

IV. Rechtsgeschäftliche Einordnung der Abnahme

Unabhängig von der oben unter Ziffer B II. beschriebenen Definition lässt sich auch die rechtsgeschäftliche Einordnung der Abnahme diskutieren. Bei der rechtsgeschäftlichen Einordnung der Abnahme geht es zum einen um die besondere Stellung der Abnahme im Vertragsrecht des BGB, zum anderen aber um die daraus resultierenden Konsequenzen.

1. Besondere Stellung der Abnahme im Werkvertragsrecht

Die Abnahme stellt im Vertragsrecht eine Besonderheit dar.¹⁷⁶ Dabei geht es zum einen um den Übergang vom Erfüllungsstadium zum Gewährleistungsstadium und die damit verbundenen Auswirkungen („Dreh- und Angelpunkt“),¹⁷⁷ vor allem aber um den Soll-Ist-Abgleich des Bestellers in Bezug auf das herzustellende Werk.¹⁷⁸ Bei dem sonstigen Vertragstypen des BGB, z. B. dem Kaufvertrag, wird in der Übergabe der Kaufsache und der Annahme durch den Käufer das ausreichende äußerliche Zeichen für eine Erfüllungshandlung gesehen. Dies reicht beim Werkvertrag nicht aus, weil der Besteller zum Zeitpunkt der Bestellung noch nicht abschließend beurteilen kann, ob das Werk, das er sich vorgestellt hat, auch tatsächlich realisiert wird. Es bedarf also einer weiterführenden Billigung.¹⁷⁹ Bei einem Bauvertrag weiß der Bauherr zumindest anhand einer vorliegenden Planung, wie der zukünftige Vertragsgegenstand aussehen soll. Da es aber darauf ankommt, ob die Planung auch tatsächlich realisiert wird, kommt der Erklärung der Billigung der Werkleistung nicht nur eine formale Stellung zu, sondern eine materielle Bedeutung.¹⁸⁰

2. Die Abnahme als einseitige Willenserklärung

Ausgehend von der Bewertung dieser materiellen Bedeutung der Billigungswirkung werden zu dem Thema der rechtsgeschäftlichen Einordnung der Abnahme als Willenserklärung unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Peters¹⁸¹ vertritt die Auffassung, dass dem Besteller nicht zugemutet werden könne, ein Werk, das er gar nicht beurteilen könne, zu billigen.¹⁸² Daraus folge, dass der Besteller auch nicht verpflichtet sein könne, das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß zu billigen.¹⁸³ Gleichwohl gelangt Peters allerdings zu der Auffassung, dass der Besteller dem Auftragnehmer eine Abnahme schulde.¹⁸⁴ Dies könne sich dann allerdings konsequenterweise nur auf die Übergabe bzw. Entgegennahme der Werkleistung beschränken. In eine ähnliche Richtung gehen Voit und Schwen-

176 Ingenstau/Korbion/Oppler, § 12 VOB/B Rn. 1; Thode, ZfBR 1999, 116, 116.

177 Beck VOB/B/Bröker, Vor § 12 Rn. 1; Jagenburg, BauR 1980, 406, 407; Vygen/Jousen, Rn. 1087.

178 Thode, ZfBR 1999, 116, 116.

179 RGZ 110, 404, 407; BGH, NJW 1974, 95, 96; Ganten, NJW 1974, 987; Heiermann/Riedl/Rusam/Mansfeld, VOB/B, § 12 Rn. 4, 9; Ingenstau/Korbion/Oppler, § 12 VOB/B Rn. 1; NWJS/Abu Saris, VOB/B, § 12 Rn. 17 f.; Vygen/Jousen, Rn. 1090 f.

180 Kapellmann/Messerschmidt/Havers, VOB/B, § 12 Rn. 4.

181 Staudinger/Peters, § 640 Rn. 7, 10.

182 Staudinger/Peters, § 640 Rn. 11.

183 Staudinger/Peters, § 640 Rn. 10.

184 Staudinger/Peters, § 640 Rn. 18.

ker,¹⁸⁵ nach denen es sich bei der Abnahme um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung handle, also um einen Tatbestand, bei dem die Rechtsfolge ipso jure, d. h. unabhängig vom Willen des Handelnden allein durch das Verhalten eintrete. Für die Annahme einer lediglich rechtsgeschäftsähnlichen Handlung und gegen das Vorliegen einer Willenserklärung im Sinne der §§ 116 ff. BGB spreche nach Messerschmidt und Busche,¹⁸⁶ dass die Wirkungen der Abnahme gesetzlich bereits vorgezeichnet seien.

