

F Die Abnahme gemäß § 12 VOB/B

Die Abnahme ist die Erklärung des **Auftraggebers**, dass er das Werk körperlich **annimmt** und im Wesentlichen als **vertragsgemäß** billigt.

Die Pflicht zur Erklärung der Abnahme (Hauptleistungspflicht) trifft also nur den **Auftraggeber**. Dies gilt auch für die förmliche Abnahme, bei der der Auftragnehmer gewisse Mitwirkungspflichten hat. Selbstverständlich kann sich der Auftraggeber bei der Abnahme auch durch einen Bauleiter oder Sachverständigen vertreten lassen (OLG Düsseldorf, IBR 2013, 526). Die Abnahme ist sowohl bei BGB-Verträgen als auch bei VOB-Verträgen Voraussetzung für die **Fälligkeit** der Vergütung (Schlussrechnung).

I. Abnahmeformen

1. Die förmliche Abnahme gemäß § 12 Abs. 4 VOB/B

Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es (ausdrücklich) verlangt. Die „förmliche“ Abnahme bedarf, wie der Name schon sagt, einer gewissen **Form**. Dies ist die schriftliche Niederlegung des Abnahmeergebnisses bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsparteien.

In den Standardverträgen, die von den verschiedenen Gruppierungen der Bauwirtschaft herausgegeben werden, ist regelmäßig die **förmliche Abnahme** vorgeschrieben, wobei noch klarstellend hinzugefügt wird, dass die übrigen Abnahmeformen des § 12 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen sind. Damit scheidet alle anderen Abnahmeformen aus. Seltene Ausnahme ist nur der **Verzicht** (nicht zu verwechseln mit der Abnahmeverweigerung) des Auftraggebers auf die förmliche Abnahme. Hier ist jedoch Zurückhaltung geboten. Anzunehmen wäre dies z. B., wenn der Auftraggeber über mehrere Monate keine Abnahme verlangt und die **Schlussrechnung** vollständig bezahlt.

2. Die fiktive Abnahme gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B

Wird keine Abnahme verlangt, gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von zwölf Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die **Fertigstellung der Leistung**. Wie bereits dargestellt, kommt diese Abnahmeform nur dann zur Anwendung, wenn keine förmliche Abnahme vereinbart wurde oder verlangt wird. Auch eine ausdrückliche **Abnahmeverweigerung** oder eine **Mängelrüge** schließen diese Abnahmeform aus. Gleiches gilt, wenn der Auftraggeber zum maßgeblichen Zeitpunkt der fiktiven Abnahme berechtigt war, die Abnahme wegen eines oder mehrerer wesentlicher Mängel zu verweigern (OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018 – 8 U 55/17). Trotzdem ist der Auftragnehmer gut beraten, eine Fertigstellungsanzeige zu versenden. Dies kann nicht schaden, weil der Fertigstellungstermin auch aus anderen Gründen von Bedeutung ist, z. B. für die Bemessung der Vertragsstrafe. Es ist anerkannt, dass auch die Zusendung einer **Schlussrechnung** als Fertigstellungsanzeige aufzufassen ist (OLG Koblenz, IBR 1998, 422). Da regelmäßig eine förmliche Abnahme vereinbart wird, ist diese fiktive Abnahmeform sehr selten. Sie kommt jedoch ab und zu einmal vor.

Ist § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B anwendbar, treten seine Rechtswirkungen in der Regel auch ein. Der Auftraggeber erhält die Schlussrechnung, meint, er müsse in den nächsten 30 Tagen (vgl. § 16 Abs. 3 VOB/B) nichts tun, und nimmt „fiktiv“ nach zwölf Werktagen ab.

3. Die Abnahme durch Ingebrauchnahme des Werkes gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

Diese Abnahmeform wird richtigerweise als **konkludente** Abnahme bezeichnet.

Manchmal wird sie jedoch auch fälschlicherweise **fiktive** Abnahme genannt.

Gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung mit einer Verzögerung von sechs Werktagen abgenommen, wenn er die Leistung in Benutzung genommen hat. Auch bei der konkludenten Abnahme durch Ingebrauchnahme des Werkes ist darauf hinzuweisen, dass diese Abnahmeform nicht einschlägig ist, wenn eine **förmliche** Abnahme vereinbart wurde, die Abnahme **ausdrücklich** verweigert wird oder **wesentliche** Mängel gerügt werden (vgl. BGH, IBR 2016, 78).

