

## Kein Verlass auf förmliche Abnahme

In der gerichtlichen und anwaltlichen Praxis spielt die förmliche Abnahme nach der VOB/B oftmals eine entscheidende Rolle. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer berufen sich in verschiedenen Sachverhaltskonstellationen oftmals auf die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme. Nicht immer sollte man sich hierauf verlassen.

### 1. Sachverhalt

Eine Vielzahl von Bauverträgen sieht eine förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B vor. Eine solche Vereinbarung ist grundsätzlich im Rahmen von AGB's zulässig und aus anwaltlicher Sicht schon aus Beweisgründen zu empfehlen. Nach Vereinbarung einer förmlichen Abnahme ist grundsätzlich keine stillschweigende oder fiktive Abnahme mehr möglich, sodass hierdurch eine gewisse Rechtssicherheit erreicht werden kann.

In der Praxis findet jedoch häufig in vielen Fällen, in denen etwa aus Sicht des Bestellers noch Mängel vorliegen, keine förmliche Abnahme statt und wird auch von keinem der Parteien gefordert.

Einer möglichen (Rest-)Werklohnforderung des Unternehmers tritt der Besteller dann häufig mit dem Argument entgegen, die Forderung sei mangels förmlicher Abnahme noch nicht fällig.

Dieser Einwand ist nicht in jedem Fall erfolgreich.

### 2. Rechtliche Würdigung

Im Grundsatz gilt, dass der Vereinbarung nach einer förmlichen Abnahme durch beide Vertragsparteien zu entsprechen ist. Der Einwand der fehlenden förmlichen Abnahme

greift daher in der Praxis tatsächlich oftmals durch.

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Besteller einer Leistung nach Schlussrechnung jedenfalls einen Teil des Rechnungsbetrages begleicht oder eine Billigung der Leistung in anderer Weise zum Ausdruck bringt und im Übrigen keine (förmliche) Abnahme verlangt.

Vergeht in der Folge eine gewisse Zeit, ohne dass eine der Parteien tätig wird, gehen Gerichte teilweise von einem konkludenten Verzicht auf eine förmliche Abnahme aus und geben der (Rest-)Werklohnforderung eines Unternehmers statt. Dies entschied etwa zuletzt das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 18.12.2018 (22 U 93/18).

Einen Verzicht auf die förmliche Abnahme nahm das Gericht dort deshalb an, weil der Auftraggeber nach Schlussrechnung die fertige Bauleistung in Benutzung nahm, ohne eine vereinbarte förmliche Abnahme zu verlangen. In der Folge kommt eine konkludente oder auch fiktive Abnahme konsequenterweise wieder in Betracht und kann zur Fälligkeit eines (Rest-)Werklohnanspruches führen.

Dies vorausgeschickt ist zu beachten, dass an die Vereinbarung eines (konkludenten) Verzichts hohe Anforderungen zu stellen sind. Voraussetzung dürfte neben einem auf die Billigung der Werkleistung zu schließendem objektiven Umstand, etwa der Nutzung der vom Auftragnehmer erbrachten Bauleistung, die Abnahmereife selbst sein. Diese liegt vor, wenn die Bauleistung vollständig erbracht wurde und keine wesentlichen Mängel aufweist. Dass eine konkludente Abnahme erst mit Abnahmereife in Betracht

kommt, entschied der BGH etwa mit Beschluss vom 27.01.2011 (VII ZR 175/09).

Sofern ein Unternehmer in einer solchen Situation Klage auf Werklohn erhebt, ist eine zuverlässige Einschätzung der gerichtlichen Erfolgsaussichten schwierig. Diese hängen dann insbesondere davon ab, wie das Gericht das Verhalten der Parteien beurteilt und ob es darin einen Verzicht auf die vorher getroffene Regelung sieht. Klarheit kann in diesen Fällen letztlich nur ein rechtzeitiges Abnahmeverlangen herbeiführen.

Auf die Vorbereitung und ordnungsgemäße Durchführung inklusive Protokollierung der Abnahme sollte dabei einige Sorgfalt verwendet werden, um hier spätere Unsicherheiten und Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

### 3. Fazit

Der beliebte Einwand der fehlenden Abnahme wird in vielen Fällen Erfolg haben. Verlassen sollte man sich darauf jedoch nicht.

Insbesondere ist die in der Praxis nicht unübliche Vorgehensweise, nach Abschluss eines Bauvorhabens nicht weiter in der Sache tätig zu werden, mit einer gewissen Unsicherheit verbunden. Man setzt sich hier der Gefahr aus, im Ergebnis auf eine förmliche Abnahme zu verzichten und in einem entsprechenden Werklohnprozess zu unterliegen.

Diesem Ergebnis kann man mit einem rechtzeitigen Verlangen der förmlichen Abnahme entgegenwirken.

Ihr Ansprechpartner für dieses Thema:



Ferdinand Alfranseder  
Rechtsanwalt  
+49 (0)30 20670-1531  
alfranseder@knauthe.com