



Leseprobe

Unsere Fachinhalte bieten Ihnen praxisnahe Lösungen, wertvolle Tipps und direkt anwendbares Wissen für Ihre täglichen Herausforderungen.

- ✓ **Praxisnah und sofort umsetzbar:** Entwickelt für Fach- und Führungskräfte, die schnelle und effektive Lösungen benötigen.
- ✓ **Fachwissen aus erster Hand:** Inhalte von erfahrenen Expertinnen und Experten aus der Berufspraxis, die genau wissen, worauf es ankommt.
- ✓ **Immer aktuell und verlässlich:** Basierend auf über 30 Jahren Erfahrung und ständigem Austausch mit der Praxis.

Blättern Sie jetzt durch die Leseprobe und überzeugen Sie sich selbst von der Qualität und dem Mehrwert unseres Angebots!

4.1 Fälligkeit von Vergütungsforderungen

4.1.1 Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung

Mit **Fälligkeit** wird allgemein der Zeitpunkt bezeichnet, von dem ab der Gläubiger (Werkunternehmer oder Bauunternehmer) die Leistung, hier also den Werklohn oder Abschläge hierauf, **verlangen** kann. **Fälligkeit** darf nicht mit **Verzug** gleichgesetzt werden. Für den Eintritt des Verzugs und der daran anknüpfenden Rechtsfolgen bedarf es zusätzlicher Voraussetzungen, auf die im Nachfolgenden noch im Einzelnen eingegangen werden wird.

Abnahme als grundsätzliche Fälligkeitsvoraussetzung der Schlussvergütung

Nach § 641 BGB ist die **Werklohnvergütung** bei der Abnahme¹ der vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen zu entrichten.

Vergütungsanspruch bei Abnahme

Diese Grundvoraussetzung gilt für den VOB-Vertrag gleichermaßen wie für den BGB-Vertrag². Gleichwohl kann der Eintritt der Fälligkeit einer Vergütungsforderung von **zusätzlichen** Voraussetzungen abhängen, die dann, um den Anspruch geltend machen und ggf. mit Erfolg durchsetzen zu können, **kumulativ** vorliegen müssen.

¹ Kammergericht, Urt. v. 18.08.2020, Az.: 1036/20, NZBau 2020, 780.

² BGH, Urt. v. 18.12.1980, Az.: VII ZR 43/80, BauR 1981, 201.

Hierauf wird in den nachfolgenden Kapiteln 4.1.4 und 4.1.5 noch näher eingegangen.

Sobald das geschuldete Werk vertragsgemäß hergestellt ist, hat der Unternehmer auch einen Anspruch darauf, dass der Besteller/Auftraggeber dieses abnimmt. Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn am erbrachten Werk nur noch unwesentliche Mängel vorliegen (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ausnahmsweise kann, obschon noch wesentliche Mängel vorliegen, die Vergütung auch ohne Abnahme dann fällig werden, wenn die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig wäre¹.

Teilabnahme

Im BGB ist eine Teilabnahme nicht vorgesehen. Der Anspruch auf Abnahme entsteht damit grundsätzlich erst dann, wenn das gesamte Werk hergestellt ist. Die Parteien können gleichwohl vereinbaren, dass Teile des Werks gesondert abzunehmen sind, sobald diese vertragsgemäß, also auch frei von wesentlichen Mängeln², hergestellt sind.

Die Vereinbarung einer Teilabnahme kann auch konkludent erfolgen. Wegen der weitreichenden Folgen einer Abnahme muss allerdings der Wille des Auftraggebers zur Teilabnahme, so der BGH in seinem Beschluss vom 07.02.2019³, klar zum Ausdruck kommen. Hierfür genügt nicht allein die Beauftragung von Nachfolgewerken, da im Rahmen eines Bauvorhabens

¹ Kammergericht, Urt. v. 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18, IBRRS 2019, 1903.

² OLG Frankfurt, Urt. v. 29.09.2014, Az.: 1 U 283/12, IBR 2014, 722.

³ BGH, Beschl. v. 07.02.2019, Az.: VII ZR 274/17, NZBau 2019, 295.

allein dem Weiterbau kein irgendwie gearteter Erklärungswert beigemessen werden kann.



