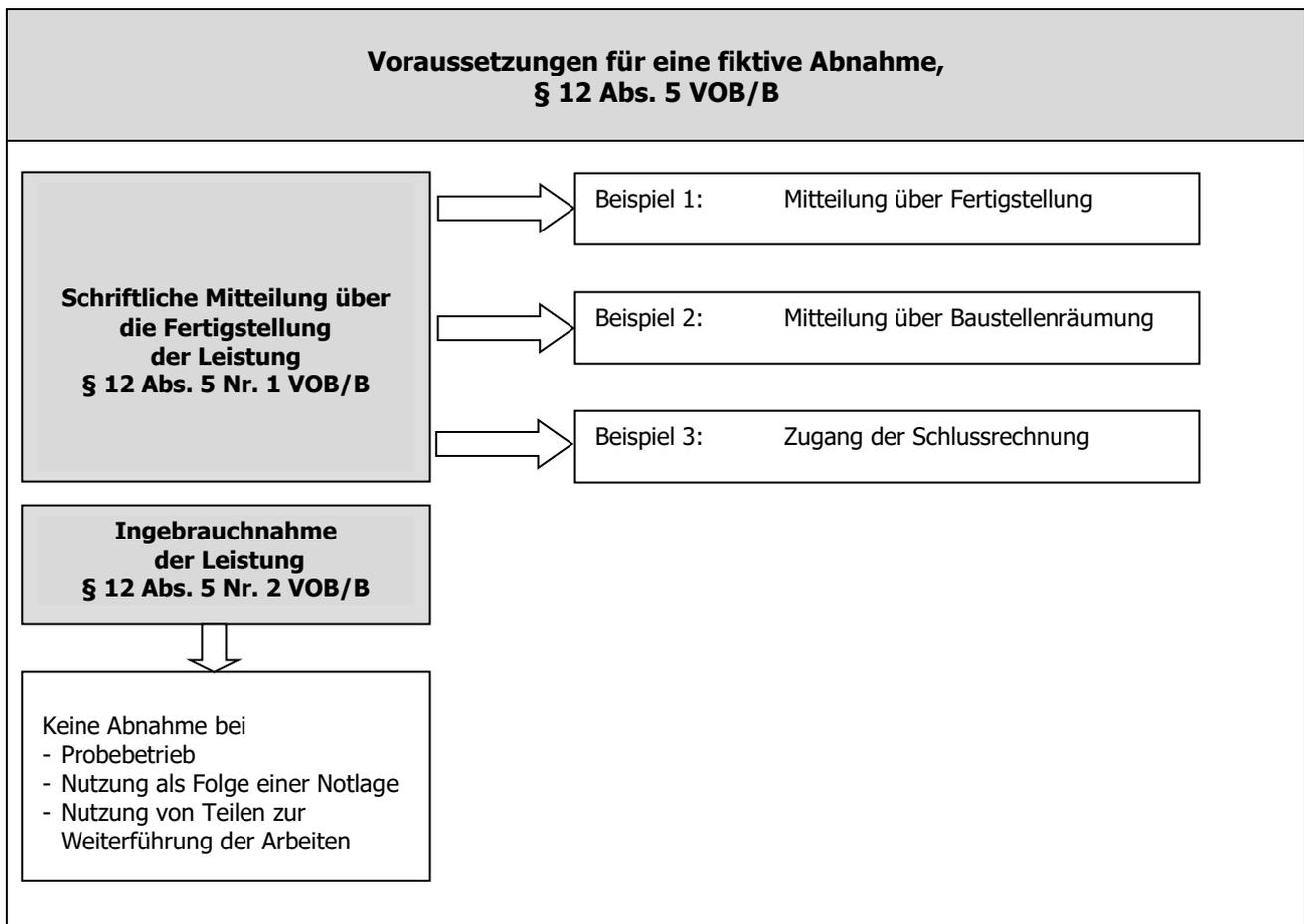
Die fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B ist in vielen Bauverträgen formularmäßig ausgeschlossen. Der Ausschluss ist wirksam, betrifft aber nicht die Regelung des § 640 Abs. 2 BGB, die hiervon nach allgemeiner Meinung unberührt bleibt. Letztere Vorschrift wurde durch den Gesetzgeber zum Schutz des Auftragnehmers eingeführt.

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

4.2. 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	



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/B. 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.

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 ist³. 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 ein⁴.

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. 2 BGB den Auftraggeber unter Fristsetzung zur Abnahme auffordern.

