

Das neue Recht gilt – Neuregelung zum Werkvertragsrecht und Baurecht - Abnahmefiktion

Seit dem 1. Januar 2018 gelten die Neuregelungen zum Werkvertragsrecht, Bauvertragsrecht und zum Verbrauchervertrag.

In der Folge sollen nunmehr einzelne Neuregelungen, die von erheblicher Bedeutung sind, näher beleuchtet werden.

Die Neuregelung zur Abnahmefiktion im Werkvertragsrecht

Die Abnahme ist im allgemeinen Werkvertragsrecht und auch Bauvertragsrecht der Dreh- und Angelpunkt. Von ihr gehen weitreichende Wirkungen aus. Mit der Abnahme trägt der Auftraggeber, im Gesetz der Besteller genannt, die Gefahr des zufälligen Untergangs der erbrachten Leistung. Für den Unternehmer bedeutsam ist, dass mit der Abnahme sein Vergütungsanspruch fällig wird. Bis zur Abnahme handelt es sich bei den Zahlungen des Auftraggebers/Bestellers lediglich um Abschlagszahlungen. Grundsätzlich ist der Besteller verpflichtet, bei Vorliegen der Voraussetzungen, die Abnahme zu erklären. Es handelt sich dabei um die Erklärung, dass er die Leistung des Unternehmers als vertragsgerecht akzeptiert. Idealerweise erfolgt dies schriftlich in Form eines Abnahmeprotokolls. Zwingend erforderlich ist das aber nach dem Gesetz nicht.

Eine Abnahme kann auch in anderer Form erfolgen. Bekannt ist die sog. **Abnahme durch Ingebrauchnahme**. Die Abnahme kann aber auch fingiert werden, man spricht dann auch von der fiktiven Abnahme. Diese so genannte fiktive Abnahme wurde neu geregelt.

Nach [§ 640 Abs.2 BGB](#) gilt:

Als abgenommen gilt ein Werk auch, 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. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

Nach der bisherigen Rechtslage war eine fiktive Abnahme ebenfalls möglich. Voraussetzung war, dass der Unternehmer dem Auftraggeber/Besteller eine **Frist zur Erklärung der Abnahme** gesetzt hat und diese fruchtlos verstrichen ist. Weitere Voraussetzung war, dass das Werk abnahmereif war, denn die fiktive Abnahme sollte nur dann zustande kommen, wenn der Auftraggeber zur Abnahme auch verpflichtet war.

Diese Verpflichtung besteht aber nur dann, wenn das Werk fertiggestellt war und im Wesentlichen mangelfrei war. Auch heute gilt nach § 640 Abs. 1, dass der Besteller verpflichtet ist, das Werk abzunehmen, wenn es keine wesentlichen Mängel aufweist. Neu ist nunmehr aber, dass die Freiheit von wesentlichen Mängeln nicht Voraussetzung für das Eintreten der Abnahmewirkungen ist. Nunmehr ist Voraussetzung, dass das Werk fertiggestellt ist und der Auftragnehmer dem Besteller eine Frist zur Abnahme setzt und der Besteller die Abnahme

nicht unter Benennung mindestens eines Mangels innerhalb dieser Frist verweigert. Das bedeutet, äußert sich der Besteller nicht innerhalb der vom Unternehmer gesetzten Frist, gilt das Werk auch dann als abgenommen, wenn es einen wesentlichen Mangel aufweist.

Im Gegensatz zur alten Rechtslage herrscht also dann nach fruchtlosem Fristablauf Klarheit, ob eine Abnahme eingetreten ist oder nicht. War bislang die Frist, die der Auftragnehmer gesetzt hat, fruchtlos verstrichen, sind die Abnahmewirkungen nur dann eingetreten, wenn tatsächlich keine wesentlichen Mängel vorlagen. Dies wurde oft in aufwändigen Gerichtsverfahren im Nachgang geklärt. Die Besonderheit bestimmt besteht darin, dass bis zur Abnahme der Auftragnehmer das Risiko trägt, dass das Werk sich verschlechtert hat oder aber durch äußere Umstände also durch Zufall untergegangen ist.

Stellte sich also im Rahmen eines Rechtsstreites heraus, dass im Zeitpunkt des Ablaufs der Frist das Werk tatsächlich einen wesentlichen Mangel aufwies, waren die Abnahmewirkungen noch nicht eingetreten. Ist in der Zwischenzeit die Leistung beispielsweise durch einen Sturm oder Wasserschaden beschädigt worden, trug dann immer noch der Unternehmer das Risiko, dass er das Werk neu errichten musste, selbst wenn seine Leistung im Wesentlichen fertiggestellt war.

Nunmehr besteht eine Verpflichtung des Auftraggebers, sich zu dem Abnahmeverlangen zu erklären. Erklärt er sich nicht, gilt das Werk eben auch dann als abgenommen, wenn es einen wesentlichen Mangel aufweist. Stellt sich dann später heraus, dass das Werk mangelhaft war und ist es zwischenzeitlich durch Zufall beschädigt worden, muss der Unternehmer zwar den eigentlichen Mangel immer noch beseitigen, nicht aber die eingetretenen Beschädigungen.

Die Frage die sich stellt ist, ob die Abnahmefiktion zukünftig auch dann nicht eintritt, wenn die Abnahme unter Benennung eines unwesentlichen Mangels verweigert wird.

Dies wird wohl zu bejahen sein. Zwar kann der Besteller bei unwesentlichen Mängeln die Abnahme nicht verweigern. Allerdings nimmt die Regelung von [§ 640 Abs. 2 BGB](#) anders als [§ 640 Abs. 1 BGB](#) keine Trennung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln vor. Der eindeutige Gesetzeswortlaut spricht dann gerade dafür, dass die Abnahmefiktion auch dann nicht eintritt, wenn die Verweigerung der Abnahme unter Benennung unwesentlicher Mängel verweigert wird.

Gegenüber Verbrauchern treten diese Wirkungen nur dann ein, wenn der Unternehmer den Verbraucher zusammen mit dem Abnahmeverlangen über die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme in Textform hingewiesen hat. Offen ist, ob über die Wirkungen der Abnahme schlechthin aufzuklären ist oder nur über die Folgen, wenn die Abnahme ohne die Benennung von Mängeln verweigert wird bzw. der Verbraucher sich zum Abnahmeverlangen des Unternehmers überhaupt nicht äußert.

Nach den Erläuterungen des Gesetzgebers soll der neu eingefügte Absatz 2 Satz 2 lediglich vorsehen, dass der Unternehmer den Verbraucher zusammen mit der Fristsetzung zur Abnahme in Textform darüber aufzuklären hat, dass eine ohne Angabe von Mängeln verweigerte Abnahme oder ein Schweigen die Fiktion der Abnahme herbeiführt (vgl. [BT-Drs. 18/8486](#), S. 49.).

Das spricht dann dafür, dass die allgemeinen Wirkungen der Abnahme nicht zu erläutern sind.

Es ist also für beide Baubeteiligten, Besteller und Auftragnehmer gleichermaßen wichtig, das Procedere der Abnahmefunktion zu beherrschen und sich gegebenenfalls auch entsprechend zu informieren.

(Veröffentlichungsdatum: 27.01.2018)

Autor(en)



[Axel Möller](#)

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht
ETL Rechtsanwälte GmbH, [Jena](#)