

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

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
I. Einleitung	23
II. Zur Abnahme im Werkvertragsrecht im Allgemeinen	27
A. Begriff, Bedeutung, Rechtsnatur und Arten der Abnahme	27
1. Begriff und Bedeutung der Abnahme	27
a) Der Abnahmebegriff	29
(1) Zweigliedriger Abnahmebegriff	29
(2) Abnahme als „Annahme als Erfüllung“	31
b) Reale und geschuldete Abnahme	34
2. Rechtsnatur der Abnahme	34
a) Streitstand	34
b) Stellungnahme	36
3. Arten der Abnahme	40
a) Rechtsgeschäftliche (erklärte) Abnahme	40
(1) Ausdrücklich erklärte Abnahme	40
(2) Stillschweigend/ konkludent erklärte Abnahme	41
b) „Fingierte“ Abnahmen	44
B. Voraussetzungen der Abnahme nach § 640 Abs. 1 BGB	45
1. Abnahmefähigkeit	45
2. Vollendung der Leistung	45
3. Anzeige der Vollendung bzw. Fertigstellung (Abnahmeverlangen)	47
4. Mangelfreiheit des Werkes	48
a) Keine vollständige Mangelfreiheit erforderlich	48
b) Auslegung des Begriffs „nicht unwesentlich“ in § 640 Abs. 1 S. 2 BGB	49
c) Auslegung des Begriffs „wesentlich“	51
d) Auswirkungen auf die Praxis	53
5. Prüfung des Werkes	54
6. Abnahmezeitpunkt	55
C. Die Abnahmewirkungen nach heutiger Rechtslage	56
1. Abnahmewirkungen	56

a)	Abgrenzungszeitpunkt zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen	57
b)	Fälligkeitszeitpunkt des Werklohns, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB	58
(1)	Wortlaut § 641 BGB	58
(2)	Rechnungsstellung als Fälligkeitsvoraussetzung?	59
(a)	Streitstand	59
(b)	Stellungnahme	61
c)	Verzinsungspflicht, § 641 Abs. 4 BGB	61
d)	Anspruch des Bestellers auf Besitz	61
e)	Beweislastumkehr	62
f)	Gefahrübergang, § 644 Abs. 1 S. 1, 2 BGB	63
g)	Rechtsverlust	64
(1)	nach § 640 Abs. 2 BGB	64
(2)	der Vertragsstrafe, § 341 Abs. 3 BGB	65
h)	Beginn der Verjährung für bestimmte Mängelrechte (§ 634a Abs. 2 BGB) und maßgeblicher Zeitpunkt für die Entstehung des Vergütungsanspruchs i. S. v. § 199 Abs. 1 BGB	65
2.	Zeitpunkt des Eintritts der Abnahmewirkungen	66
III.	Hintergrund und Zielsetzung des Gesetzes	69
A.	Hintergrund	69
B.	Suche nach den Gründen und Ursachen der Entwicklung	73
C.	Allgemeines Ziel des „Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“	74
IV.	Die geschichtliche Entwicklung der Abnahme im Hinblick auf die Fälligkeit der Vergütung	77
A.	Die geschichtliche Entwicklung der Abnahme und die Abhängigkeit der Vergütung	77
1.	Die probatio operis im Römischen Recht	77
2.	Die Abnahme im Mittelalter bis zum BGB im Jahr 1900	79
a)	Das Mittelalter	79
b)	Das gemeine Recht	80
c)	Gesetzeskodifikationen und Kodifikationsentwürfe der Neuzeit – Die Abnahme im partikularen Recht	82
B.	Bestrebungen zur Änderung des Werkvertragsrechts vor dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen	85
1.	Entwicklung bis Ende der 70er Jahre	86

