



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/4f4c9487-d33a-35e9-93e6-42eaa7d10e36>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autoren	Dr. Maximilian R. Jahn / Niklas Roth
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 2001 - 2009 (Heft 12)
Verlag	Werner Verlag

Jahn, Roth, BauR 2023, 2001

§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. lebt weiter – die unberechtigte vorläufige Abnahmeverweigerung und ihre Folgen



von Dr. Maximilian R. Jahn und



Niklas Roth, Frankfurt am Main

A. Problemaufriss

Bislang ist durch die Rechtsprechung nicht geklärt, welche Rechtsfolgen mit einer vorläufigen unberechtigten Abnahmeverweigerung, z.B. wegen unwesentlicher Mängel, verbunden sind: Treten dann – wie nach früherer Rechtsprechung – die Abnahmefolgen ein, eben weil der Besteller nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB (weiterhin) nicht zur Verweigerung wegen nur unwesentlicher Mängel berechtigt ist?

Durch das neue Bauvertragsrecht¹ wurde § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. aufgehoben und § 640 Abs. 2 BGB in seiner jetzigen Fassung neu eingeführt.

Mit der Einführung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. hatte der Gesetzgeber seinerzeit Rechtsprechung kodifiziert, die in der unberechtigten Abnahmeverweigerung einen Verstoß gegen Treu und Glauben gesehen und die Wirkungen der Abnahme mit unberechtigter Abnahmeverweigerung als eingetreten angesehen hat.²

Voraussetzung für die fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. war die Abnahmepflicht, also der objektive Zustand des Werkes. Der Unternehmer musste, um die fiktive Abnahme herbeizuführen, das Werk vertragsgemäß ohne wesentliche Mängel hergestellt haben. Ob dies der Fall war, wurde möglicherweise erst Jahre später in Gerichtsprozessen geklärt, wobei der Unternehmer die Beweislast für die Abnahmefähigkeit des Werkes zu tragen hatte.³ Der Gesetzgeber erachtete daher die im Jahr 2000 eingefügte fiktive Abnahme als unzureichend, da das Ziel, das Abnahmeverfahren zu beschleunigen, in der Praxis aufgrund von Rechtsunsicherheiten Schwächen gezeigt habe.⁴

§ 640 Abs. 2 BGB unterscheidet sich deshalb von § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. maßgeblich.

Denn die neue fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB rückt das Verhalten des Bestellers in den Vordergrund. Die fiktive Abnahme setzt nunmehr voraus, dass der Besteller schweigt oder zumindest nicht in konkret begründeter Weise unter Angabe mindestens eines Mangels die Abnahme verweigert. Nach der alten Fassung kam es darauf nicht an, wenn objektiv eine Abnahmepflicht vorlag.⁵

B. Abnahmeverweigerung nach Abnahmeverlangen

Im Ausgangspunkt statuiert § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB die Pflicht des Bestellers, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen.

Nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Besteller die Abnahme nur wegen wesentlicher Mängel verweigern.

Ein wesentlicher Mangel liegt vor, wenn der Mangel nach seiner Art, seinem Umfang und seinen Auswirkungen so schwerwiegend ist, dass es dem Auftraggeber unter Beachtung objektiver Gesichtspunkte im Verhältnis zu dem nach dem Vertragszweck vorausgesetzten Gebrauch und dem geschuldeten Erfolg nicht zugemutet werden kann, im Ergebnis auf Mängelansprüche verwiesen zu werden.⁶

Insbesondere der Gebrauchsfähigkeit kommt eine besondere Bedeutung zu. Dabei können auch subjektive Vorstellungen der Vertragspartner über die Bedeutung bestimmter Einzelheiten bei der Ausführung der Arbeiten eine Rolle spielen, wenn diese Vorstellungen hinreichend zum Ausdruck gekommen sind.⁷

Entscheidend ist, ob es dem Besteller unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien zugemutet werden kann, die angebotene Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung des Vertrages anzusehen. Anhaltspunkte für die Abwägung können Art und Umfang des Mangels, Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung, Höhe der Mangelbeseitigungskosten, Unverhältnismäßigkeit des Mangelbeseitigungsaufwandes sowie der Grad eines etwaigen Verschuldens des Auftragnehmers sein. Liegen mehrere Mängel vor, die jeweils für sich betrachtet nicht schwerwiegend sind, kann sich aber aus der Summe der Mängel ergeben, dass der Auftraggeber nicht mehr verpflichtet ist, die Leistung abzunehmen.⁸ Derselbe Mangel kann wesentlich oder auch unwesentlich sein, je nachdem, wie groß ein Bauvorhaben ist bzw. aus wessen Perspektive es zu beurteilen ist.⁹

I. Voraussetzungen der Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB

Gem. § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt ein Werk allerdings 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.

§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB setzt also denknotwendig voraus, dass keine rechtsgeschäftliche Abnahme vorliegt.

1. Fertigstellung

Das Werk muss fertiggestellt sein. Hierfür ist es nötig, aber auch ausreichend, dass die Leistung vollständig abgeschlossen ist. Das bedeutet, dass das Werk ausschließlich quantitativ zu beurteilen ist. Die geschuldeten Teilleistungen müssen allesamt erbracht sein. Auf das Vorliegen wesentlicher oder unwesentlicher Mängel kommt es bei der fiktiven Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB nicht an.¹⁰ Die Darlegungs- und Beweislast für die erreichte Fertigstellung der Bau- und Werkleistungen liegt beim Auftragnehmer.¹¹

2. Abnahmeaufforderung unter Setzung einer angemessenen Frist

Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber weiterhin eine angemessene Frist zur Abnahme setzen.

