

Die Abnahme als Dreh- und Angelpunkt - weitere Entwicklungen

BAU RECHTS SICHER

In unserem Forum 4/18 hatten wir Sie über die Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts informiert. Dies in Bezug auf die Abnahme. Rechtlich bewirkt die Abnahme den Gefahrübergang. Ab diesem Zeitpunkt verbleiben dem Besteller rein die Rechte auf Mangelbeseitigung. Aus Sicht des Werkunternehmers stellt die wichtigste Folge der Abnahme jedoch die Fälligkeit der Vergütung dar.

Neben der tatsächlich durch den Bauherrn erklärten Abnahme oder einer fiktiven Abnahme, wie sie jetzt u.a. in § 640 Abs. 2 BGB vorgesehen ist, wenn der Besteller auf eine fristgebundene Aufforderung zur Erklärung der Abnahme hin nicht mindestens einen Mangel rügt, kommt auch der konkludenten Abnahme weitere Bedeutung zu.

Wie verhält es sich in den Fällen der "vergessenen Abnahme"? Denn in diesen Fällen fehlt eine entsprechende Äußerung zur Qualität des Werkes.

Die **konkludente Abnahme** stellt auf ein schlüssiges Verhalten ab. Sie setzt ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten voraus (Abnahmewillen). Daher ist eine stillschweigend erklärte und damit schlüssige Abnahme immer dann gegeben, wenn der Auftraggeber durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht. Der Besteller muss folglich dem Unternehmer gegenüber erkennbar ein Erklärungszeichen gesetzt haben, dass er dessen Leistungen billige.

Erforderlich ist in aller Regel, dass die Leistung des Unternehmers im Wesentlichen vollständig ist, denn anderenfalls kann der Unternehmer kaum davon ausgehen, der Besteller billige das Werk.

Zwar kann beispielsweise durch den Bezug des Hauses oder die Benutzung eines Werkes eine konkludente Abnahme gegeben sein. Andererseits kann in dem Einzug in ein Gebäude jedenfalls dann keine konkludente Abnahme gesehen werden, wenn der Auftraggeber die Abnahme zuvor wegen wesentlicher Mängel ausdrücklich verweigert hat, vgl. OLG München, Urteil vom 12.01.2016 - 9 U 1621/15; BGH, Beschluss vom 31.07.2018 - VII ZR 32/16.

Annex: Auch in der vorbehaltlosen Bezahlung der Vergütung wird regelmäßig die Abnahme zu sehen sein, vgl. BGH NJW 1970, 421: die fehlende Möglichkeit der Prüfung des Werks vor der Zahlung steht dieser Annahme nicht entgegen.

Eine Abnahme durch Nutzung der Leistung setzt voraus, dass der Auftraggeber mindestens Gelegenheit hatte, das Werk innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen und zu bewerten. Die Länge der angemessenen Prüfungsfrist hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei ist insbesondere die Art des Gewerks zu berücksichtigen. Sind die Gewerkeleistungen in der Regel von ihrem Umfang und ihrer technischen Komplexität her überschaubar, so kann eine Prüfungsfrist von 6-8 Wochen als angemessen

angesehen werden, vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 11.05.2016 - 5 U 1270/15; BGH, Beschluss vom 26.09.2018 - VII ZR 146/16. Bei entsprechender Komplexität erstreckt sich eine Prüfungsfrist jedoch auch schon mal auf mehrere Monate.

Die **Risiken** dieser Rechtsprechung dürfen dabei keinesfalls unterschätzt werden. Soweit dem Besteller Mängel bekannt sind, diese jedoch nicht gerügt wurden, kann er bei einer konkludenten Abnahme gegebenenfalls seine Gewährleistungsrechte verlieren. Nimmt ein Auftraggeber nämlich ein Werk ab, obgleich ihm Mängel positiv bekannt sind, stehen ihm genannte Rechte nur bei Vorbehalt zu.

Zu guter Letzt ist jedoch auch ein tatsächliches **Abnahmeprotokoll** nicht zu unterschätzen. Im vorliegenden, dem Urteil des BGH vom 27.9.2018 - VII ZR 45/17 zugrunde liegenden Fall wurde im Abnahmeprotokoll eine andere Verjährungsfrist angegeben als im Bauvertrag vereinbart. Es stellt sich also die Frage, ob es sich um eine Vertragsänderung handelt, oder ob den Parteien ein so genanntes Redaktionsversehen unterlaufen ist. Häufig werden in Abnahmeprotokollen zur Klarstellung der Beginn und das Ende der Gewährleistungsfrist festgehalten. Dabei kommt es immer wieder vor, dass die angegebene Gewährleistungsfrist kürzer oder länger als die im Vertrag vorgesehene Frist ist. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung, wonach häufig dem Abnahmeprotokoll der Vorrang eingeräumt wurde, vgl. OLG Düsseldorf, IBR 2017, 193, wertet der BGH, aaO., dass für eine Vertragsänderung konkret der Parteiwillen festgestellt werden muss. Dies zugrunde gelegt, werden abweichende Abnahmeprotokolle zukünftig wohl eher als Versehen einzuordnen sein.

Neues im Baurecht. Es zeigt sich erneut, dass eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht und der aktuellen Rechtsprechung angezeigt ist.

Unsere beratenden Rechtsanwälte sind für unsere Mandanten umfassend tätig, um eine effektive und zielführende Problemlösung zu erreichen. Für Fragen stehen wir jederzeit gerne zu Ihrer Verfügung.

Gerne unterstützen wir Sie, um ihre Rechte zu sichern. BAU RECHTS SICHER

Sascha Müller
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht
Mitglied in der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Architektenrecht
sowie Mietrecht und Immobilien des DAV e.V.