Die Rechtsprechung¹⁸⁷ geht von dem zweigliedrigen Abnahmebegriff aus und wendet die Vorschriften für die Willenserklärung jedenfalls entsprechend an.¹⁸⁸ In Bezug auf das Zugangserfordernis reicht es dabei aus, dass die Billigungswirkung nach außen tritt und zur Kenntnisnahme des Auftragnehmers bestimmt ist, ohne dass es auf einen Zugang im Sinne des § 130 BGB ankommt.¹⁸⁹

Wohl überwiegend wird in der Literatur ebenfalls davon ausgegangen, dass neben der körperlichen Entgegennahme der Leistung auch eine Billigungserklärung erforderlich ist, sei dies ausdrücklich oder konkludent, um von einer erklärten Abnahme des Bestellers ausgehen zu können.¹⁹⁰ Relevanz hat dieser Meinungsstreit in Bezug auf die Frage, worauf sich die Pflicht des Bestellers bzw. der Anspruch des Unternehmers erstreckt. Nach Peters hat der Auftragnehmer lediglich einen Anspruch darauf, dass der Besteller das Werk entgegennimmt, nicht aber darauf, dass der Besteller sein Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß zu billigen hat.¹⁹¹ Zwar ist zuzugeben, dass es keine Pflicht des Bestellers zur Prüfung der Werkleistung des Unternehmers gibt.¹⁹² Hieraus aber zu schließen, dass die inhaltliche Bedeutung eines Soll-Ist-Abgleiches bei einem herzustellenden Werk mit der z. B. beim Kaufvertrag gleichgesetzt werden könne, überzeugt nach hier vertretener Auffassung nicht. Selbst wenn der Besteller selbst in Person nicht in der Lage ist, die Ordnungsmäßigkeit der Leistungserbringung zu beurteilen,¹⁹³ so kann er sich Dritter bedienen, um eine Beurteilungsmöglichkeit zu schaffen. Es ist im Vertragsrecht unüblich, dass die Begründung einer Pflicht grundsätzlich davon abhängig gemacht wird, ob der Verpflichtete in Person in der Lage ist, diese Pflicht zu erfüllen. Vielmehr kann sich der Verpflichtete eines Dritten zur Erfüllung der Pflicht bedienen, muss sich dann aber ein etwaiges Verschulden zurechnen lassen (vgl. § 278 BGB). Darüber hinaus sind nach der von Peters vertretenen Auffassung diejenigen Fälle

185 Bamberger/Roth/Voit, § 640 Rn. 5; Erman/Schwenker/Rodemann, § 640 Rn. 6.

186 Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, § 640 Rn. 19; MüKoBGB/Busche, § 640 Rn. 4.

187 RGZ 110, 404, 407; BGH, NJW 1967, 2259, 2260; BGH, NJW 1968, 1524, 1525; BGH, NJW 1970, 421, 422; BGH, NJW 1996, 1749.

188 RGZ 110, 404, 407; BGH, NJW 1974, 95.

189 Beck VOB/B/Bröker, Vor § 12 Rn. 36 f.; Ingenstau/Korbion/Oppler, § 12 VOB/B Rn. 9; a. A.: Meier, BauR 2016, 565, 567, der von einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung ausgeht.

190 Beck VOB/B/Bröker, Vor § 12 Rn. 30 ff.; von Craushaar, FS Heiermann, 17, 22; Dauner-Lieb/Langen/Havers/Raab, § 640 Rn. 11; Heiermann/Riedl/Rusam/Mansfeld, VOB/B, Rn. 4, 9; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB/B, § 12 Rn. 1, 10; KMG/PrivBauR-HdB/Merl/Hummel, § 14 Rn. 2; NWJS/Abu Saris, § 12 Rn. 17; Thode, ZfBR 1999, 116, 116; Vygen/Jousen, Rn. 1090 f.