Hinweis:

Ein Architekt oder Ingenieur, dessen Beauftragung nach dem 31.12.2017 erfolgte, kann, auch ohne gesonderte Vereinbarung, nach § 650s BGB ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

Welchen Inhalt eine erklärte „Teilabnahme“ hat, ist durch Auflegung zu ermitteln. So kann etwa die Erklärung in einem Abnahmeprotokoll, die Abnahme werde beschränkt auf Teilleistungen, auch als Abnahme unter Mangelvorbehalt und nicht als Teilabnahme gewertet werden¹.

Wurde die VOB/B vereinbart, sind nach deren § 12 Abs. 2 VOB/B in sich abgeschlossene Teile der Leistung **auf Verlangen** besonders abzunehmen. In sich abgeschlossene Leistungsteile liegen nur dann vor, wenn sie aus demselben Bauvertrag stammen und nach allgemeiner Verkehrsauffassung als selbstständig und von den übrigen Teilleistungen unabhängig anzusehen sind.² Dies setzt voraus, dass sich die Teilleistung in ihrer Gebrauchsfähigkeit abschließend beurteilen lässt – sowohl in ihrer technischen Funktionsfähigkeit als auch

§ 12 Abs. 2 VOB/B

Abnahme selbstständiger Teilleistungen

¹ OLG Brandenburg, Urt. v. 05.09.2024, Az.: 12 U 3/22, IBRRS 2024, 2957.

² BGH, Urt. v. 20.08.2009, Az.: VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736.

im Hinblick auf die vorgesehene Nutzung¹. Die verschiedenen Stockwerke eines Rohbaus² können unter diesem Blickwinkel nicht als abgeschlossen angesehen werden, ebenso wenig Teile einer Treppenkonstruktion, um nur zwei Beispiele zu nennen. In Betracht kommt demgegenüber der Einbau einer Heizungsanlage, ob schon nach dem einheitlichen Vertrag auch noch Installationsarbeiten durchzuführen sind.³

Fingierte Abnahme

Benennung mindestens eines Mangels

Nach § 640 Abs. 2 BGB⁴ in seiner seit 01.01.2018 geltenden Fassung⁵ gilt ein Werk auch dann als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Der Auftraggeber ist demnach verpflichtet, bei beabsichtigter Verweigerung der Abnahme „Ross und Reiter“ zu benennen und dem Auftragnehmer (Unternehmer) mindestens einen Mangel anzuzeigen, dessentwegen er die Abnahmereife nicht für gegeben hält.

¹ OLG Bamberg, Urt. v. 02.03.2023, Az.: 12 U 48/22, IBRRS 2024, 1027; BGH Beschl. v. 13.03.2024, Az.: VII ZR 57/23 (NZB zurückgewiesen).

² BGH, Urt. v. 06.05.1968, Az.: VII ZR 33/66, NJW 1968, 1524.

³ BGH, Urt. v. 10.07.1975, Az.: VII ZR 64/73, BauR 1975, 423.

⁴ § 640 Abs. 2 BGB findet auch beim VOB-Vertrag Anwendung (Kniffka/Jurgeleit/*Pause/Vogel*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 07.02.2025, § 640 BGB, Rn. 105).

⁵ Bei Verträgen, auf die noch das bis 31.12.2017 geltende Recht anzuwenden ist, genügt der fruchtlose Ablauf einer angemessenen gesetzten Frist. Voraussetzung ist allerdings, dass das fertiggestellte Werk nur noch unwesentliche Mängel aufweist.

**Hinweis:**

Mit der seit 01.01.2018 geltenden Neuregelung wurde klargestellt, dass im Falle einer Abnahmeverweigerung nicht alle Mängel angegeben werden müssen. Weitere Mängel können also nachgeschoben werden und sind dann bei der Bewertung der Abnahmereife zu berücksichtigen.

Verweigert der Besteller die Abnahme ohne Mangelhinweis oder reagiert schlicht auf das Abnahmeverlangen des Unternehmers nicht, treten nach Ablauf der gesetzten Frist die Abnahmewirkungen auch dann ein, wenn wesentliche Mängel vorhanden sind. Voraussetzung für den Eintritt der Abnahmewirkungen ist dann lediglich, dass das vom Unternehmer geschuldete Werk auch tatsächlich **fertiggestellt** ist. Die nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen müssen also zumindest abgearbeitet sein, unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht. Ein zu frühes Andienen der Leistung wird dadurch unterbunden und damit einem missbräuchlichen Einsatz des Instruments der „fiktiven Abnahme“ ein Riegel vorgeschoben.