Einen Anhaltspunkt kann dabei die Frist des § 12 Abs. 1 VOB/B liefern. Eine unangemessen kurze Frist ist nicht unwirksam, sondern wird durch eine angemessene Frist ersetzt.¹²

3. Keine Angabe eines Mangels innerhalb der Frist

Schließlich darf der Besteller die Abnahme nicht innerhalb der gesetzten Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigern. Maßgebend ist der Zugang einer entsprechenden Erklärung beim Unternehmer.¹³

Die Abnahmeverweigerung muss durch den Auftraggeber erklärt werden. Die Erklärung ist eine empfangsbedürftige, formfreie Erklärung, die sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen kann und aus der hinreichend deutlich hervorgehen muss, dass der Auftraggeber die Abnahme (derzeit) wegen Mangelhaftigkeit des Werks ablehnt.¹⁴

An den benannten Mangel sind keine allzu großen Anforderungen zu stellen. Es soll ausdrücklich nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln unterschieden werden, da die Unterscheidung im Einzelfall schwierig sein kann und dadurch möglicherweise erst im gerichtlichen Verfahren die richtige Beurteilung vorgenommen werden könnte.¹⁵

Der Besteller muss weder den konkreten Mangel selbst, geschweige denn seine Ursachen benennen. Es genügt, dass der Besteller die Mangel(begleit-)erscheinungen bzw. die Auswirkungen des Mangels benennt (sog. Symptomtheorie des BGH).¹⁶

Wenn der Besteller nun aber doch die Abnahme innerhalb der Frist unter Angabe eines Mangels verweigert, so kommen grundsätzlich verschiedene Arten der Abnahmeverweigerung in Betracht.

Anders als bei einer vorläufigen berechtigten Abnahmeverweigerung, geht im Falle einer ernsthaften und endgültigen Abnahmeverweigerung, das Vertragsverhältnis nach der Rechtsprechung in ein Abrechnungsverhältnis über.¹⁷

Bislang ungeklärt ist die Frage, ob die Abnahmewirkungen auch bei einer vorläufigen, aber unberechtigten Verweigerung der Abnahme eintreten.

Mit der vorläufigen, aber unberechtigten Abnahmeverweigerung sind solche Fälle gemeint, in denen der Besteller aufgrund eines von ihm gerügten Mangels die Abnahme verweigert, wobei sich im Nachhinein ergibt, dass die Verweigerung der Abnahme unberechtigt erfolgte (und keine Abnahmefiktion greift).

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bislang erstaunlicherweise noch nicht auseinandersetzen müssen. In der Literatur haben sich hingegen unterschiedliche Meinungen herauskristallisiert.

4. Meinungsstand zur unberechtigten Abnahmeverweigerung

a) Kein Eintritt der Abnahmewirkungen, aber Schuldnerverzug

Teilweise wird vertreten, dass bei einer unberechtigten, aber nur vorläufig erklärten Abnahmeverweigerung keine Abnahmewirkungen eintreten.¹⁸ So wird argumentiert, dass ansonsten in jeder vorläufigen, unberechtigten Abnahmeverweigerung letztlich eine gegen den ausdrücklichen Willen des Auftraggebers fingierte Abnahme läge, die aber weder das Gesetz noch die VOB/B kennen.¹⁹

Der Auftraggeber komme durch eine unberechtigte vorläufige Abnahmeverweigerung (lediglich) in Verzug der Annahme,²⁰ weshalb bspw. die Haftung des Auftragnehmers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werde und der Auftraggeber dem Auftragnehmer Mehraufwendungen, die aufgrund des Verzuges entstanden sind, zu erstatten habe.²¹

Darüber hinaus gerate der Auftraggeber auch in Schuldnerverzug, wenn er seiner Hauptpflicht zur Abnahme des Werkes schuldhaft nicht nachkomme, sodass der Auftragnehmer gem. § 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 286 BGB Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen könne.²² Einer Mahnung bedürfe es nicht, da die Aufforderung zur Abnahme ein Ereignis i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB darstelle.²³

Im Ergebnis gerät der Auftraggeber nach dieser Ansicht durch die vorläufige, unberechtigte Abnahmeverweigerung also lediglich in Gläubiger- und Schuldnerverzug. Im Übrigen wird der Auftragnehmer auf die Vergütungsklage unter inzidenter Prüfung der Abnahmefähigkeit des Werkes sowie auf die Möglichkeit der Klage auf Abnahmeerklärung verwiesen.²⁴

Zusätzlich werden vereinzelt auch vollstreckungsrechtliche Bedenken gegen den Eintritt der Abnahmewirkungen vorgebracht. So gelte nach § 894 Satz 1 ZPO die Erklärung, zu deren Abgabe der Schuldner verurteilt worden ist, erst als abgegeben, wenn das Urteil Rechtskraft erlange. Bis zur Rechtskraft gelte die (Abnahme-)Erklärung somit als nicht abgegeben. Folglich könnten vorher auch die zwingend an diese Erklärung gekoppelten Abnahmewirkungen nicht eintreten, da dadurch der vollstreckungsrechtliche Mechanismus vollständig umgangen werden würde, wenn bereits mit Abnahmeverweigerung alle Abnahmewirkungen eintreten würden.²⁵

b) Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB tritt bei Mitteilung nur unwesentlicher Mängel ein