191 Staudinger/Peters, § 640 Rn. 10, 18, 32.

192 BGH, NJW 1970, 421, 422; Beck VOB/B/Bröker, Vor § 12 Rn. 45; Dauner-Lieb/Langen/Havers/Raab, § 640 Rn. 12; MüKoBGB/Busche, § 640 BGB Rn. 15.

193 Staudinger/Peters, § 640 Rn. 11.

nur schwer lösbar, bei denen der Besteller zwar das Werk entgegennimmt und benutzt, die Abnahme aber verweigert, weil wesentliche Mängel vorliegen. In diesem Falle würde sich der Besteller nach der Auffassung von Peters widersprüchlich verhalten, da ja in der reinen Entgegennahme an sich bereits eine Abnahme zu sehen wäre. Auch das Argument, dass die Rechtsfolgen der Abnahme bereits gesetzlich vorgezeichnet seien und deshalb von einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung auszugehen sei, überzeugt nicht. Auch die Rechtsfolgen von Gestaltungserklärungen wie z. B. eines Rücktritts, einer Kündigung, einer Anfechtung oder eines Widerrufs sind gesetzlich vorgezeichnet. Dennoch würde deshalb wohl niemand ernsthaft bestreiten, dass es sich bei all diesen einseitigen Gestaltungserklärungen jeweils um Willenserklärungen handelt.¹⁹⁴

Dementsprechend erstreckt sich nach hier vertretener Auffassung die Pflicht des Bestellers zur Abnahme nicht nur auf die Entgegennahme der Werkleistung, sondern auch auf eine entsprechende Erklärung der Billigung. Über die Frage nach der Reichweite der Verpflichtung des Bestellers hinaus hat der oben genannte Meinungsstreit (nur) noch eine akademische Bedeutung, da sich die Frage nach der Kategorisierung entweder in eine Willens- oder in eine Gestaltungserklärung im Übrigen darin erschöpft, ob die Vorschriften über die Behandlung von Willenserklärungen direkt oder zumindest analog angewendet werden. Geht man davon aus, dass es sich bei der Abnahme um eine Willenserklärung handelt, so finden die Vorschriften über die Behandlung von Willenserklärungen direkte Anwendung. Hält man hingegen die Auffassung für vorzugswürdig, dass es sich um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung handle, gelten diese Vorschriften analog.¹⁹⁵

Nichts anderes kann nach hier vertretener Auffassung auch für eine Fiktion der Abnahme gelten: Auch bei einer Abnahmefiktion wird entweder die Abnahme als Willenserklärung fingiert oder als rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Nicht nur Willenserklärungen können fingiert werden (vgl. § 894 ZPO), sondern auch ein rein tatsächliches Geschehen, welches keinen rechtsgeschäftlichen Charakter aufweist, wie z. B. der Zugang (vgl. § 130 BGB). Daher muss dies nach hier vertretener Auffassung im Wege eines Erst-recht-Schlusses (*argumentum a fortiori*)¹⁹⁶ auch für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen gelten.

Nicht ernsthaft umstritten ist jedoch, dass es sich bei der Abnahme nicht um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt.¹⁹⁷ Lediglich Pause/Vogel¹⁹⁸ vertreten diesbezüglich die Auffassung, dass die Rechtsnatur der Abnahme vertragsähnlich ausgestaltet sei und es deshalb auf die Zustimmung des Unternehmers ankäme. Diese Auffassung steht dabei allerdings im Kontext der Spezialfrage einer „aufgedrängten Abnahme“. Hierbei geht es um die Frage,

194 Zur Einordnung einer Gestaltungserklärung als Willenserklärung vgl. BGH, NJW 1991, 2552, 2553; BGH, JuS 2000, 294; BGH, ZMR 2015, 216, 219; BGH, NJW 2018, 2863, 2865.