*Abnahmewirkung
auch bei wesentlichen
Mängeln*

**Hinweis:**

Ist Vertragspartner des Unternehmers ein Verbraucher, ist weiter zu beachten, dass auch bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen die Abnahmefiktion nur dann eintritt, wenn der Verbraucher vom Unternehmer mit der Aufforderung zur Abnahme in Textform auch über die Rechtsfolgen belehrt wurde.

Von diesem Erfordernis kann nach § 650o BGB nicht abgewichen werden.

**Hinweis:**

Die Vorschrift des § 640 Abs. 2 BGB findet auch bei einem Vertrag, in den die VOB/B einbezogen wurde, Anwendung¹. Dies kann ob des Leitbildcharakters der Vorschrift wirksam auch nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers/Auftraggebers ausgeschlossen werden.

Fiktive Abnahme bei VOB-Verträgen*Mitteilung über die
Fertigstellung*

Eine eigene Besonderheit sieht die VOB/B in ihrem § 12 Abs. 5 vor. Wird von keiner der Vertragsparteien eine Abnahme verlangt und wurde auch keine förmliche Abnahme vereinbart², gilt die Leistung mit Ablauf von zwölf Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung als abgenommen. Eine Fertigstellungsmitteilung kann auch in der Zusendung der Schlussrechnung gesehen werden.³ Sofern wirksam nichts anderes vereinbart ist und keine Abnahme verlangt wird, gilt die Leistung des Auftragnehmers auch als abgenommen, wenn der Auftraggeber diese oder einen Teil davon in Benutzung genommen hat. Die Abnahmefiktion tritt in diesem Fall sechs Werktage nach Beginn der Benutzung ein, es sei denn, Teile der

¹ Bolz/Jurgeleit/Friedhoff, *ibr-online-Kommentar VOB/B*, Stand: 16.12.2024, § 12 Rz. 256.

² BGH, Urt. v. 10.11.1983, Az.: VII ZR 373/83, NJW 1984, 725.

³ BGH, Urt. v. 04.03.1993, Az.: VII ZR 148/92, NJW 1993, 1916.

baulichen Anlage werden zur Weiterführung der Arbeiten benutzt.

**Hinweis:**

Bezieht der Auftragnehmer die VOB/B in einen Verbrauchervertrag ein, unterliegen deren Bestimmungen der isolierten Inhaltskontrolle. Eine fiktive Abnahme scheidet damit aus, da § 12 Abs. 5 VOB/B bei isolierter Inhaltskontrolle an § 308 Ziff. 5 BGB scheitert.¹

Ist die Leistung des Auftragnehmers jedoch tatsächlich nicht fertiggestellt oder weist sie noch Mängel von einem gewissen Gewicht auf, steht auch dies im Regelfall einer fiktiven Abnahme entgegen.² Eine fiktive Abnahme kann nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe³ trotz Vorliegens wesentlicher Mängel gleichwohl dann eintreten, wenn diese Mängel objektiv nicht erkennbar, also versteckt waren, und im Falle eines durchgeführten Abnahmetermins der Auftraggeber jedenfalls wegen dieser Mängel die Abnahme nicht verweigert hätte.

Nimmt der Auftraggeber die Leistung nur aus einer Zwangslage heraus in Benutzung, führt dies wiederum nicht zu einer fiktiven Abnahme.⁴

¹ BGH, Urt. v. 27.07.2006, Az.: VII ZR 276/05, NZBau 2006, 706.

² BGH, Urt. v. 12.06.1975, Az.: VII ZR 55/73, NJW 1975, 1701; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.12.1993, Az.: 22 U 91/93, NJW-RR 1994, 408.

³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17, NZBau 2019, 370.

⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.12.1993, Az.: 22 U 91/93, NJW-RR 1994, 408.

Das OLG München¹ hat darüber hinaus in einer Entscheidung aus 2015 ausgeurteilt, dass im Einzelfall auch bei nur scheinbar fertiggestellter Leistung eine konkludente Abnahme dann infrage kommen kann, wenn die Unternehmerleistung in Gebrauch genommen und die Werklohnschlussrechnung bezahlt wird.