2.	Die Diskussion um das Werkvertragsrecht in den 80er und Anfang der 90er Jahre	88
a)	Bestrebungen zur Überarbeitung des Schuldrechts 1981 bis 1983	88
b)	Reform des Werkvertragsrechts – notwendig oder entbehrlich?	91
c)	55. Deutscher Juristentag (1984)	92
d)	Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1991	97
C.	Zusammenfassung der geschichtlichen Entwicklung und der Reformbemühungen des Gesetzgebers in Bezug auf das Werkvertragsrecht bis 1998	99
V.	Einfügung § 640 Abs. 1 S. 3 in das BGB durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“	103
A.	Vorschläge und Forderungen zur Beseitigung des Problems	103
1.	Außerparlamentarische Initiativen	103
2.	Die Vorschläge der Bundestagsfraktionen zur Bekämpfung der sich verschlechternden Zahlungsmoral in Deutschland	105
3.	Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ (in der Bauwirtschaft), November 1999	110
B.	Ergebnisse der Beratungen über die Anträge und Gesetzesvorschläge im Deutschen Bundestag und den Ausschüssen	111
C.	Verabschiedung im Bundestag und Billigung im Bundesrat, Verkündung	115
D.	Kommentare zu den Entwürfen und zum Gesetz	116
1.	Stimmen zum Gesetz im Allgemeinen	116
2.	Erste Kommentare zu § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	118
E.	Entwicklung der Neuregelungen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen	120
F.	Zusammenfassung der Vorstellungen des Gesetzgebers zur Bekämpfung der verzögerten Abnahme und zur Einfügung von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	124
VI.	Rechtslage zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei verweigerter Abnahme vor Einführung von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	127
A.	Prozessuale Möglichkeiten zur Erlangung des Werklohns, der Abnahme oder zur Feststellung des abnahmereifen Zustandes als Voraussetzung der Abnahme	127
1.	Prozessuale Möglichkeiten	127
a)	Klage auf Zahlung des Werklohns	128

(1) Anforderungen an die Schlüssigkeit des Klagevortrags – notwendiger Inhalt, Darlegungs- und Beweislast _____	128
(a) Grundsätzliche Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast im Prozess _____	129
(b) Darlegungs- und Beweislast im Werklohnprozess _____	133
(i) Vertragsgemäße Leistung _____	134
(ii) Abnahme _____	135
(iii) Ergebnis _____	137
(2) Vollstreckbarkeit des Urteils _____	138
(3) Zug-um-Zug Verurteilung, §§ 320, 322 Abs. 1 BGB _____	138
(4) Verurteilung nach § 322 Abs. 2 BGB _____	140
(5) Kosten des Verfahrens für den Unternehmer _____	141
b) Klage auf Abnahme _____	142
(1) Klagbarkeit des Anspruchs _____	142
(2) Rechtsschutzbedürfnis und Klageart _____	143
(3) Anforderungen an die Schlüssigkeit des Klagevortrags – notwendiger Inhalt, Darlegungs- und Beweislast _____	144
(4) Rechtsfolge der Klage auf Abnahme, Vollstreckbarkeit des Urteils, Kosten _____	146
(5) Macht die Klage auf Abnahme Sinn? _____	147
c) Feststellungsklage _____	148
2. Gemeinsame Probleme des Prozessweges _____	150
B. Materiell-rechtliche Lösungswege zur Herbeiführung der Abnahme bzw. der Abnahmewirkungen _____	152
1. Auslegung der Erklärung oder des Verhaltens des Bestellers auf ein Abnahmeverlangen – Abgrenzung zum Vorbehalt und zur Kündigung _____	152
2. Arten der Verweigerung der Abnahme _____	154
3. Berechtigte Abnahmeverweigerung _____	154
4. Rechtswidrig verweigerte Abnahme _____	156
a) Die endgültig verweigerte Abnahme _____	156
(1) Die „vermeintlich“ endgültige Abnahmeverweigerung _____	156
(2) Ernsthafte und endgültige Abnahmeverweigerung _____	158
(a) Vergütung _____	159
(b) Weitere Folgen der ernsthaften und endgültigen Abnahmeverweigerung _____	161
b) Die rechtsmissbräuchlich verweigerte Abnahme _____	162
c) Die vorläufige unberechtigte Abnahmeverweigerung (Abnahmeverzögerung) _____	164
(1) Annahmeverzug, §§ 293 ff. BGB _____	166
(a) Allgemeines zum Annahmeverzug _____	168