Weiterhin wird unter Verweis auf die bereits beschriebenen Änderungen der Voraussetzungen der Abnahmefiktion im Vergleich zu § 640 Abs. 1 Satz 3 a.F. eine andere Lesart des § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB gefordert.²⁶ Es sei ein Wertungswiderspruch, wenn der Besteller im Vergleich zu dem alten § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB nun durch einen schlichten Verweis auf einen bestehenden unwesentlichen Mangel reagieren könne, ohne dass es zum Eintritt der Abnahmewirkungen komme. Dem Gesetzgeber sei es bei der Einführung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. darum gegangen, die Abnahmefiktion nur bei wesentlichen Mängeln nicht eintreten zu lassen.²⁷ Deswegen sei auch § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. so zu lesen, dass der Besteller den Eintritt der Abnahmefiktion nur dann verhindern könne, wenn er die Abnahme wegen eines wesentlichen Mangels verweigere.²⁸ Offen bleibt aber, welche Folgen eine an diesen Maßstäben gemessene unberechtigte, vorläufige Abnahmeverweigerung haben soll.

c) Eintritt der Abnahmewirkungen

Andere Stimmen in der Literatur bejahen – wenn auch mit unterschiedlicher Herleitung – den Eintritt der Abnahmefolgen bei einer vorläufigen, unberechtigten Abnahmeverweigerung.

Nach einer Ansicht ist der Besteller aufgrund seines vertragswidrigen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in entsprechender Anwendung §§ 162 Abs. 1, 242 BGB so zu behandeln, als ob die Abnahmewirkungen eingetreten seien, da er die Abnahme als Bedingung für den Eintritt der Abnahmewirkungen (treuwidrig) verhindere.²⁹

Andere Stimmen wiederum wollen die Abnahmewirkungen über die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs nach §§ 286, 249 BGB herbeiführen, indem der Unternehmer aufgrund der pflichtwidrigen vorläufigen Abnahmeverweigerung auf der Rechtsfolgenseite so zu stellen sei, als habe er die Abnahme erklärt.³⁰

All diesen Erwägungen liegt letztlich der Gedanke zugrunde, dass der Besteller aus seinem vertragswidrigen Verhalten keine Vorteile im Hinblick auf die Fälligkeit der Vergütung, den Beginn der Mängelverjährung und den Gefahrübergang ziehen solle,³¹ sondern ab dem Zeitpunkt der unberechtigten Abnahmeverweigerung so zu behandeln sei, als habe er die Abnahme erklärt.

Das bedeutet, dass im Zeitpunkt der vorläufigen, unberechtigten Abnahmeverweigerung das vertragliche Erfüllungsstadium endet, der Vergütungsanspruch des Unternehmers fällig wird, die Leistungs- und Vergütungsgefahr auf den Besteller übergehen, es zu einer Umkehr der Beweislast kommt und die Verjährungsfristen zu laufen beginnen.

5. Stellungnahme

Die zweite Meinung steht im Widerspruch zum Wortlaut von § 640 Abs. 2 BGB als auch zur Gesetzesbegründung; systematisch werden die Probleme einer vorläufigen unberechtigten Abnahmeverweigerung auch nicht beseitigt, weil der Besteller nun ebenfalls „nur“ einen wesentlichen Mangel mitteilen muss, um die Fiktion zu beseitigen. Die Frage, ob die Abnahmewirkung auch dann eintritt, wenn objektiv nur unwesentliche Mängel vorliegen, wird nicht beantwortet. Diese Meinung bleibt daher im Weiteren unberücksichtigt.

Damit stehen sich im Wesentlichen zwei konträre Meinungen gegenüber. Während die zuletzt genannte Auffassung alle Abnahmewirkungen mit dem Zeitpunkt der zu Unrecht verweigerten Abnahme als eingetreten ansieht, wird der Auftragnehmer von der zuvorderst genannten Auffassung vollumfänglich auf die Sekundärebene bzw. auf die Vergütungsklage verwiesen.

a) Historische Auslegung

Ausgangspunkt der historischen Auslegung ist die Rechtsprechung, deren Rechtsgedanke mit Einführung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. kodifiziert wurde.

aa) Rechtsprechung des BGH

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bereits lange anerkannt, dass bei grundloser Verweigerung der Erfüllung des Werkvertrages durch den Besteller der Unternehmer schon vor Fertigstellung und Abnahme des Werkes Bezahlung des Werklohnes verlangen kann.³²

„Es ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass der Unternehmer Bezahlung des Werklohns schon dann vor Fertigstellung und Abnahme des Werks verlangen kann, wenn der Besteller die Erfüllung des Vertrages grundlos ablehnt. Das folgt aus den auch hier zu beachtenden Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Es kann nämlich weder hingenommen werden, dass eine Vertragspartei durch willkürliche Lossagung vom Vertrag sich wirksam ihrer vereinbarten Leistungspflicht entzieht, noch kann es der Gegenseite zugemutet werden, zur Durchsetzung ihres Zahlungsanspruchs zunächst noch weitere Leistungen zu erbringen, von denen von vornherein feststeht, dass sie zurückgewiesen werden und daher sinnlos sind.“³³

Soweit von den Vertretern der den Eintritt der Abnahmewirkungen ablehnenden Auffassung ins Feld geführt wird, dass sich diese Entscheidung allein auf die Frage der Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Unternehmers bei

verweigerter Abnahmeerklärung des Bestellers beziehe und sich nicht zu dem Eintritt sämtlicher Abnahmewirkungen äußere,³⁴ so wird dabei außer Acht gelassen, dass sich der BGH in der angeführten Entscheidung auch lediglich mit dem Werklohnanspruch auseinandersetzen musste.