Die förmliche Abnahme kann wie folgt dargestellt werden:

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

³ OLG Hamburg IBR 2012, 79; BGH, Beschluss vom 24.11.2011, Aktenzeichen: VII ZR 188/09 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

⁴ BGH NJW 1974, 95

4.3. Die fiktive Abnahme

Die fiktive Abnahme, d. h. eine Abnahme ohne Willen des Auftraggebers, liegt nur in bestimmten Sonderfällen vor. Das Gesetz bzw. die VOB/B knüpfen die Wirkungen einer Abnahme an bestimmte Ereignisse oder Handlungen.

Die fiktive Abnahme ist im BGB in § 640 Abs. 2 BGB geregelt, in der VOB/B in § 12 Abs. 5 VOB/B.

Die Voraussetzungen der einzelnen Formen der fiktiven Abnahme können wie folgt dargestellt werden:

Voraussetzungen fiktive Abnahme gem. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B:

- Leistung ist im Wesentlichen fertig gestellt
- VOB/B wirksam vereinbart
- keine förmliche Abnahme verlangt
- fiktive Abnahme nicht ausgeschlossen
- Abnahme nicht verweigert
- Fertigstellung schriftlich angezeigt (Schlussrechnung)
- 12 Werktage seit Zugang der Fertigstellungsanzeige vergangen

Voraussetzungen fiktive Abnahme gem. § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B:

- Leistung ist im Wesentlichen fertig gestellt
- VOB/B wirksam vereinbart
- keine förmliche Abnahme verlangt
- fiktive Abnahme nicht ausgeschlossen
- Abnahme nicht verweigert
- Inbenutzungnahme der Leistung
- 6 Werktage seit Inbenutzungnahme

Voraussetzungen fiktive Abnahme gem. § 640 Abs. 2 BGB:

- Leistung ist im Wesentlichen fertig gestellt
- Aufforderung zur Abnahme unter Fristsetzung (angemessene Frist)
- Abnahme nicht zurecht verweigern
- Ablauf der angemessenen Frist
- AG verweigert nicht innerhalb Frist unter Angabe mindestens eines Mangels

Grundvoraussetzung auch für die fiktive Abnahme ist es, dass die Leistung im Wesentlichen vertragsgerecht fertiggestellt ist. Die fiktiven Abnahmeformen der VOB/B sind dabei nur möglich, wenn die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen wurde. Die fiktive Abnahme des BGB gilt sowohl beim BGB-Werkvertrag als auch beim VOB/B-Werkvertrag.

Die fiktiven Abnahmeformen der VOB/B greifen allerdings in der Baupraxis nur selten ein. In vielen Bauverträgen ist ausdrücklich geregelt, dass die fiktive Abnahme ausgeschlossen ist bzw. § 12 Abs. 5 VOB/B. Dieser Ausschluss der fiktiven Abnahme ist grundsätzlich wirksam⁵.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass § 640 Abs. 2 BGB nicht formularmäßig ausgeschlossen werden kann. Dies ist als unangemessene Benachteiligung zu sehen.

Bereits die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme führt dazu, dass der Weg über § 640 Abs. 2 BGB versperrt ist.

Bei der Fertigstellungsanzeige nach § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B ist dem Auftragnehmer zu empfehlen, beweisbar den Auftraggeber direkt über die Fertigstellung schriftlich zu informieren. Die Fertigstellungsanzeige gegenüber Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers, wie beispielsweise dem Architekten, genügt im Regelfall nicht, da dieser nicht rechtsgeschäftlich bevollmächtigt ist. Es bedarf hierzu einer ausdrücklichen Vollmacht.

Insbesondere dann, wenn, wie häufig, die Rechnungsstellung der Schlussrechnung gegenüber dem Architekten erfolgt, der die Prüfung vorzunehmen hat, können die Abnahmewirkungen noch nicht eintreten. Maßgeblich ist der Zugang beim Auftraggeber und nicht der Zugang beim Architekten.

Es ist daher empfehlenswert, die Fertigstellungsanzeige direkt an den Auftraggeber zu richten.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte den Zugang der Fertigstellungsmitteilung beweisbar dokumentieren. Die Fertigstellungsanzeige sollte an den Auftraggeber, nicht an den Architekten, Ingenieur oder Bauleiter gerichtet werden. Es bedarf dazu einer ausdrücklichen rechtsgeschäftlichen Vollmacht.

Bei der Inbenutzungnahme nach § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ist zu beachten, dass die Ingebrauchnahme von Teilen der Leistung zur Weiterführung der Arbeiten keine Inbenutzungnahme darstellt. Dies kommt bereits in der Vorschrift selbst zum Ausdruck.

Auftraggeber – wenn sie nicht ohnehin schon vertraglich vorgesorgt haben – nehmen ein Werk häufig nur unter Berufung auf eine Vielzahl von Vorbehalten wegen vermeintlicher Mängel in Benutzung. In einem derartigen Fall kann sich der Auftragnehmer nicht auf eine fiktive Abnahme berufen, jedenfalls nicht ohne erhebliches Risiko.