(b)	Voraussetzungen des Annahmeverzugs	169
(i)	Angebot	169
(ii)	Ordnungsgemäßes Angebot	171
(c)	Rechtsfolgen (§§ 300, 304, 644 Abs. 1 S. 2, § 638 BGB)	172
(i)	§§ 300 ff. BGB	173
(ii)	§ 644 Abs. 1 S. 2 BGB	173
(d)	Beweislast beim Annahmeverzug	174
(e)	Bedenken gegen die Heranziehung der Grundsätze des Gläubigerverzuges	174
(2)	Schuldnerverzug	177
(a)	Anwendbarkeit der §§ 284 ff. BGB und des § 326 BGB a. F. auf die Abnahmepflicht	178
(b)	Lösung über §§ 286, 249 BGB a. F.	181
(i)	Voraussetzungen nach § 284 ff. BGB a. F.	181
(ii)	Rechtsfolge der §§ 286 Abs. 1, 249 BGB	181
(iii)	Beweislast	182
(c)	Lösung über § 326 BGB a. F.	182
(i)	Voraussetzungen des § 326 BGB a. F.	182
(ii)	Rechtsfolgen des § 326 BGB a. F.	184
(iii)	Beweislast	185
(d)	Kritik an der Lösung zur Fälligkeit des Werklohns über den Schuldnerverzug	185
(i)	Bedenken zur Anwendbarkeit des § 326 BGB a. F.	185
(ii)	Bedenken gegen die Herleitung der Abnahme über § 284 ff. BGB a. F.	187
(iii)	Folgen der Beweislast – Stellung des Unternehmers	188
(3)	Weitere Lösungsansätze zur Herbeiführung der Rechtsfolgen	189
(a)	§ 162 BGB analog (ggf. mit § 242 BGB)	189
(i)	Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB	189
(ii)	Rechtsfolgen der analogen Anwendung von § 162 Abs. 1 BGB	191
(iii)	Stellungnahme	191
(b)	§§ 642, 643 BGB analog	193
C.	Vertragliche Regelungen zur Herbeiführung der Abnahme	195
1.	Werkvertragsrecht und VOB/B	195
2.	Individualvereinbarungen über die Abnahme	197
3.	Allgemeine Geschäftsbedingungen über die Abnahme	197

a)	Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bestellers	198
b)	Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmers	201
4.	Zusammenfassung	205
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse zur Rechtslage vor Einführung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	206
VII.	§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB	209
A.	Anwendungsbereich	209
1.	Zeitlicher Anwendungsbereich	209
a)	Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vorliegende Abnahmereife	209
b)	Nach dem 1.5.2000 vorliegende Abnahmereife – § 640 Abs.1 S. 3 BGB eine abschließende Regelung?	210
(1)	Berechtigte und unberechtigte ernsthafte und endgültige Abnahmeverweigerung	210
(2)	Fehlende Abnahme	212
(a)	Rechtsprechung	212
(b)	Für den abschließenden Charakter des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	213
(c)	Ablehnung des abschließenden Charakters von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	215
(i)	„Planwidrige“ Regelungslücke	216
(ii)	Klärung von Umfang und Zeitpunkt des Eintritts der Abnahmewirkungen?	217
(iii)	§ 641 Abs. 3 BGB	218
(iv)	Beseitigung der Unklarheit der geltenden Rechtslage zwischen den Instanzgerichten?	219
(d)	Ergebnis	224
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	226
a)	Allgemeines	226
b)	Besondere Fragen	227
(1)	BGB und/oder VOB?	227
(2)	Anwendbarkeit des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB beim gekündigten Vertrag	228
B.	Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB	233
1.	Der Besteller muss zur Abnahme verpflichtet sein	233
2.	Setzung einer angemessenen Frist	235
a)	Voraussetzung nach dem Wortlaut des Gesetzes	235
b)	Entbehrlichkeit einer Fristsetzung?	240
(1)	Meinungsstand	241
(2)	Stellungnahme	242

