

NewsLetter

2011-2 Seite 1

Schäferstraße 7
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Werkvertragsrecht

Abnahme

Das Oberlandesgericht (OLG) Brandenburg hat sich in seinem Urteil vom 24. Februar 2011 (Az. 12 U 129/10) kurz mit der sog. schlüssigen Abnahme beschäftigt und ausgeführt:

Sofern insgesamt aus den Erklärungen der Parteien hinreichend deutlich werde, dass der Auftraggeber (AG) die Abnahme habe verweigern wollen, komme eine Abnahme durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme oder durch Ausführenlassen weiterer Arbeiten nicht in Betracht.

RA Dr. Christian Schwertfeger

Werkvertragsrecht

Abnahme

Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 27. Januar 2011 (Az. VII ZR 175/09) kurz eine sog. schlüssige Abnahme geprüft und festgestellt, dass eine schlüssige Abnahme der Werkleistung regelmäßig nicht in Betracht komme, wenn die Leistung noch nicht vollständig erbracht worden sei, sondern noch eine wesentliche Vertragsteilleistung fehle.

Praxishinweise

Die Abnahme hat im Werkvertragsrecht erhebliche Bedeutung. *Beispiele:* Die Abnahme ist Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns (§ 641 Abs. 1 S. 1 BGB, beim VOB/B-Vertrag zu-

sätzlich § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B). Die Abnahme ist ferner für die Verteilung der Beweislast von Bedeutung (bis zur Abnahme trägt der AN die Beweislast für die Mangelfreiheit, nach der - vorbehaltlosen - Abnahme trägt der AG die Beweislast für die Mangelhaftigkeit) und damit für die Frage, ob im Prozess der AN oder der AG den *Kostenvorschuss* für den Sachverständigen zu bezahlen hat. Und natürlich entscheidet die Abnahme darüber, welche Gewährleistungsvorschriften einschlägig sind (beim VOB/B-Vertrag vor der Abnahme § 4 Nr. 7 VOB/B, nach der Abnahme § 13 Nr. 5 bis 7 VOB/B).

Man unterscheidet:

-die **ausdrückliche** Abnahme

Sie wird vom AG schriftlich oder mündlich erklärt.

Ein Unterfall ist die förmliche Abnahme (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B: mit Abnahmeprotokoll).

-die **schlüssige / konkludente** Abnahme

Sie setzt voraus, dass der AG durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt (was eine Frage der Auslegung ist), dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht. Dies kann z. B. durch Einzug in das neu errichtete Haus geschehen, es sei denn, der AG zieht nur gezwungenermaßen ein, weil er wegen Kündigung seiner bisherigen Mietwohnung anderenfalls auf der Straße säße.

Eine schlüssige Abnahme kommt grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Werkleistung noch

NewsLetter

2011-2 Seite 2

nicht vollständig fertiggestellt ist. Sie ist hingegen denkbar, wenn nur geringfügige Mängel vorhanden sind.

Der genaue Zeitpunkt einer schlüssigen Abnahme ist naturgemäß eine schwierige Frage des Einzelfalles. Bei Einzug in ein neues Haus wird man eine schlüssige Abnahme dann annehmen können, nachdem der AG ausreichend Zeit hatte, das Haus auf Mängel zu überprüfen (wenn er das Haus nicht bereits vor Einzug geprüft hat), was bei einem Haus durchaus einige Monate dauern kann.

Sowohl für die ausdrückliche als auch für die schlüssige Abnahme gilt:

Hat der AG positive Kenntnis von einem Mangel und nimmt er das Werk dennoch - vorbehaltlos - ab, so verliert er alle seine Gewährleistungsansprüche außer Schadenersatz. Schadenersatz jedoch setzt Verschulden des AN voraus. Zwar wird das Verschulden des AN vom Gesetz widerleglich vermutet, jedoch darf der AN diese Vermutung widerlegen (Exkulpation), was im Einzelfall auch durchaus gelingen kann.

Eine vereinbarte Vertragsstrafe muss sich der AG vorbehalten, und zwar bei einer ausdrücklichen Abnahme im Zeitpunkt der ausdrücklichen Abnahme, und bei einer schlüssigen Abnahme in der Zeitspanne zwischen seinem schlüssigen Verhalten und dem Zeitpunkt der daraus abgeleiteten Annahme einer schlüssigen Abnahme.

-die **fiktive** Abnahme

Sie gibt es dort, wo das Gesetz (BGB) oder die VOB/B es vorsehen (durch Formulierungen wie „gilt ... als abgenommen“).

--im BGB

Nach ergebnisloser Fristsetzung zur Abnahme (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB); nach Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB - gilt nur für Verträge zwischen dem 1. Mai 2000 und dem 31. Dezember 2008).

Auch bei positiver Kenntnis des AG vom Mangel führt die fiktive Abnahme nicht zum grundsätzlichen Verlust aller Gewährleistungsansprüche, vielmehr bleiben dem AG alle Gewährleistungsansprüche erhalten (vgl. § 640 Abs. 2 BGB und § 641a Abs. 1 S. 3 BGB).

Vertragsstrafeansprüche muss sich der AG allerdings bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der fiktiven Abnahme vorbehalten haben.

--in der VOB/B

Die VOB/B kennt *zusätzlich* noch folgende fiktive Abnahmen: nach schriftlicher Fertigstellungsmitteilung (§ 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B); nach Inbetriebnahme (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B).

Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafe muss der AG bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der fiktiven Abnahme erklärt haben (§ 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B).

-die **Abnahmereife / Abnahmefähigkeit**

Im Falle der Werklohnklage genügt sie anstelle der Abnahme, da angenommen wird, dass mit der Verurteilung zur Zahlung schlüssig die auch die Verurteilung zur Abnahme begehrt wird.

Das Werk muss dann aber auch tatsächlich abnahmefähig sein (Risiko!). Und die Abnahmereife / -fähigkeit genügt grundsätzlich nicht, wenn die Parteien eine förmliche Abnahme vereinbart / verlangt haben.

RA Dr. Christian Schwertfeger