Im Gegenteil: Es ist nicht ersichtlich, warum für den Eintritt der übrigen Abnahmewirkungen anderes gelten oder gar der Eintritt mancher Abnahmewirkungen an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft werden sollte. Dies würde zu erheblichen rechtlichen Unsicherheiten führen. Hinzu kommt, dass der BGH in seinem Urteil vom 15.05.1990³⁵ auch dem Wortlaut nach nicht zwischen und einer endgültig grundlosen einer vorläufig grundlosen Verweigerung des Bestellers unterscheidet.

Der den Eintritt der Abnahmewirkungen ablehnenden Auffassung ist zwar zuzugeben, dass der BGH in der zitierten Rechtsprechung auf den ersten Blick nur zu einer grundlosen Verweigerung der Erfüllung Stellung bezieht, die gleichzeitig auch die Voraussetzungen des § 242 BGB erfüllt und somit eine treuwidrige Verweigerung der Abnahme darstellt. Auf den zweiten Blick spricht aber weitaus mehr dafür, dass sich die vom BGH beschriebenen Folgen der grundlosen Ablehnung der Vertragserfüllung eben nicht auf den Fall eines treuwidrigen Verhaltens des Bestellers beschränken sollen, sondern vielmehr aus dem Rechtsgedanken des § 242 BGB generell abgeleitet wird, dass eine grundlose Verweigerung der Vertragserfüllung die Fälligkeit des Werklohns zur Folge hat.

Zu den vertraglichen Erfüllungspflichten des Bestellers gehört eben auch – und das ist ausnahmsweise unstrittig – die Abnahme des Werkes.

Somit lässt sich schon aus vorgenannter Entscheidung des BGH folgern, dass eine grundlose Abnahmeverweigerung generell – unabhängig davon, ob sie zudem endgültig oder möglicherweise treuwidrig erfolgte – die Fälligkeit des Werklohns zur Folge hat. Eine Beschränkung auf den Eintritt nur dieser einen Abnahmewirkung lässt sich darüber hinaus aus der Entscheidung des BGH nicht ableiten.

bb) Gesetzesbegründung

Systematisch spricht die Streichung von § 640 Abs. 1. Satz 3 BGB a.F. bei gleichzeitiger Einführung von § 640 Abs. 2 BGB zunächst gegen den Willen des Gesetzgebers, dass die Rechtsprechung zu § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. „fortlebt“. Durch § 640 Abs. 2 BGB ist aber eine fiktive Abnahme im Rahmen von § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht ausgeschlossen, weil diese nur den Fall regelt, dass der Besteller überhaupt keine Erklärung abgibt, nicht aber, dass der Besteller eine Erklärung abgibt, mit der er gegen seine Pflicht aus § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt. § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB – und hierzu ist diese Rechtsprechung ergangen – besteht unverändert fort. Eine ausdrückliche Einschränkung der vorherigen Rechtsprechung lässt sich der Gesetzesbegründung ebenfalls nicht entnehmen. Letztlich hätte neben § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB auch § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB gestrichen werden müssen, um einen eindeutigen Willen des Gesetzgebers dahingehend anzunehmen. Dies gilt umso mehr als es im

Gegenteil in der Gesetzesbegründung des neuen Bauvertragsrechts³⁶ durchaus gewichtige Anhaltspunkte dafür gibt, dass einem Eintritt sämtlicher Abnahmewirkungen bei einer vorläufigen unberechtigten Abnahmeverweigerung nichts entgegensteht. Hier hat der Gesetzgeber neben den bereits erwähnten und von ihm identifizierten praktischen Schwächen des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. ausdrücklich festgehalten:

„Die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme soll erhalten bleiben, da sie ein wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei unberechtigter Abnahmeverweigerung des Bestellers darstellt. Sie soll allerdings effektiver ausgestaltet werden und dabei die Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht verteilen.“³⁷

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber der Möglichkeit einer fiktiven Abnahme eine hohe Bedeutung beimisst. Anders als die Stimmen, die den Eintritt der Abnahmewirkungen verneinen, wird in der Gesetzesbegründung gerade deutlich, dass die fingierte Abnahme bei unberechtigter vorläufiger Abnahmeverweigerung sehr wohl bedacht wurde und dem Gesetz deshalb auch nicht fremd sein kann. Dass hierbei allein § 640 Abs. 2 BGB angesprochen wird, ist nicht ersichtlich, schließlich kann § 640 Abs. 2 BGB auch eine Abnahmefiktion über § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. der Rechtsprechung durchaus ergänzen.