3.	Ablauf der Frist	243
a)	Verschulden	243
b)	Einfluss einer Abnahmeverweigerung auf § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	245
	(1) Problemdarstellung	245
	(2) Stellungnahme	246
	(3) Ergebnis	247
C.	Rechtsfolgen des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	248
1.	Umfang der Abnahmewirkungen?	248
a)	Eintritt aller Abnahmewirkungen?	248
b)	Ausnahmen	249
	(1) Vorbehalt nach § 640 Abs. 2 BGB	249
	(2) Vertragsstrafenvorbehalt, § 341 Abs. 3 BGB	249
	(a) Herrschende Meinung	250
	(b) Stellungnahme	251
	(3) Beweislastumkehr?	254
c)	Wesentliche Mängel nach Fristablauf und ihre Auswirkungen auf den Eintritt der Abnahmewirkungen	255
	(1) Problemaufriss	255
	(2) Lösungsansätze der Literatur	256
	(3) Stellungnahme	256
2.	Erlöschen des Anspruchs auf Abnahme	258
3.	Isolierte Klage auf Abnahme noch möglich?	261
a)	Streitstand	261
b)	Stellungnahme	263
	(1) Sinn und Zweck des Rechtsschutzbedürfnisses; Gründe des Versagens	263
	(2) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis wegen Vorgehens nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB?	264
	(3) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis wegen fehlender Prozessökonomie?	266
	(4) Ergebnis	268
D.	Regelungen über die Abnahme	268
1.	Regelungen über die Abnahme gemäß § 640 BGB allgemein	268
2.	Disponibilität und Leitbildcharakter des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	269
a)	Disponibilität von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	269
	(1) Streitstand	269
	(2) Stellungnahme	271
b)	Leitbildcharakter von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB	274

(1) Abgrenzung zwischen wesentlichen Grundgedanken (Leitbildcharakter) und bloßer Zweckmäßigkeitserwägung _____	274
(2) Leitbildcharakter der Vorschriften des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Allgemeinen _____	275
(3) Leitbildcharakter des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB _____	276
3. Individualvereinbarungen _____	278
4. Allgemeine Geschäftsbedingungen _____	278
a) Vereinbarungen in AGB des Bestellers _____	279
(1) Vollständiger Ausschluss von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB _____	279
(2) Vereinbarung der förmlichen Abnahme im BGB- Bauvertrag oder durch Einbeziehung der VOB/B _____	280
(a) Auswirkung auf die fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B _____	280
(b) Auswirkung auf § 640 Abs.1 S. 3 BGB _____	281
(3) Zeitliche Verschiebung des Abnahmezeitpunkts _____	284
(4) Erhöhung der Anforderungen an die vertragsgemäße Herstellung _____	285
b) Vereinbarungen in AGB des Unternehmers _____	286
(1) Vollständige Abbedingung _____	286
(2) Abbedingung der Voraussetzung der Abnahmereife _____	286
(3) Abbedingung der Fristsetzung _____	287
(4) Festlegung einer starren Frist durch den Unternehmer _____	288
5. Ergebnis _____	290
E. Rechtliche Einordnung und Konstruktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB – „Der Abnahme steht es gleich, ...“ _____	290
1. Meinungsstand in der Literatur _____	291
2. Abgrenzung der Rechtsfiktion von verwandten Rechtsinstituten _____	293
a) Abgrenzung zur Analogie _____	294
(1) Grundsätze und Abgrenzungsmerkmale zur Analogie im Verhältnis zur Fiktion _____	294
(2) Stellungnahme _____	294
b) „echte“ (stillschweigende/konkludente) Abnahme _____	295
(1) Grundsätze zur stillschweigenden/konkludenten Abnahme _____	295
(2) Stellungnahme _____	296
c) Abgrenzung zur Vermutung _____	298
(1) Grundsätze der Vermutung _____	298
(a) Widerlegbare Vermutung _____	298
(b) Unwiderlegbare Vermutung _____	299