Vereinbarung förmliche Abnahme

Nach einer Entscheidung des OLG Koblenz² scheidet eine fiktive Abnahme durch Inbetriebnahme auch dann aus, wenn die Parteien, auch in zusätzlichen Vertragsbedingungen, die förmliche Abnahme vereinbart haben. Dies jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber ausdrücklich die förmliche Abnahme verlangt hat.

Fingierte Abnahme

Wird unter Ausschluss einer fiktiven Abnahme und der Abnahme durch schlüssiges Verhalten (konkludente Abnahme) ausdrücklich die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 3 VOB/B vereinbart, scheidet die erstgenannten beiden Abnahmeformen aus³. Unberührt dürfte gleichwohl die Möglichkeit des Auftragnehmers bleiben, nach § 640 Abs. 2 BGB zu einer „fingierten“ Abnahme zu kommen.

Abnahme unter Mangelvorbehalt

Wird vom Auftraggeber die Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln erklärt, steht dies für sich genommen der Fälligkeit des Schlussvergütungsanspruchs **nicht** ent-

¹ OLG München, Urt. v. 10.11.2015, Az.: 9 U 4218/14 Bau, NZBau 2016, 161.

² OLG Koblenz, Beschl. v. 01.03.2018, Az.: 1 U 1011/17, IBR 2018, 2916.

³ OLG München, Beschl. v. 08.03.2022, Az.: 28 U 9184/21 Bau; BGH, Beschl. v. 05.10.2022, Az.: VII ZR 83/22 (NZB zurückgewiesen), IBR 2023, 181.

gegen. Auch in Bezug auf die Fälligkeit des Schlussvergütungsanspruchs ist die Abnahme unter Mangelvorbehalt als „vollwertige“ Abnahme anzusehen. Dem Zahlungsanspruch des Auftragnehmers kann der Auftraggeber aber wegen bestehender Mängel sein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen. Die Beweislast dafür, dass vorbehaltene Mängel tatsächlich nicht vorliegen, verbleibt grundsätzlich beim Auftragnehmer.

**Hinweis:**

Bei vereinbarter VOB/B sind bei Erhalt einer Fertigstellungsanzeige oder bei Inbenutzungnahme Mangelvorbehalte innerhalb der in § 12 Abs. 5 bestimmten Fristen (zwölf bzw. sechs Werktage) geltend zu machen (§ 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B).

Endgültige Abnahmeverweigerung

Für den Schlussvergütungsanspruch ist die Abnahme als **Fälligkeitsvoraussetzung** dann entbehrlich, wenn der Auftragnehmer seine Leistung abnahmereif hergestellt hat, der Auftraggeber die Abnahme aber dennoch von vorneherein endgültig und unberechtigt verweigert.¹ Dies gilt auch dann, wenn dem Auftraggeber keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt wurde.²

¹ BGH, Urt. v. 08.11.2007, Az.: VII ZR 183/05, NJW 2008, 511; BGH, Beschl. v. 18.05.2010, Az.: VII ZR 158/09, NZBau 2010, 557.

² OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.05.2021, Az.: 13 U 365/21, NZBau 2021, 539.

**Hinweis:**

Ob eine endgültige Abnahmeverweigerung vorliegt, wird vielfach strittig sein. Schon aus diesem Grund sollte regelmäßig, v. a. aber in Zweifelsfällen, eine Frist zur Abnahme gesetzt werden.

**Hinweis:**

Für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs ist die vorherige Abnahme auch dann nicht erforderlich, wenn der Besteller/Auftraggeber vor Fertigstellung der vom Unternehmer geschuldeten Leistungen ihm obliegende Mitwirkungshandlungen verweigert¹.

Abrechnungsverhältnis

Untergang des Erfüllungsanspruchs

Auf die Abnahme als grundsätzliche Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch kommt es dann nicht mehr an, wenn der Auftraggeber keine Erfüllung des Vertrags mehr will oder in ausreichend deutlicher Weise zu erkennen gibt, dass er das mit dem Auftragnehmer eingegangene Vertragsverhältnis als endgültig beendet ansieht und von diesem keine weiteren Leistungen mehr annehmen will². Dies ist v. a. dann der Fall, wenn wegen behaupteter Mängel nur noch auf Zahlung gerichtete Gewährleistungsansprüche geltend gemacht

¹ BGH, Urt. v. 16.05.1968, Az.: VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175.