Auch wenn in der Gesetzesbegründung weiterhin davon die Rede ist, dass eine „missbräuchliche Verweigerung der Abnahme weitestgehend ausgeschlossen werden“³⁸ soll, so spricht dies eher für die Fortgeltung der Rechtsprechung zu § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein Rückschluss darauf, dass der Eintritt der Abnahmewirkungen bei einer vorläufigen unberechtigten Abnahmeverweigerung auf den Fall einer missbräuchlichen Verweigerung beschränkt sein soll, ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Wenn der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung davon spricht, dass die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme ein wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei unberechtigter Abnahmeverweigerung darstellt, so ist dieser Formulierung keine Intention der Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Formen einer unberechtigten Abnahmeverweigerung zu entnehmen. Der Begriff der „unberechtigten Abnahmeverweigerung“ umfasst daher zwangsläufig auch den Fall einer vorläufigen unberechtigten Abnahmeverweigerung und zwar unabhängig davon, ob diese treuwidrig erfolgte oder nicht.

b) Teleologische Auslegung/Interessenabwägung

Weiterhin ist bei Abwägung der beiderseitigen Interessen zu beachten, dass das Risiko des Auftraggebers überschaubar ist, während der Auftragnehmer bei einem Nichteintritt der Abnahmewirkungen, insbesondere im Hinblick auf die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs und den Beginn der Verjährungsfristen, deutlich gravierendere Nachteile hinnehmen müsste. Für den Auftragnehmer stellt vor diesem Hintergrund der von der Gegenauffassung angeführte Verweis auf Sekundäransprüche keinen angemessenen Ausgleich für die zu Unrecht verweigerte Hauptleistungspflicht dar.

Die Auffassung, die den Eintritt der Abnahmewirkungen verneint, verkennt zudem, dass der Unternehmer der unberechtigten Nichtabnahme des Bestellers schutzlos gegenüberstehen würde, da dieser selbst bei einem treuwidrigen Verweigern der Abnahme erst einmal nichts zu befürchten hätte. Denn ein treuwidriges Verhalten im Einzelfall nachzuweisen, kann einen für den Unternehmer nicht unerheblichen Aufwand darstellen.³⁹ Der Unternehmer wäre also wieder auf einen möglicherweise langen Gerichtsprozess samt Klärung von womöglich umfangreichen Beweisfragen zur Qualität der Mängel zu verweisen.

Dies kann gerade vor dem Hintergrund nicht gewollt sein, dass der Gesetzgeber § 640 Abs. 2 BGB n.F. u.a. deshalb eingeführt hat, weil – wie bereits eingangs erwähnt – nach seiner Ansicht die im Jahr 2000 eingeführte fiktive Abnahme in der Praxis das Ziel der Beschleunigung des Abnahmeverfahrens verfehlte.

Würde man den Unternehmer nun doch wieder auf langwierige Gerichtsprozesse verweisen, wäre die Einführung des § 640 Abs. 2 BGB n.F. schlicht überflüssig gewesen. Es wäre inkonsequent und in hohem Maße nachteilig für den Unternehmer, wenn die Abnahmewirkungen erst nach positiver Entscheidung etwa über eine Klage auf Abnahmeerklärung eintreten würden.

Eine Beschleunigung des Abnahmeverfahrens kann im Ergebnis effektiv nur dann erreicht werden, wenn die unberechtigte vorläufige Abnahmeverweigerung den Eintritt der Abnahmewirkungen im Zeitpunkt der vertragswidrigen Nichtabnahme zur Folge hat. Dies würde auch den Besteller motivieren, sich mit dem Zustand des Werkes umgehend und möglichst intensiv auseinanderzusetzen und nicht durch eine vorläufige unberechtigte Abnahmeverweigerung in dem Wissen auf Zeit zu spielen, dass die Abnahmewirkungen ohnehin noch nicht eingetreten sind. Die Parteien würden sich also – von den Fällen abgesehen, wo eine Partei „total daneben“ liegt – nur in echten Grenzfällen „streiten“. Jedenfalls ist aber die Möglichkeit einer „risikofreien“ Abnahmeverweigerung vom Tisch.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass der Besteller zwar nach § 640 Abs. 2 BGB n.F. Mängel angeben muss und ein schlichtes Verweigern der Abnahme nicht mehr ausreichend ist, eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln dabei aber nicht vorgenommen wird. Dies wird damit begründet, dass diese Unterscheidung im Einzelfall schwierig sei und oftmals nur oder erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt werden könne.⁴⁰

Der Gesetzgeber begünstigt den Besteller durch § 640 Abs. 2 BGB n.F. also bereits dadurch erheblich, dass er es ihm ermöglicht, den Eintritt der Abnahmewirkungen zunächst bereits dadurch zu verhindern, dass er einen nur vermeintlich bestehenden, tatsächlich gar nicht existenten oder gar unwesentlichen Mangel rügt. Es ist dann nur konsequent, dass sich der Besteller, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Abnahmeverweigerung unberechtigt erfolgte, so behandeln lassen muss, als wären die Abnahmewirkungen im Zeitpunkt der zu Unrecht erfolgten Verweigerung eingetreten.

