

Christian Felix Fischer

Die zweifelhafte Abnahmefiktion  
des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB

Schriften zum deutschen  
und internationalen  
Baurecht

6

Herausgegeben von Axel Wirth



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen<sup>1</sup>, das am 1.5.2000 in Kraft getreten ist, sind wesentliche Änderungen im Werkvertragsrecht des BGB vorgenommen und insbesondere die Vorschrift über die Abnahme modifiziert worden. Dabei wurde § 640 Abs. 1 S. 1 BGB um folgende Sätze ergänzt:

„<sup>2</sup>Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. <sup>3</sup>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.“

Gegenstand der nachstehenden Untersuchung soll § 640 Abs. 1 S. 3 BGB, d. h. die Abnahmegleichstellung, sein. Es soll im Folgenden untersucht werden, ob die Einführung dieser Vorschrift notwendig war und ob sie das mit ihr und dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen verfolgte Ziel erreicht hat bzw. erreichen kann.

Hintergrund der Einführung von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB ist der Versuch, die Durchsetzungsmöglichkeiten der gegenseitigen Interessen der Vertragsparteien beim Werkvertrag weiter auszugleichen. Maßgeblich auf der einen Seite ist in erster Linie das Interesse des Bestellers am Erhalt einer mangelfreien Leistung vor seiner Zahlung und auf der anderen Seite das Interesse des Unternehmers möglichst bald die (Schluss-) Vergütung zu erlangen.<sup>2</sup> Die sich gegenüberstehenden Interessen im Einzelnen:

Primär hat der Besteller wie jeder andere Gläubiger einen Anspruch darauf und auch ein Interesse daran, eine vollständige<sup>3</sup>, d. h. 100-prozentige Leistung zu erhalten. Er braucht sich nicht mit 99 Prozent zufrieden zu geben. Wenn er einen Mangel hinnehmen müsste, käme das einem Skonto gleich.<sup>4</sup> Im Unterschied zum Kaufvertrag, bei dem die Kaufsache in der Regel bereits vorhanden ist und daher bei Vertragsschluss einer Begutachtung und Überprüfung auf Mangelfreiheit sowie Vertragskonformität durch den Käufer unterzogen werden kann, gibt der

---

1 BGBl. I 2000, S. 330.

2 *Kiesel*, NJW 2000, 1673 (1676); vgl. eingehend auch: *Springer*, Der Abnahmebegriff beim Werkvertrag, S. 45 ff.

3 Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“, 1999, S. 9; *Siegburg*, ZfBR 2000, 507 (508).

4 *Peters*, NZBau 2000, 169 (171).

Besteller beim Werkvertrag ein real noch nicht existierendes Werk in Auftrag, welches lediglich in seinen Vorstellungen existiert und vielleicht auf Plänen festgehalten wurde.<sup>5</sup> Würde beim Werkvertrag die Vergütung bereits bei Vertragsschluss fällig, würde der Besteller auf etwas bezahlen, von dem er nicht weiß, ob es überhaupt oder je im Wesentlichen vertragsgerecht durch den Unternehmer erstellt wird. Der Besteller wäre gegebenenfalls verpflichtet, die Erfüllung seines Vertrages im Klagewege geltend zu machen, hätte keinerlei Druckmittel und trüge zwischenzeitlich zudem das Insolvenzrisiko des Unternehmers. Der Besteller hat folglich ein besonderes Interesse, die Realisierung des zunächst nur abstrakt Bezeichneten und die Übereinstimmung der erbrachten mit der geschuldeten Leistung festzustellen<sup>6</sup>, um dann entscheiden zu können, ob er die Leistung als Erfüllung annimmt und dem Unternehmer die vereinbarte Vergütung bezahlt, oder ob er den Unternehmer zunächst die festgestellten Mängel und Abweichungen beseitigen lassen möchte, sofern diese wesentlich sind. Im Übrigen ist der Besteller durch §§ 320, 641 Abs. 3 BGB geschützt. Teilweise wird angenommen, dass der Besteller aufgrund des im Allgemeinen hohen Einsatzes von in der Regel finanziellen Mittel, mit dem Bestreben dafür bleibende und langfristig benutzbare Werte zu erhalten, dieser, trotz seiner Pflicht zur Abnahme<sup>7</sup>, bis zu einem gewissen Grade vorrangige Interessen gegenüber dem Unternehmer<sup>8</sup> habe.