² OLG Celle, Urt. v. 13.05.2020, Az.: 14 U 71/19, NZBau 2020, 657.

werden¹. Fordert der Auftraggeber vom Auftragnehmer wegen festgestellter Mängel nach vorheriger erfolgloser Aufforderung und Fristsetzung zur Mangelbeseitigung Schadensersatz oder erklärt er diesem gegenüber eine Minderung des Werklohns, wird der Vertrag in ein sog. Abwicklungsverhältnis umgewandelt.² Der Streit konzentriert sich dann letztlich nur noch auf die Frage, ob und in welchem Umfang der Vergütungsanspruch im Rahmen des nunmehr bestehenden Abrechnungsverhältnisses zu reduzieren ist. Ein Abrechnungsverhältnis wird auch dann begründet, wenn auf der einen Seite der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch hat und auf der anderen Seite dem Auftraggeber allein Ansprüche zustehen, die auf Geldzahlung gerichtet sind, wie etwa wegen unvollständiger oder mangelhafter Fertigstellung der Leistung. Vergütungsanspruch und Anspruch des Auftraggebers (wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrags) sind jeweils selbstständige Forderungen, die gegeneinander aufgerechnet werden können (keine automatische Verrechnung!)³. Von der Vertragserfüllung nimmt der Auftraggeber auch dann Abstand, wenn er gegenüber dem Auftragnehmer den Rücktritt vom Vertrag erklärt.

Ein die Fälligkeit des Werklohnanspruchs ohne Abnahme herbeiführendes Abrechnungsverhältnis soll nach einer Entscheidung des OLG Koblenz⁴ auch dann entstehen, wenn der Besteller/Auftraggeber nach abschließender Prüfung eine Kürzung der Unternehmer

¹ OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2018, Az.: 12 U 26/16, IBRRS 2019, 0115.

² BGH, Urt. v. 23.06.2005, Az.: VII ZR 197/03, NZBau 2005, 582.

³ OLG Stuttgart, Beschl. v. 27.01.2023, Az.: 13 U 214/21 (NZB zurückgenommen), IBR 2024, 59.

⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 17.01.2013, Az.: 1 U 201/12.

rechnung vorgenommen hat. In dieser Absolutheit kann der Leitsatz der Entscheidung wohl nicht übernommen werden. Allein aus dem Umstand, dass der Auftraggeber die Unternehmerrechnung geprüft und gekürzt hat, kann ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht in jedem Fall geschlossen werden, dass der Auftraggeber keine Nacherfüllung mehr will.

Hausverbot Auch die Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter führt für sich allein noch nicht zu einem Abrechnungsverhältnis¹, ebenso wenig ein vom Auftraggeber ausgesprochenes Hausverbot².

Durchgeführte Selbstvornahme Der dem Auftraggeber bei Mangelhaftigkeit des Werks zustehende Nacherfüllungsanspruch erlischt auch nicht allein dadurch, dass der Besteller/Auftraggeber Kostenvorschuss zum Zwecke der Selbstvornahme verlangt. Dies jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber mit seinem Verlangen auf Kostenvorschuss nicht deutlich macht, dass er mit dem Auftragnehmer in keinem Fall mehr weiter zusammenarbeiten will³. Anders liegt der Fall, wenn der Auftraggeber die Selbstvornahme erfolgreich durchführt und deshalb keine Nacherfüllung mehr verlangt. Für das dann entstandene Abrechnungsverhältnis ist die Abnahme keine Fälligkeitsvoraussetzung des Vergütungsanspruchs mehr⁴.

¹ OLG Oldenburg, Urt. v. 23.04.2024, Az.: 2 U 128/23, MDR 2024, 801.

² OLG Köln, Urt. v. 31.01.2019, Az.: 3 U 125/15; BGH, Beschluss 14.12.2022, Az.: VII ZR 37/19, IBR 2024, 12.

³ BGH, Urt. v. 19.01.2017, Az.: VII ZR 301/13, MDR 2017, 328; BGH, Urt. v. 19.01.2017, Az.: VII ZR 193/15, BauR 2017, 879.

⁴ OLG München, Beschl. v. 07.10.2019, Az.: 28 U 442/19 Bau, IBRRS 2020, 12; BGH, Beschluss v. 23.09.2020, Az.: VII ZR 251/19 (NZB zurückgewiesen).