Deswegen darf es im Ergebnis auch keine Rolle spielen, ob die vorläufige Abnahmeverweigerung treuwidrig war oder nicht. Für den Unternehmer würde es eine nicht hinnehmbare Benachteiligung darstellen, wenn ausgerechnet

bei der Frage nach dem Eintritt der Abnahmewirkungen bei einer unberechtigten vorläufigen Abnahmeverweigerung zusätzlich zwischen einer treuwidrigen und einer nicht treuwidrigen Abnahmeverweigerung unterschieden würde. Zum einen kann die Frage, ob die Verweigerung der Abnahme treuwidrig war – wie bereits dargestellt – meist erst in möglicherweise langen Gerichtsprozessen geklärt werden. Zum anderen ist es aus den vorgenannten Gründen nicht gerechtfertigt, die Schutzbedürftigkeit des Unternehmers erst dann beginnen zu lassen, wenn sich der Besteller treuwidrig verhält. Dem Unternehmer dürfte es nämlich gleichgültig sein, welche Gesinnung der Abnahmeverweigerung zugrunde liegt. Er hat schließlich einen Anspruch darauf, dass der Besteller seine vertragliche Hauptpflicht erfüllt.

Schließlich wohnt der neuen Regelung des § 640 Abs. 2 BGB auch ein erhebliches Missbrauchspotenzial inne. Im Rahmen des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. (jetzt also im Rahmen von § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB) trat die Abnahmewirkung ein, wenn das Werk im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens objektiv keine wesentlichen Mängel aufwies, die vom Besteller geltend gemachten Mängel also unwesentlich waren und deshalb die Abnahmeverweigerung nicht rechters war. Ein „Nachschieben“ von Mängeln ist nur unter objektiven Gesichtspunkten und dies wohl auch nur eingeschränkt möglich. Wird die Abnahme unter Angabe unwesentlicher Mängel verweigert, liegen objektiv aber wesentliche Mängel vor, so tritt die Abnahmefiktion nicht ein. Hier stellt sich die Frage, wie lang der Besteller sich auf einen unbekanntem wesentlichen Mangel noch berufen kann. Macht er diesen erst mehr als 5 Jahre nach seiner subjektiv unberechtigten, objektiv aber berechtigten Abnahmeverweigerung geltend, so bleibt es dabei, dass er nicht einseitig in der Lage ist, die Abnahmefiktion zu zerstören, sondern er muss objektiv „richtig liegen“. Zudem fragt sich, so auch bspw. bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums, ob der Besteller keinen zeitlichen Beschränkungen unterliegt, wie z.B. aufgrund der Verjährung des Erfüllungsanspruchs⁴¹, aufgrund der Verjährungshöchstfrist in § 199 Abs. 4 BGB⁴² oder aufgrund Treu und Glauben.⁴³

Im Rahmen von § 640 Abs. 2 BGB verhält sich das anders, weshalb sich aus prozessualer Sicht die Frage stellt, wie lange es dem Besteller möglich ist, Mängel „nachzuschieben“. Dem Besteller bietet sich nämlich – wie bereits dargelegt – die Möglichkeit, den Eintritt der Abnahmewirkungen zunächst bereits dadurch zu verhindern, dass er einen nur vermeintlich bestehenden, tatsächlich gar nicht existenten oder gar unwesentlichen Mangel rügt.

Das bedeutet, dass es der Besteller theoretisch in der Hand hat, den Eintritt der Abnahmewirkungen auch prozessual in die Länge zu ziehen, indem er, sollte sich die fehlende Berechtigung der Abnahmeverweigerung abzeichnen, weitere Mängel geltend macht und auf diese Weise erneut den Eintritt der Abnahmefiktion verhindert.

Denn weitere Mängel, die der Besteller zunächst nicht angegeben hat, können nach dem Willen des Gesetzgebers bei der anschließenden Bewertung der Abnahmereife gleichwohl berücksichtigt werden.⁴⁴

Der Unternehmer ist zudem berechtigt, den Besteller erneut unter Fristsetzung zur Abnahme aufzufordern, falls die Abnahmefiktion beim ersten Versuch nicht eingetreten ist.⁴⁵ Der Besteller kann den Eintritt der Abnahmefiktion durch die erneute Aufforderung (nur) verhindern, indem er (wieder) die Abnahme ordnungsgemäß innerhalb der angemessenen Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert. Dies kann unter Angabe desselben oder eines neuen Mangels geschehen.⁴⁶

Der Unternehmer läuft bei § 640 Abs. 2 BGB also Gefahr, dass der Besteller durch das „Nachschieben“ von Mängeln in einer „Endlosschleife“ den Eintritt der Abnahmewirkungen verhindert.