(2) Stellungnahme _____	300
3. Juristische Fiktion _____	301
a) Die Juristische Fiktion _____	301
(1) Wesen der Fiktion _____	302
(2) Die juristische Fiktion als verweisender Rechtssatz _____	303
b) Verwendungszwecke der Fiktion _____	304
(1) Definitorische Fiktion _____	304
(2) Verweisende Fiktion _____	305
c) Arten der Gesetzesfiktion _____	306
(1) Gesetzesfiktion als Kurzform, als Form des Abschneidens von Zweifelsfragen sowie als Mittel plastischer Darstellung des Gesetzesinhaltes _____	306
(2) Gesetzesfiktion als Gesetzesbehelf bei mangelhafter Parteierklärung – sog. Fiktion in Präsumtionsform _____	307
(a) Fiktion in Präsumtionsform _____	307
(b) Arten der Fiktion in Präsumtionsform _____	307
4. Dogmatische Einordnung von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB _____	310
a) Wortsinn _____	310
b) Begründung und Intention des Gesetzgebers _____	311
c) Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB _____	311
d) Zusammenfassung _____	312
5. Inhalt der Fiktion – Beweislastregel oder materieller Hintergrund? _____	313
a) Abgrenzung zur Beweislastregel _____	314
(1) Grundsätze zur Beweislastregel _____	314
(2) Stellungnahme _____	315
b) Materieller Hintergrund der Abnahmefiktion _____	316
(1) Form des Gläubigerverzugs _____	316
(2) Modifizierung des Schuldnerverzugs _____	318
(3) Obliegenheitsverletzung des Bestellers _____	320
(4) Ersatzregelung zur Herbeiführung der Rechtslage bei pflichtgemäßem Verhalten _____	322
VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse und Konsequenzen für die Praxis _____	325
A. Behandlung der verzögerten Abnahme vor Einführung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB in Rechtsprechung und Literatur _____	325
B. Die mit § 640 Abs. 1 S. 3 BGB verfolgten Ziele des Gesetzgebers _____	326
C. Folgen der Einführung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB gegenüber der früheren Rechtslage _____	326

1. Vorschrift des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB entbehrlich? _____	326
2. Praktische Auswirkungen _____	328
a) Die Beweislast _____	329
b) Der Konflikt _____	331
c) Lösung des Konflikts _____	333
(1) Meinungsstand _____	333
(a) Änderung der Beweislastverteilung _____	333
(b) Änderung des Beurteilungsmaßstabes für die Abnahmereife _____	335
(2) Stellungnahme _____	336
(a) Änderung des Beurteilungsmaßstabes für die Abnahmereife führt zu weiterer Rechtsunsicherheit ____	336
(b) Anpassung der Beweislast _____	337
(i) Keine vollständige Beweislastumkehr, unabhängig etwaiger Vorbehalte des Bestellers ____	337
(ii) Beweislast nach herrschender Meinung _____	338
(iii) Beweislastverteilung nach der differenzierenden Lösung und ihre Folgen _____	339
(iv) Lösungsvorschlag _____	340
3. Folgen der Modifizierungen in § 640 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BGB _____	343
D. Ausblick _____	344
1. Einleitung _____	344
2. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB _____	345
3. Lösung vom zweigliedrigen Abnahmebegriff als Zentralfigur des Werkvertragsrechts _____	346
4. Geplante Änderungen durch das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) _____	347
a) Abänderung des § 632a BGB _____	348
b) Ergänzung des § 648a BGB _____	348
c) Einführung einer vorläufigen Zahlungsanordnung, § 302a ZPO-E _____	350
d) Stellungnahme _____	352
Anhang _____	355
Literaturverzeichnis _____	367