Abnahme der erbrachten Teilleistung keine Fälligkeitsvoraussetzung für Abschlagszahlung

Sowohl bei einem BGB-Vertrag als auch bei einem VOB-Vertrag bzw. bei wirksamer vertraglicher Vereinbarung unter den dort jeweils genannten oder festgelegten Voraussetzungen kann der Auftragnehmer Abschläge auf die letztlich geschuldete Gesamtvergütung verlangen. Die Abnahme der teilerbrachten Leistung ist hierbei **keine** zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung. Der Auftraggeber muss auch nicht die Befürchtung haben, dass er mit dem Ausgleich einer Abschlagsforderung Teile der Leistung des Auftragnehmers abnimmt oder Rechtsverluste im Hinblick auf die Haftung des Auftragnehmers erleidet. § 16 Abs. 1 Nr. 4 VOB/B stellt dies ausdrücklich klar.

Abnahme keine Fälligkeitsvoraussetzung

Vorzeitige Vertragsbeendigung

Das BGB wie auch die VOB/B sehen eine Reihe von Gründen vor, die den Auftraggeber oder den Auftragnehmer berechtigen, das Vertragsverhältnis **vorzeitig** durch Kündigung zu beenden. Die Kündigung ist eine Gestaltungserklärung, durch die der Vertrag mit Wirkung für die Zukunft beendet wird. Für den bis zur Kündigung noch nicht erbrachten Teil entfällt eine Leistungsverpflichtung des Unternehmers. Vom Grundsatz her kann der Auftragnehmer in diesen Fällen Vergütung der bis zur Beendigung des Vertrags erbrachten Leistungen verlangen, im Falle der sog. freien Auftraggeberkündigung (§ 648 BGB¹) zudem für die nicht mehr zu erbringende Leistung die vereinbarte Vergütung, aller-

¹ Bei vor dem 01.01.2018 abgeschlossenen Verträgen § 649 BGB a.F.

dings abzüglich ersparter Aufwendungen sowie anderweitigen Erwerbs.

Abnahme des erbrachten Leistungsteils

Auch nach Kündigung eines Werkvertrags wird die Schlussvergütung des Auftragnehmers grundsätzlich erst nach Abnahme der bis dahin vom Unternehmer erbrachten Leistungen fällig¹. Infrage gestellt wird dies für die Fälle, dass der Unternehmer deshalb kündigt, weil ihm vom Auftraggeber eine berechtigterweise verlangte Sicherheit (§ 648a Abs. 5 BGB a. F. bzw. § 650f Abs. 5 BGB n. F.) nicht gestellt wurde². Abnahme des erbrachten Leistungsteils kann wiederum dann verlangt werden, wenn dieser frei von wesentlichen Mängeln ist³. Auch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung kann die Abnahme ersetzt werden, also beispielsweise, wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 2 BGB in seiner seit 01.01.2018 geltenden Fassung gegeben sind.



Hinweis:

Verweigert der Auftraggeber/Besteller unter Angabe von Mängeln (mindestens einer) die Abnahme des bis zur Kündigung erbrachten Leistungsteils, kann der Auftragnehmer bei Bauverträgen, die ab 01.01.2018 abgeschlossen wurden, verlangen, dass der Besteller an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitwirkt (§ 650g BGB – Stand 2018).

¹ BGH, Urt. v. 11.05.2006, Az.: VII ZR 146/04, BauR 2006, 1294; OLG Celle, Urt. v. 06.02.2020, Az.: 8 U 133/19, IBR 2021, 409.

² OLG München, Urt. v. 29.02.2012, Az.: 27 U 3945/11 Bau, IBR 2013, 207 (im entschiedenen Fall waren allerdings die Leistungen vollständig erbracht, es standen lediglich noch Mängelbeseitigungsleistungen aus).

³ BGH, Urt. v. 19.12.2002, Az.: VII ZR 103/00, BauR 2003, 689.

Abnahmeklauseln

Im Hinblick auf ihre einschneidenden Wirkungen ist die Abnahme eine **Hauptpflicht** des Auftraggebers. Durch allgemeine Geschäftsbedingungen kann deshalb diese Pflicht zulasten des Auftragnehmers nur in sehr eingeschränktem Maß ausgeschlossen werden.