Regelmäßig wird die Abnahme dadurch erklärt, dass der Auftraggeber das Bauwerk in **Gebrauch** nimmt, also einzieht. Es ist nicht erforderlich, dass der Bauherr selbst einzieht, die Vermietung reicht aus (OLG Köln, IBR 2016, 574; a. A.: OLG Düsseldorf, IBR 2017, 548). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Einzug wegen einer gewissen **Zwangslage** erfolgt, z. B. weil der Bauherr seine Mietwohnung räumen muss (vgl. BGH, IBR 2004, 128; BGH IBR 1999, 405).

Die „Nutzung“ zur **Fortführung** anderer **Arbeiten** stellt gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 2, S. 2 VOB/B keine Abnahme dar.

Beispiel:

Der Bauherr B hat den Estrichleger E mit der Ausführung der Estricharbeiten beauftragt. Eine förmliche Abnahme wurde nicht vereinbart. Als E seine Arbeiten abgeschlossen hat, verlässt er die Baustelle. B lässt auf dem Estrich das Parkett durch den Parkettleger P verlegen. Als B den P auf die Welligkeit des Parketts anspricht, meint dieser, er könne überhaupt nichts dafür, der Estrich sei schon so wellig gewesen. Daraufhin rügt P den Mangel bei E. E meint, das müsse B ihm erst einmal beweisen, B habe spätestens durch die Verlegung des Parketts die Leistung des E abgenommen.

B muss die Mangelhaftigkeit nur dann beweisen, wenn er die Leistung des E abgenommen hat. Eine förmliche Abnahme wurde nicht vereinbart und auch nicht durchgeführt. Eine konkludente Abnahme scheidet aus, weil B noch nicht in das Haus eingezogen ist. Eine fiktive Abnahme wurde auch nicht erklärt, weil E die Fertigstellung seiner Leistung nicht angezeigt hat. Da auch in der Verlegung des Parketts keine Abnahme gesehen werden kann, ist E mangels Abnahme weiter beweisbelastet. Natürlich wird auch P zur Verantwortung gezogen, denn er hätte Bedenken gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B anmelden müssen.

Wie bei der fiktiven Abnahme kann es auch bei der konkludenten Abnahme durch Ingebrauchnahme des Werkes Fälle geben, in denen der Auftraggeber auf die Durchführung der förmlichen

Abnahme verzichtet. Entgegen einer weitverbreiteten Ansicht reicht jedoch der bloße Zeitablauf nicht aus. Es gibt keine Abnahme durch **Zeitablauf!** Auch hier müssen andere Umstände hinzutreten, z. B. die vollständige Bezahlung einer Schlussrechnung.

4. Exkurs: Mängelvorbehalte (Mängelliste)

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es aus meiner Sicht wenig Sinn macht, ein Abnahmeprotokoll zu erstellen, dem eine **umfangreiche** Mängelliste beigelegt ist. Sollten tatsächlich noch ein oder mehrere wesentliche Mängel vorhanden sein, ist der Auftraggeber berechtigt, die Abnahme zu verweigern. Ein Mängelvorbehalt sollte daher nur dann erklärt werden, wenn das Werk nur mit unwesentlichen Mängeln behaftet ist.

Auch bei einem umfangreichen Mängelprotokoll wird eine Abnahme der **gesamten Leistung**, also auch der in der Mängelliste vorbehaltenen Mängel, erklärt. Es handelt sich **nicht** um eine **Teilabnahme**. Dies wäre auch rechtlich gar nicht möglich, weil sich die Teilabnahme bei einem VOB-Vertrag nur auf in sich selbstständige und funktionsfähige Leistungsteile erstrecken könnte. Rechtsfolge des Mängelvorbehaltes ist, dass sich für die vorbehaltenen Mängel die **Beweislast** nicht umkehrt und die Rechtswirkungen des **§ 640 Abs. 3 BGB** nicht eintreten. Ansonsten treten alle anderen Abnahmewirkungen ein, insbesondere der Beginn der **Gewährleistungsfrist**, die Fälligkeit der Schlussrechnung (ggf. Zurückbehaltungsrecht) und der Gefahrübergang. Es ist wichtig, dass der Auftraggeber sich die bekannten Mängel bei Abnahme bzw. innerhalb der Fristen des § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B vorbehält, d. h. nicht **vorher** und nicht **nachher**. Gleiches gilt für die Vertragsstrafe. Die Vertragsstrafe kann sonst nicht mehr geltend gemacht werden, vgl. § 11 Abs. 4 VOB/B (Ausnahme: Der Auftraggeber hat bereits vor der Abnahme mit einem Vertragsstrafenanspruch die Aufrechnung erklärt, BGH, IBR 2016, 75). Bei nicht vorbehaltenen, aber bekannten Mängeln können gemäß § 640 Abs. 2 BGB die Gewährleistungsansprüche (Ausnahme: Schadensersatz) nicht mehr geltend gemacht werden. Das Gesetz stellt auf die „**Kenntnis**“ des Mangels ab. In der untergerichtlichen Rechtsprechung wird zum Teil vertreten, dass auch das „**Kennen müssen**“ ausreicht. Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel, ob diese Rechtsprechung in Anbetracht des eindeutigen Gesetzestextes richtig ist.

