

Durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen¹ ist nunmehr seit vier Jahren die sogenannte fiktive Abnahme im deutschen Werkvertragsrecht verankert: „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.“ Damit wollte der Gesetzgeber einen Beitrag Verbesserung der schlechten Zahlungsmoral privater und öffentlicher Auftraggeber leisten: durch die fiktive Abnahme sollte das Herauszögern der Abnahme im wesentlichen mangelfreier Gewerke verhindert, und damit ein, die Zahlung hemmendes Hindernis beseitigt werden.

Die Regelung ähnelt der bereits seit Jahrzehnten in der VOB/B § 12 Nr. 5 Abs.1 enthaltenen fiktiven Abnahme: „Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.“

So wie dies bei VOB-Werkverträgen schon immer der Fall war, versuchen Auftraggeber in der vertraglichen Praxis auch bei BGB-Werkverträgen, die fiktive Abnahme auszuschließen. Es ist die Frage, unter welchen Bedingungen dies möglich ist:

1. Der Auftragnehmer hat ein Recht auf Abnahme. Die Gesetz stellt die fiktive Abnahme dieser Abnahme gleich, um damit den skizzierten Gesetzeszweck zu erfüllen. Der Auftragnehmer kann so die Abnahme selbst herbeiführen; er hat ein Gestaltungsrecht. Die fiktive Abnahme gehört zum gesetzlichen Leitbild des Werkvertragsrechts².
2. In § 12 Nr. 5 Abs.1 VOB/B wird die fiktive Abnahme ausdrücklich dann ausgeschlossen, wenn eine „förmliche Abnahme“ verlangt wird. Dies hat zur Folge, dass in den auf der VOB/B basierenden Vertragswerken des Auftraggebers üblicherweise die förmliche Abnahme als einzig mögliche Abnahme vorgeschrieben wird. Die Rechtsprechung hat diese Praxis akzeptiert. Lediglich dann, wenn die förmliche Abnahme später aus Gründen nicht statt findet, die der Auftraggeber zu vertreten hat, läßt sie im Einzelfall die Wirkungen einer Abnahme dennoch eintreten, z.B. bei Rechtsmissbräuchlichkeit³, oder bei konkludenter Aufhebung des Verlangens bzw. Vereinbarung einer förmlichen Abnahme⁴.

Hieran hat sich durch die Gesetzesänderung in § 640 BGB auch nichts geändert. Der Auftraggeber kann weiterhin einseitig eine förmliche Abnahme vorschreiben und damit § 12 Nr. 5 Abs.1 VOB/B ausschließen.

3. Anders bei einem Vorgehen nach § 640 Abs.1 S.3 BGB⁵: Eine allgemeine Geschäftsbedingung des Auftraggebers, die die fiktive Abnahme durch eine förmliche Abnahme ersetzt, würde den Gesetzeszweck zunichte machen, und muss im Zweifel als unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers gewertet werden, § 307 Abs.2 BGB⁶. Eine Vertragsklausel des Inhalts „die Leistung ist nur förmlich abzunehmen“ oder „die fiktive Abnahme ist ausgeschlossen“ ist unwirksam.
4. Handelt es sich hingegen um eine Individualvereinbarung, § 305 Abs.1 S.3 BGB, ist die fiktive Abnahme abdingbar. Allerdings muss sich aus dem Wortlaut und den Umständen ergeben, dass der Auftragnehmer tatsächlich auf sein gesetzliches Gestaltungsrecht verzichten wollte. An die Auslegung von Verzichtserklärungen sind hohe Anforderungen zu stellen; Verzichtserklärungen sind im Zweifel eng auszulegen⁷, da grundsätzlich nicht unterstellt werden kann, dass der Auftragnehmer bereit ist, sein gesetzlich eingeräumtes Recht aufzugeben⁸. Dies gilt

¹ BGBl. 2000 I, 330; BT-Drucksache 14/2752, S.12

² Niemöller, BauR 2001,485

³ OLG Schleswig vom 4. 4.2003, IBR 2002,1079; Erman, BGB 10. Aufl. § 640 RN 19;

⁴ BGH v. 21.04.1977, BauR 1977,344, BGH v. 13.07.1989 VII ZR 82/88, BGH vom 22.12.2000 VII ZR 310/99

⁵ die Regelungen des § 640 Abs.1 S.3 finden nach übereinstimmender Auffassung auch auf VOB/B-Werkverträge zusätzlich zu der dort geregelten fiktiven Abnahme Anwendung., Palandt ,63.Auflage/2004, § 640 RN 14

⁶ Niemöller, BauR 2001, 485; Kniffka, ZfBR 2000,227,231;

⁷ BGH NJW 1984,1346; ständige Rechtsprechung, Palandt, § 396 RN 4

⁸ Ingenstau/Korbion, 15. Auflage/2004, § 16 Nr. 3 VOB/B, RN 70.

insbesondere bei der Auslegung konkludenten Handelns⁹. Gefordert wird eine eindeutige Erklärung des Verzichtenden, sich seines Rechtes begeben zu wollen¹⁰.

Vereinbaren die Parteien, die Leistung des Auftragnehmers förmlich abzunehmen, ist damit noch nicht zwangsläufig ein Verzicht auf das Gestaltungsrecht des Auftragnehmers, eine fiktive Abnahme herbeizuführen, verbunden. Die Parteien regeln lediglich, in welcher Form der Auftragnehmer die Abnahme erklären soll, nämlich im Anschluss an Begehung/Besichtigung durch schriftliche Protokollierung. Setzt der Auftragnehmer gemäß § 640 Abs.1, S.3 BGB dem Auftraggeber eine Frist, so hat dieser das Werk in dieser vereinbarten Form abzunehmen. Kommt er dem innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, bleibt es bei den Wirkungen der fiktiven Abnahme.

Dies gilt auch, wenn die förmliche Abnahme ausführlich beschrieben wurde oder eine Abnahme in mehreren Stufen erfolgen soll¹¹. Aus diesen auf Wunsch des Auftraggebers in den Vertrag aufgenommenen Abläufen kann selbst dann nicht auf einen Verzicht des Auftragnehmers geschlossen werden, wenn sich der Auftragnehmer in den Vertragsverhandlungen grundsätzlich mit den Abläufen einverstanden erklärt hat.

5. Will der Auftraggeber § 640 Abs.1 S.3 BGB ausschließen, bedarf es einer eindeutigen hierauf zielenden Erklärung, etwa: „Die fiktive Abnahme wird ausgeschlossen“, oder „die Abnahme kann nur förmlich stattfinden; der Auftragnehmer verzichtet ausdrücklich darauf, durch Fristsetzung eine fiktive Abnahme herbeizuführen“.

Dr. Peter Hammacher, Rechtsanwalt, Mediator, Schiedsrichter
Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg, www.drhammacher.de
Stahlbau, Anlagenbau, Maschinenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau

⁹ BGH, BauR 1995,701

¹⁰ OLG Köln, BauR 1997,280; LAG Schleswig-Holstein vom 24.08.2003, BB 2004, 608 für eine arbeitsrechtliche Verzichtserklärung durch Ausgleichsquittung

¹¹ im Anlagenbau üblich sind Abnahme-Procedere, die zunächst eine mechanische Begutachtung (kalte), dann eine Abnahme unter Betriebsbedingungen unter Zufügung von Medien (heiße) Abnahme vorsehen