Sofern gegen den Eintritt der Abnahmefiktion nach vorläufiger unberechtigter Abnahmeverweigerung zusätzlich vollstreckungsrechtliche Bedenken im Rahmen des § 894 Satz 1 ZPO vorgebracht werden,⁴⁷ so sind diese im Ergebnis nicht überzeugend. Zwar ist es zutreffend, dass die vollstreckungsrechtlichen Mechanismen durch die Annahme einer Abnahmefiktion mit Abnahmeverweigerung letztlich „umgangen“ werden oder zumindest nicht eingehalten werden würden, jedoch ist dies ein generelles „Problem“ des Eintritts der Abnahmewirkungen durch eine Abnahmefiktion und nicht auf den Fall der vorläufig unberechtigten Abnahmeverweigerung beschränkbar. Dass der Gesetzgeber aber die Möglichkeit einer Abnahmefiktion als wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen erachtet, wurde bereits dargestellt. Ein vollstreckungsrechtliches Problem scheint der Gesetzgeber hier auch nicht gesehen zu haben. Des Weiteren scheinen die vollstreckungsrechtlichen Bedenken nicht für den Fall einer treuwidrigen vorläufigen Abnahmeverweigerung zu gelten, da in diesem Fall auch die den Eintritt der Abnahmewirkungen grundsätzlich verneinende Meinung für den Eintritt der Abnahmewirkungen plädiert. Dies erscheint inkonsequent, da dadurch der vollstreckungsrechtliche Mechanismus ebenso umgangen wird. Damit ist der letztgenannten Auffassung der Vorzug zu geben.

II. Vertragliche Gestaltung

Im Rahmen der Vertragsgestaltung für den Unternehmer ist mit Blick auf Abweichungen vom gesetzlichen Wortlaut Vorsicht geboten, weil sonst schnell ein Verstoß gegen § 640 Abs. 2 BGB vorliegen kann, wie das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 28.10.2020⁴⁸ zeigt: Hier hatte das OLG Frankfurt am Main über diverse Klauseln zu entscheiden, die ein Fertighaushersteller gegenüber einem Verbraucher verwendet hatte, u.a. folgende:

„Als abgenommen gilt das Werk auch, wenn der AN nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der AG die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe wesentlicher Mängel verweigert hat.“

Das OLG bejahte einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 640 Abs. 2 Satz 1, 2 BGB i.V.m. § 650o BGB sowie gegen § 308 Nr. 5 BGB. Es stützte sich dabei zunächst zutreffend darauf, dass die Regelung nicht auf das Vorliegen eines wesentlichen Mangels, sondern mehrerer wesentlicher Mängel abhebt (Rdnr. 95). Sodann kam das OLG am Maßstab von § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB (Rdnr. 96) sowie – daraus abgeleitet – von § 650o BGB (Rdnr. 97) auch deshalb zur Unwirksamkeit, weil § 640 Abs. 2 BGB bekanntlich bereits nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln differenziert und gerade dem Verbraucher eine solche Differenzierung auch nicht zumutbar ist.

Allerdings: mit obigem Ergebnis ist klar: eine vom Unternehmer gestellte Vertragsklausel, die den Wortlaut von § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. eins zu eins wiederholt, kann nicht unwirksam sein:

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

Schließlich gibt eine solche Klausel nur wieder, was gesetzlich wegen § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB – siehe oben – sowieso gilt. Sie hält damit unproblematisch der AGB-Inhaltskontrolle stand.

In Klauseln des Auftraggebers lässt sich zudem weder § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB noch die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen bei einer unberechtigten Abnahmeverweigerung – siehe oben – abbedingen. Denn diese gehören, da die Abnahme Hauptleistungspflicht ist, fraglos zum gesetzlichen Leitbild.

C. Fazit

Der Auffassung, die den Eintritt der Abnahmewirkungen bei vorläufiger unberechtigter Abnahmeverweigerung bejaht, ist zuzustimmen. Nur sie trägt der Abnahmepflicht in ihrer Eigenschaft als echte vertragliche Hauptleistungspflicht vollumfänglich Rechnung.

Der Besteller kommt im Falle einer unberechtigten Abnahmeverweigerung seiner Abnahmepflicht als vertraglicher Hauptleistungspflicht nicht nach und soll für dieses vertragswidrige Verhalten nicht auch noch durch einen späteren Eintritt der Abnahmefolgen belohnt werden. Der Unternehmer würde andernfalls für eine vertragliche Pflichtverletzung seines Vertragspartners „bestraft“. Das kann nicht richtig sein.

Sofern gegen den Eintritt der Abnahmewirkungen eingewendet wird, dass in jeder vorläufigen, unberechtigten Abnahmeverweigerung letztlich eine gegen den ausdrücklichen Willen des Bestellers fingierte Abnahme läge, die aber weder das Gesetz noch die VOB/B kenne, so wird dabei außer Acht gelassen, dass der ausdrückliche Wille des Bestellers in einem solchen Fall nicht schutzwürdig ist, weshalb auch nichts gegen eine fingierte Abnahme spricht. Schließlich erfolgte die Abnahmeverweigerung doch gerade – ob nun absichtlich oder irrtümlich – zu Unrecht. Es ist im Gegenteil nicht ersichtlich, welche unrechtmäßigen Nachteile dem Auftraggeber dadurch entstehen sollen.

Nach hier vertretener Auffassung muss also bei der Frage nach den Folgen einer vorläufigen, unberechtigten Abnahmeverweigerung zu den Wertungen der Rechtsprechung, die der Einführung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. zugrunde lag, zurückgekehrt werden, mit dem Ergebnis, dass § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. trotz Einführung des § 640 Abs. 2 BGB n.F. „weiter lebt“; eine entsprechende (deklaratorische) Vertragsgestaltung ist wirksam.

Die unberechtigte vorläufige Abnahmeverweigerung führt zum Eintritt sämtlicher Abnahmewirkungen.