Beispiel:

Während des Baus ihres Einfamilienhauses hat die Sozialpädagogin S den Garten- und Landschaftsbauer G mehrfach darauf hingewiesen, dass der von ihm verwendete Mutterboden einen zu hohen Kadmium-Anteil aufweise. Bei der Abnahme behält sie sich den Mangel nicht vor. Als sie im nächsten Sommer auf ihrer Wiese einen toten Maulwurf findet, verlangt sie Minderung wegen nachhaltiger Gesundheitsgefahren.

G muss sich den Mangel nicht entgegenhalten lassen. Der angebliche Mangel war S bekannt. Ihr Minderungsrecht ist gemäß § 640 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, weil sie sich den Mangel bei Abnahme nicht vorbehalten hat.

Beispiel (nach OLG München, IBR 2014, 136):

Der Fensterbauer F errichtet im Auftrag des Auftraggebers (AG) Fenster und Türen in einem Geschäftshaus. Der AG rügt nach der Abnahme, die Oberflächenbehandlung der Fenster und Außentüren sei mangelhaft, weil sie nicht den anerkannten Regeln der Technik entspreche. Der F meint, das hätte dem AG bereits bei der Abnahme auffallen müssen und er hätte sich den Mangel schon bei der Abnahme vorbehalten müssen.

Der AG hat recht. Das bloße „Kennenmüssen“ eines Mangels reicht für den Verlust des Gewährleistungsrechts nicht aus.

Schadensersatzansprüche werden durch § 640 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen. Diese setzen jedoch Verschulden voraus (vgl. OLG Hamm, IBR 1991, 22).

5. Änderung der anerkannten Regeln der Technik

Bauverträge sind regelmäßig auf einen längeren Zeitraum angelegt. Es kommt daher nicht selten vor, dass sich die **allgemein anerkannten Regeln der Technik** zwischen Vertragsschluss und Abnahme ändern. Für die Beurteilung, ob eine Leistung zum **Zeitpunkt der Abnahme** mangelfrei ist, wird ausschließlich auf die Normen (insbesondere DIN-Vorschriften) abgestellt, die zum Zeitpunkt der Abnahme Geltung haben (§ 13 Abs. 1 VOB/B). Der Auftragnehmer sollte sich daher stets über die aktuelle Entwicklung informieren. Er muss den Auftraggeber unterrichten, wenn sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik ändern, weil damit stets eine Änderung der geschuldeten Leistung verbunden ist. Führt diese Leistungsänderung zu Mehrkosten, liegt, zumindest bei einem Einheitspreisvertrag, regelmäßig eine Nachtragsituation vor (BGH, Urteil vom 14.11.2017 – VII ZR 65/14). Ändern sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik in dem Zeitraum zwischen Abnahme und Ausführung von Mängelbeseitigungsarbeiten, sind jene Normen maßgebend, die zum Zeitpunkt der Mängelbeseitigung gelten (vgl. hierzu J I. 1.).

6. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB

Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

Diese Abnahmefiktion hat die folgenden Voraussetzungen:

- das Werk muss **abnahmereif** fertiggestellt sein, d. h., es darf nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet sein,
- der Auftragnehmer muss den **Auftraggeber** zur Abnahme **aufgefordert** und hierzu eine angemessene **Frist** gesetzt haben.

Diese Vorschrift schadet nicht, ihr Nutzen hält sich jedoch auch stark in Grenzen. Auch nach bisheriger Rechtslage war es so, dass im Falle der Abnahmereife eines Werkes die Schlussrechnung auch ohne Abnahmeerklärung fällig wurde, weil in diesen Fällen regelmäßig von einer unberechtigten