Vor allem Bauträger oder Generalunternehmer versuchen nicht selten, die ihren Nachunternehmern geschuldete Abnahme an die Übergabe des Gemeinschaftseigentums an die Erwerber oder an die Abnahme durch den Auftraggeber des Generalunternehmers zu binden. AGB-rechtlich ist dies nur in engen Grenzen wirksam möglich.

Als unwirksam wurde beispielsweise eine Klausel eingestuft, die die Abnahme aller Leistungen frühestens nach Bezugsfertigkeit der letzten Wohnung zulässt.⁴ Mit dieser Klausel hätte der Auftraggeber den Zeitpunkt der Abnahme völlig in der Hand. Vorbehalten wäre damit eine unbestimmte, jedenfalls aber unangemessen lange Frist. Unwirksam ist auch eine Klausel, wonach die vertragsgemäß fertiggestellte Leistung des Nachunternehmers dann als abgenommen gilt, wenn diese im Rahmen der Abnahme des Gesamtbauwerks durch den Auftraggeber des Hauptunternehmers abgenommen ist.⁵ Im Einzelfall zulässig sein dürfte hingegen eine Klausel, nach der die Abnahme vier bis sechs Wochen nach Fertigstellung der Unternehmerleistung hinausgeschoben wird.⁶

Unwirksame Klauseln

⁴ OLG München, Urt. v. 10.05.1979, Az.: 6 U 2633/78.

⁵ BGH, Urt. v. 17.11.1994, Az.: VII ZR 245/93, NJW 1995, 526.

⁶ BGH, Urt. v. 23.02.1989, Az.: VII ZR 89/87; BGH, Urt. v. 19.12.1985, Az.: VII ZR 267/84, BauR 1986, 202.

- OLG Köln* Als unwirksam hat das OLG Köln¹ eine Auftraggeberklausel angesehen, wonach die Abnahme der vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen an die Abnahme der Mieter (im entschiedenen Fall eines Fachmarktzentrams) gekoppelt wurde.
- OLG Koblenz* Unwirksam ist nach einer Entscheidung des OLG Koblenz² eine Klausel, wonach die Abnahme dann als erklärt gilt, wenn der Besteller die von ihm erworbenen Räume sechs Tage benutzt hat. Dies dann wohl auch in dem Fall, dass die Nutzung aus einer Zwangslage heraus aufgenommen wurde.
- Klauseln in Bauträgerverträgen* In Bauträgerverträgen vorformulierten Abnahmeklauseln wurde beispielsweise dann die Wirksamkeit versagt, wenn die Abnahme durch einen Sachverständigen ermöglicht werden soll, der durch den Bauträger selbst oder eine in seinem Lager stehende Person benannt und beauftragt wird³ oder die Abnahme durch den Verwalter unter Beiziehung eines Sachverständigen erfolgen soll⁴. Auch Versuchen, das Gemeinschaftseigentum durch den Verwalter und einen Abnahmeausschuss verbindlich für die Erwerber abnehmen zu lassen, wurde eine Absage erteilt⁵. Beispielklauseln sind z. B.:

„Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt über die einzelnen Käufer durch einen vereidigten

¹ OLG Köln, Beschl. v. 10.02.2016, Az.: 11 U 136/15, IBR 2016, 338.

² OLG Koblenz, Urt. v. 02.03.2017, Az.: 2 U 296/16, IBRRS 2017, 1396.

³ OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.04.2018, Az.: 12 U 197/16, IBRRS 2021, 130; BGH, Beschl. v. 02.12.2020, Az.: VII ZR 113/18 (NZB zurückgewiesen).

⁴ OLG München, Beschl. v. 09.04.2018, Az.: 13 U 4710/16, MittBayNot 2019, 31.

⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 11.09.2019, Az.: 5 U 128/16, ZWE 2020, 28.

Sachverständigen, den der Verkäufer auf seine Kosten beauftragt.“¹

„Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Vertragsparteien vom Verwalter der Wohnanlage abgenommen, frühestens aber, wenn mehr als 50 % aller Wohnungen verkauft sind.“²

„Die Vollmacht des mit der Erklärung der Abnahme beauftragten Sachverständigen ist unwiderruflich.“³

„Für das Gemeinschaftseigentum findet im Regelfall eine gesonderte Abnahme statt. Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt.“⁴

„Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Wohnungseigentümer durch einen vereidigten Sachverständigen abgenommen.“⁵

¹ OLG München, Beschl. v. 15.12.2008, Az.: 9 U 4149/08.