Der Unternehmer auf der anderen Seite ist daran interessiert, möglichst zeitnah die zahlreichen mit der Abnahme verbundenen Rechtsfolgen herbeizuführen.<sup>9</sup> Zuvor ist der Unternehmer verpflichtet, die für die Herstellung erforderlichen Materialien mit seinem eigenen Kapital zu beschaffen und Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, d.h. die geschuldete Leistung vorzufinanzieren.<sup>10</sup> Den Unternehmer trifft für die „Entstehung eines mangelfreien, zweckgerechten Werkes“ eine verschuldensunabhängige Garantiehftung.<sup>11</sup> Im Hinblick auf die Vorleistungen trägt der Unternehmer nicht nur die Gefahr des zufälligen Untergang des Werkes (§ 644 BGB), sondern auch die Gefahr der Insolvenz des Bestellers (Vergütungsgefahr) sowie ferner die damit verbundene Gefahr, das individuell hergestellte Werk nicht abgenommen zu bekommen oder anderweitig veräußern zu können. Diese Vorleistungspflicht und die damit für den Unter-

---

5 *Böggering*, JuS 1978, 513 (519); *Jakobs*, AcP 183, 145 (152).

6 *Jakobs*, AcP 183, 145 (155); *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung, Rn. 158.

7 Vgl. BGH, Urt. v. 25.1.1996 – VII ZR 26/95 = NJW 1996, 1280 = BauR 1996, 390 = ZfBR 1996, 156.

8 *Korbion/Locher/Sienz-Sienz*, AGB und Bauerrichtungsverträge, H. Rn. 4.

9 *Sieburg*, ZfBR 2000, 507 (508).

10 *Korbion-Frank*, Baurecht, Teil 19, Rn. 40.

11 BGH, Urt. v. 17.5.1984 – ZR VII 169/82 = BGHZ 91, 206 (211) = BauR 1984, 510; *Nicklisch*, JZ 1984, 757.

nehmer verbundenen Gefahren und Risiken sind auch nicht durch die Einführung der Abschlagszahlungen gemäß § 632a BGB in das Werkvertragsrecht durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wesentlich verbessert worden. War früher der Unternehmer noch zur Vorleistung ohne Vergütungsanspruch bis zur vollständigen Herstellung verpflichtet, wenn keine Abschlagszahlungen vertraglich vereinbart waren, kann er seit dem 1.5.2000 gemäß § 632a BGB unter bestimmten, engen Voraussetzungen für in sich abgeschlossene Teile des Werkes Abschlagszahlungen für die vertragsgemäßen Leistungen verlangen.<sup>12</sup> Da der Anwendungsbereich aufgrund der engen Voraussetzungen jedoch eingeschränkt ist und weil der Unternehmer die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 632a BGB trägt<sup>13</sup>, sind Abschlagszahlungen im Rahmen eines BGB-Werkvertrages praktisch eher selten<sup>14</sup>. Das Vorbild, § 16 Nr. 1 VOB/B, knüpft das Recht Abschläge zu fordern nicht etwa wie § 632a BGB an einen konkret erreichten Bautenstand in sich abgeschlossener Teile an, sondern es reicht aus, für die vertragsgerecht erbrachte Leistung lediglich den Nachweis durch eine nachvollziehbare prüffähige Rechnung § 16 Nr. 1 S. 2 VOB/B zu erbringen, um einen Anspruch auf Abschlagszahlung zu erhalten. Eine echte Entlastung der Vorleistungspflicht des Unternehmers ist daher durch die Regelung des § 632a BGB nicht eingetreten. Der Unternehmer ist wie vor der Einfügung des § 632a BGB durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen verpflichtet, für kostenaufwändige Gewerke bis zur Zahlung des Werklohns erhebliche Finanzierungsleistungen zu erbringen. Der Gesetzgeber hat aber die Schwächen des § 632a BGB erkannt und im Entwurf zu einem Forderungssicherungsgesetz<sup>15</sup> vorgesehen, § 632a BGB nunmehr an die Regelung des § 16 Nr. 1 VOB/B anzupassen.

Den Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen des Bestellers und des Unternehmers zu bewirken, ist die grundsätzliche Aufgabe der Abnahme und sollte u. a. durch die Einführung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB erreicht werden.

---

12 Ingenstau/Korbion-U. Locher, 16. A. 2007, § 16 Nr. 1 VOB/B, Rn. 3.

13 Palandt-Sprau, 66. A. 2007, § 632a, Rn. 8; MünchKomm-Busche (2005), § 632a BGB, Rn. 12; Korbion-Frank, Baurecht, Teil 19, Rn. 79.

14 Peters, NZBau 2000, 169 (170).

15 BT-Drs. 16/511.