Der Auftragnehmer sollte daher auf eine förmliche Abnahme drängen bzw. den Weg über § 640 Abs. 2 BGB wählen.

Der Weg über § 640 Abs. 2 BGB ist in vielen Fällen hilfreich, wenn im Rahmen eines VOB/B-Vertrages die Geltung des § 12 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen wurde oder der Auftraggeber versucht – mit fadenscheinigen Argumenten – die Abnahme zu verzögern oder gar zu verweigern.

⁵ BGH BauR 1997, 302, BGH BauR 1996, 378; BGH BauR 1989, 322; Ingenstau/Korbion, § 12 Abs. 5 VOB/B, Rn. 30 m. w. N.

Der Auftragnehmer sollte in einem derartigen Fall beweisbar sein Abnahmeverlangen an den Auftraggeber richten. Die Frist sollte angemessen sein, wobei man sich an den 12 Werktagen des § 12 Abs. 1 VOB/B orientieren kann.

Nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist gilt das Werk des Auftragnehmers als abgenommen. Die Frist beginnt erst nach Zugang der Abnahmeaufforderung zu laufen, weshalb der Zugang zu dokumentieren ist.

MERKE:

Anders als § 12 Abs. 5 VOB/B betrifft § 640 Abs. 2 BGB gerade den Fall, dass der Auftragnehmer die Abnahme seiner Bauleistung verlangt hat. Dadurch wird sichergestellt, dass ein Auftragnehmer, der die vertraglich vereinbarte Leistung auch erbracht hat, auch tatsächlich die Vorteile der Abnahme erlangt, wenn der Auftraggeber auf das Abnahmeverlangen des Auftragnehmers nicht reagiert bzw. grundlos verweigert.

5. Voraussetzungen einer Abnahme (Fertigstellung/Mangelfreiheit)

Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Leistung des Auftragnehmers abzunehmen. Diese Verpflichtung besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Vielmehr müssen zwei Voraussetzungen vorliegen:

- die Leistung muss im Wesentlichen fertig gestellt sein und
- die Leistung darf keine wesentlichen Mängel aufweisen.

Die Leistung ist im Wesentlichen fertig gestellt, wenn das Werk funktionsfertig ist, so dass der vertraglich vorgesehene Gebrauch ungehindert möglich ist. Einer Fertigstellung steht es nicht entgegen, wenn noch geringfügige, unwesentliche Leistungen ausstehen. Es kommt darauf an, ob die Leistung tatsächlich, wie vorgesehen, benutzt werden kann.

Das Werk darf gem. § 12 Abs. 3 VOB/B keine wesentlichen Mängel aufweisen. Ob ein Mangel als wesentlich anzusehen ist, ist nach Art, Umfang und Auswirkung des Mangels und unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen. Maßgebend ist, ob der Mangel an Bedeutung soweit zurück tritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteil zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten.

MERKE:

Die Wesentlichkeit des Mangels hängt vom konkreten Einzelfall ab, wobei folgende Grundsätze zu berücksichtigen sind:

- Umfang der notwendigen Mangelbeseitigungsmaßnahmen, insbesondere Kosten der Mängelbeseitigung im Verhältnis zur Auftragssumme
- Auswirkung des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamtbauleistung
- Maß der durch den Mangel verursachten Beeinträchtigung

Eine Abnahme ist auch bei einem gekündigten Bauvertrag erforderlich. Nach einer Kündigung des Vertrages kann der Auftragnehmer die Abnahme der von ihm bis dahin ausgeführten Leistungen verlangen, vgl. § 8 Abs. 6 VOB/B.

Allerdings kann der Auftraggeber wegen wesentlicher Mängel des hergestellten Teilgewerks nach den gleichen Maßstäben die Abnahme verweigern⁶.

MERKE:

Der Auftragnehmer muss auch beim gekündigten Bauvertrag eine Abnahme für die bis dahin erbrachte Leistung verlangen. Auch ein Aufmaß ist notwendig. Gemäß § 648a Abs. 4 BGB besteht nun ein Anspruch auf Leistungsstandfeststellung. Eine Nichtmitwirkung führt zur Umkehr der Beweislast.

6. Abnahmeergebnis

Das Ergebnis der Abnahme kann grundsätzlich wie folgt sein:

- Die Abnahme wird uneingeschränkt erklärt.
- Die Abnahme wird unter Vorbehalt erklärt.
- Die Abnahme wird verweigert.

Abnahme uneingeschränkt erklärt

Der Fall der uneingeschränkten Abnahme ist für den Auftragnehmer unproblematisch. Entscheidend ist aus Auftragnehmersicht, dass die Abnahme dokumentiert wird.