² LG Hamburg, Urt. v. 11.03.2010, Az.: 328 O 179/09.

³ OLG Koblenz, Urt. v. 17.10.2002, Az.: 5 U 263/02.

⁴ BGH, Beschl. v. 12.09.2013, Az.: VII ZR 308/12, NZM 2013, 738.

⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.04.2018, Az.: 8 U 19/14, IBRRS 2018, 2119; OLG Stuttgart, Urt. v. 31.03.2015, Az.: 10 U 46/14, IBR 29015, 3060.

„Der Verkäufer wird den Verwalter der Wohnanlage von der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums und der Außenanlagen verständigen und ihn zur Übernahme auffordern. Die Abnahme kann auch durch einen Bau fachmann erfolgen, den der Verwalter auf Kosten der Gemeinschaft bestimmt (...). Der Verkäufer bevollmäch tigt den in der Teilungserklärung bestellten Verwalter, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen; dieselbe Vollmacht wird dem durch diesen zu bestimmenden Baufachmann erteilt.“¹

„Die Abnahme der Anlagen und Bauteile, die im ge meinschaftlichen Eigentum aller Miteigentümer stehen (...), erfolgt für die Wohnungseigentümer (Erwerber) durch einen vom Verwalter zu beauftragenden vereidig ten Sachverständigen.“²

„Die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Ge bäudeteile und Anlagen werden unabhängig von vor stehender Ziffer 2.a) vom Verwalter unter Hinzuziehung eines vereidigten Sachverständigen unter Errichtung eines gemeinschaftlichen Protokolls übernommen und abgenommen. Der Verwalter wird hierzu vom Käufer beauftragt und bevollmächtigt; er ist hierbei von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“³

„Mit der Prüfung der Abnahmereife wird ein vom zu künftigen Verwalter noch zu benennender Sachverständ iger beauftragt. Die Erwerber sind zur Abnahme ver pflichtet, wenn der Sachverständige keine wesentlichen

¹ OLG München, Urt. v. 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16 Bau, IBR 2017, 2139.

² OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.04.2018, Az.: 8 U 19/14, IBRRS 2018, 2119.

³ OLG München, Urt. v. 24.04.2018, Az.: 28 U 3042/17 Bau, IBRRS 2018, 1728.

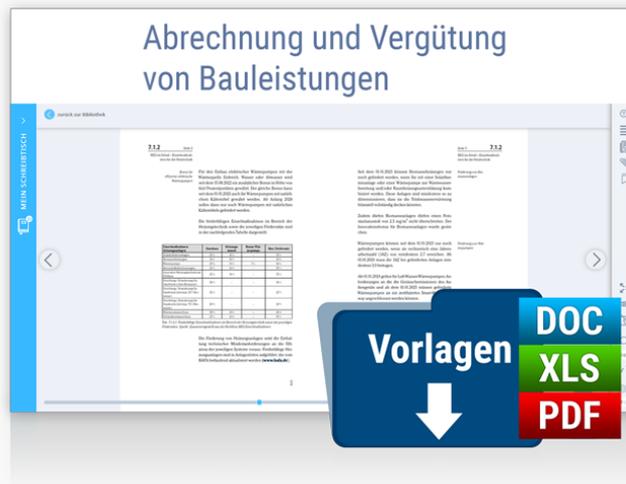
Mängel, die die Gebrauchsfähigkeit des Gemeinschaftseigentums beeinflussen, feststellt.“¹

„Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Wohnungseigentümer durch einen von der Wohnungseigentümerversammlung zu wählenden vereidigten Sachverständigen abgenommen.“²

¹ OLG Celle, Urt. v. 01.02.2023, Az.: 3 U 60/22, IBR 2023, 405.

² OLG Stuttgart, Urt. v. 06.06.2024, Az.: 13 U 419/19, IBR 2024, 460.

Bestelloptionen



Abrechnung und Vergütung von Bauleistungen

Sie haben Fragen zum Produkt oder benötigen Unterstützung bei der Bestellung? Unser Kundenservice ist für Sie da:

☎ 08233 / 381-123 (Mo - Do 7:30 - 17:00 Uhr, Fr 7:30 - 15:00 Uhr)

✉ service@forum-verlag.com

Oder bestellen Sie bequem über unseren Online-Shop:

[Jetzt bestellen](#)