- * Rechtsanwälte, Jahn Hettler Rechtsanwälte PartG mbB.
- 1 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren v. 28.04.2017.
 - 2 BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88; BGH, Urt. v. 18.12.1980 – VII ZR 43/80; BGH, Urt. v. 16.05.1968 – VII ZR 40/66.
 - 3 BeckOGK/Kögl, 01.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 109; MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 26.
 - 4 BeckOGK/Kögl, 01.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 109, BeckOK BauvertrR/Hummel/Preussner, 20. Ed. 31.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 6 f.
 - 5 BeckOGK/Kögl, 01.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 109, BeckOK BauvertrR/Hummel/Preussner, 20. Ed. 31.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 6 f.
 - 6 BGH, Urt. v. 15.06.2000 – VII ZR 30/99.
 - 7 BGH, Urt. v. 26.02.1981 – VII ZR 287/79; BGH, Urt. v. 30.04.1992 – VII ZR 185/90.
 - 8 Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 12 Rdnr. 216 ff.; Leupertz/von Wietersheim, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B – Kommentar, 22. Aufl. 2023, § 12 VOB/B, Rdnr. 4.
 - 9 Eufinger/Jahn, NZBau 2020, 417.
 - 10 Pause/Vogel, in: Kniffka/Jurgleit, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 29.05.2023, § 640 Rdnr. 73; BeckOGK/Kögl, 01.04.2023, BGB § 640 Rdnr. 148.
 - 11 Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rdnr. 196; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB – Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 640 BGB, Rdnr. 17.
 - 12 Pause/Vogel, in: Kniffka/Jurgleit, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 29.05.2023, § 640 Rdnr. 76; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB – Kommentar, 17. Aufl. 2022, § 640 BGB, Rdnr. 16.
 - 13 MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 30.
 - 14 Friedhoff, in: Bolz/Jurgleit, ibr-online-Kommentar VOB/B, 24.08.2022, § 12 Rdnr. 127; Bolz, in: Leinemann/Kues, BGB – Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 20.
 - 15 BeckOGK/Kögl, 01.10.2022, BGB § 640 Rdnr. 148; BT-Drucks. 18/8486, 48.
 - 16 Vgl. u.a. BGH, Beschl. v. 04.11.2020 – VII ZR 261/18.
 - 17 BGH, Urt. v. 28.05.2020 – VII ZR 108/19.
 - 18 Friedhoff, in: Bolz/Jurgleit, ibr-online-Kommentar VOB/B, 24.08.2022, § 12 Rdnr. 137 ff.; Friedhoff, BauR 2022, 1409.
 - 19 Friedhoff, in: Bolz/Jurgleit, ibr-online-Kommentar VOB/B, 24.08.2022, § 12 Rdnr. 137 ff.; Friedhoff, BauR 2022, 1409.
 - 20 NWJS/Abu Saris, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 12 Rdnr. 119; MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 46; Leinemann, VOB Kommentar, zu § 12 Rdnr. 23 f.
 - 21 NWJS/Abu Saris, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 12 Rdnr. 119; MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 46, 47.
 - 22 NWJS/Abu Saris, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 12 Rdnr. 119; MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 46.
 - 23 NWJS/Abu Saris, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 12 Rdnr. 120, Leinemann, VOB Kommentar, zu § 12 Rdnr. 23 f.
 - 24 Friedhoff, BauR 2022, 1409.
 - 25 Friedhoff, BauR 2022, 1409.
 - 26 Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 640 BGB Rdnr. 61.
 - 27 Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 640 BGB Rdnr. 61.
 - 28 Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 640 BGB Rdnr. 61.
 - 29 Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, 4. Aufl. 2022, BGB § 640 Rdnr. 240; Beck VOB/B/Bröker, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 12 Abs. 3 Rdnr. 25; Siegburg: Zur Klage auf Abnahme einer Bauleistung, ZfBR 2000, 507; Bolz, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 640 Rdnr. 14.
 - 30 BeckOK BauvertrR/Hummel/Preussner, 21. Ed. 31.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 10.
 - 31 BeckOK BGB/Voit, 64. Ed. 01.11.2022, BGB § 640 Rdnr. 36; Kniffka, BauR 2017, 1765 f.
 - 32 BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88.
 - 33 BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88.
 - 34 Friedhoff, BauR 2022, 1409.
 - 35 BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88.
 - 36 BT-Drucks. 18/8486, 48.
 - 37 BT-Drucks. 18/8486, 48.
 - 38 BT-Drucks. 18/8486, 48.

- 39 BeckOGK/Kögl, 01.01.2023, BGB § 640 Rdnr. 109.
- 40 BT-Drucks. 18/8486, 48.
- 41 OLG Rostock, Urt. v. 02.02.2021 – 4 U 70/19.
- 42 OLG Köln, Urt. v. 21.08.2020 – 19 U 5/20; IBRRS 2021, 0045.
- 43 OLG Schleswig, Urt. v. 18.11.2022 – 1 U 42/21.
- 44 BT-Drucks. 18/8486, 48.
- 45 BeckOGK/Kögl, 01.04.2023, BGB § 640 Rdnr. 159.
- 46 BeckOGK/Kögl, 01.04.2023, BGB § 640 Rdnr. 159.
- 47 Friedhoff, BauR 2022, 1409.
- 48 OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 28.10.2020 – 29 U 146/19, Rdnr. 92 ff.