Abnahme unter Vorbehalt

Der häufigste Fall ist die Abnahme unter Vorbehalt. Das Werk ist fertiggestellt und weist keine wesentlichen Mängel auf. Es gibt aber eine Reihe von Leistungen, die noch auszuführen sind bzw. es sind einige kleinere Mängel zu beheben. Diese werden üblicherweise in umfangreichen Listen erfasst.

Der Auftragnehmer muss nun zeitnah die gerügten Mängel beseitigen. Sofern er bezüglich einiger Punkte der Liste anderer Auffassung ist, sollte dies bereits im Abnahmeprotokoll ausdrücklich vermerkt werden. Der Auftragnehmer sollte festhalten, wenn über bestimmte Punkte der Liste bereits vor Ort eine Einigung erzielt wird. Sollte es bereits zu einer Einigung, beispielsweise in Form eines Abzugs von der Schlussrechnung kommen, so ist dies zu dokumentieren, um nicht später Einwänden wegen nicht beseitigter Mängel ausgesetzt zu sein mit dem damit verbundenen Druckzuschlag des Auftraggebers (in der Regel das Zweifache der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten).

Bei der Formulierung der Abnahme unter Vorbehalt sollte der Auftragnehmer den Wortlaut der Niederschrift sorgfältig prüfen.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte die Formulierungen im Abnahmeprotokoll sorgfältig prüfen.

Der Auftragnehmer darf keinesfalls vergessen, nach Beseitigung der vorbehaltenen Mängel eine Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung zu verlangen.

In Bezug auf vorbehaltene Mängel bleibt der Auftragnehmer in der Beweislast, dass die Mängel beseitigt sind. Dabei kehrt sich die Beweislast allerdings auch nicht allein deshalb zu Gunsten des Auftragnehmers um, weil der Auftraggeber die Mängel der Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen⁷.

⁶ BGH IBR 2003, 190

⁷ BGH IBR 2009, 15

Die Abnahme der Mängelbeseitigung sollte ebenfalls schriftlich dokumentiert werden. Sofern der Auftraggeber im Rahmen der Mängelbeseitigung der bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel neue Mängel entdecken sollte, so sollte ein gesondertes Protokoll gefertigt werden. Bei diesen weiteren Mängeln handelt es sich um behauptete Mängel nach Abnahme, die mit vorbehaltenen Mängeln bei Abnahme nichts gemein haben.

Der Auftraggeber kann nicht nachträglich die einmal erklärte Abnahme zurücknehmen.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte darauf achten, dass im Rahmen der Abnahme vorbehaltener Mängel keine Ausweitung neuer Mängel erfolgt, die mit den ursprünglich vorbehaltenen Mängelsymptomen nichts gemein haben. Die Abnahme der Mängelbeseitigung sollte beweisbar dokumentiert werden.

Abnahmeverweigerung

Der Auftraggeber darf die Abnahme verweigern, sofern die Leistung nicht fertiggestellt bzw. mit wesentlichen Mängeln behaftet ist. In einem derartigen Fall muss der Auftragnehmer seine Leistung nun erfüllen, so dass eine abnahmereife Leistung vorliegt.

Es ist ein erneuter Abnahmetermin zu vereinbaren bzw. eine Abnahme seitens des Auftragnehmers zu verlangen. Der Auftragnehmer sollte versuchen, auch bei der Abnahmeverweigerung dokumentieren zu lassen, welche Gründe zur Abnahmeverweigerung führen. Dies erleichtert gegebenenfalls die spätere Durchsetzung der rechtsgeschäftlichen Abnahme, da damit einer „Salomitaktik“ vorgebeugt wird.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte bei einem Bauvertrag nach § 650a BGB bei Abnahmeverweigerung auch an die neu eingeführte Zustandsfeststellung nach § 650g BGB denken, die neben einer Dokumentation auch zu einem vorgelagerten Gefahrübergang führt.

Der Auftragnehmer sollte bei berechtigter Abnahmeverweigerung des Auftraggebers schnellstmöglich die Leistung vertragsgerecht erstellen oder sich gegebenenfalls mit dem Auftraggeber über Abzüge einigen. Auch im Falle der Abnahmeverweigerung muss der Auftragnehmer eine Abnahme erreichen, wenn auch verspätet. Die Wirkungen der Abnahme sind zu umfangreich, als dass die Abnahme stiefmütterlich behandelt werden dürfte.

7. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass die Abnahme für den Auftragnehmer, aber auch für den Auftraggeber, ein wichtiger Moment am Bau ist. Daran knüpfen sich viele Rechtsfolgen, weshalb die Dokumentation der Abnahme in Form einer förmlichen Abnahme vorzugswürdig ist. Bei einer angespannten Situation sollte Auftragnehmer auch an die fiktiven Abnahmeformen denken.