195 BGH, NJW 1983, 1542; BGH, NJW 2001, 289, 290; MüKoBGB/*Armbrüster*, Vor § 116 Rn. 17, 30.

196 Zur Anwendung vgl. BGH, NZKart 2016, 280, 284; OLG Frankfurt, NJW 1998, 2747, 2748; OLG Nürnberg, LMuR 2011, 51, 54; OLG Oldenburg, BeckRS 2013, 9955; OLG Hamm, NJW-RR 2017, 85, 86; OLG Celle, ZfR 2023, 482

197 Kapellmann/Messerschmidt/*Havers*, VOB/B, § 12 Rn. 4, 24.

198 Kniffka/*Jurgeleit/Pause/Vogel*, § 640 Rn. 26.

ob der Besteller in bestimmten Situationen auch das Recht hat, die Abnahme zu erklären, obwohl dies den Interessen des Unternehmers zuwiderläuft.¹⁹⁹ Übereinstimmend mit Koos²⁰⁰ ist nach hier vertretener Auffassung aber zwischen der Abnahmeerklärung selbst und deren Folgen zu differenzieren. Natürlich mag es sein, dass die Abnahmeerklärung den Interessen des Unternehmers zuwiderlaufen kann; jedoch kann der Besteller nach hier vertretener Auffassung eine Abnahme auch gegen den Willen des Unternehmers erklären. In diesem Falle muss der Besteller aber auch die daraus resultierenden Folgen gegen sich gelten lassen. Denn in einer solchen Abnahme kann ggf. eine unzulässige Verkürzung von Leistungsrechten des Bestellers zu sehen sein. Somit könnte eine solche Abnahmeerklärung ohne Vorliegen deren Voraussetzungen (im Wesentlichen mangelfreie Fertigstellung) im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB als konkludente (Teil-)Kündigung gewertet werden.²⁰¹ Ebenso könnte der Unternehmer auch einen Verjährungseinwand in Bezug auf Gewährleistungsansprüche geltend machen, wenn und soweit der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Bestellers zum Zeitpunkt der Abnahmeerklärung bereits verjährt war (analog § 217 BGB).²⁰² Im Ergebnis ist es jedenfalls nach hier vertretener Auffassung nicht sachgerecht, der Abnahme (nur) aufgrund der Möglichkeit einer etwaigen missbräuchlichen Verwendung eine vertragsähnliche Struktur zuzusprechen. Sicherlich ist es geboten, die „aufgedrängte Abnahme“ in Bezug auf ihre Rechtsfolgen (Teilkündigung oder Erstreckung der Verjährungseinrede) zu bewerten. Dies ändert aber nichts an der rechtsgeschäftlichen Einordnung der Abnahme, die schon wegen ihrer Zielrichtung und dem damit verbundenen Zweck (Soll-Ist-Abgleich) keine Erklärung des Unternehmers ist. Daher kann sie auch nicht von der Zustimmung des Unternehmers abhängig gemacht werden, sondern ist als einseitige Willenserklärung des Bestellers anzusehen.

V. Rechtsfolgen der Abnahme

Für die Beurteilung der Frage, welche Rechtsfolgen eine vom Besteller zu Unrecht verweigerte Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels nach sich zieht, ist es sinnstiftend, vor Betrachtung dieser Ausnahmesituation zunächst den gesetzlichen Regelfall zu beleuchten. Es stellt sich also die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Besteller die Abnahme regulär erklärt. Die Abnahme stellt eine Zäsur im Vertragsverhältnis der Parteien dar, weil mit ihr das Erfüllungsstadium endet²⁰³ und damit gleichzeitig die Gewährleistungsphase beginnt.²⁰⁴ Im Einzelnen führt dies zu einer ganzen Reihe von Rechtsfolgen.

199 Vgl. hierzu den Meinungsstand bei Koos, NZBau 2022, 67, 70 f.

200 Koos, NZBau 2022, 67, 71.

201 So auch Kapellmann/Messerschmidt/Havers, VOB/B, § 12 Rn. 97.

202 Koos, NZBau 2022, 67, 73.

203 Beck VOB/B/Bröker, Vor § 12 Rn. 131; Dähne, FS Heiermann, 23, 23; Dauner-Lieb/Langen/Havers/Raab, § 640 Rn. 38; Heiermann/Riedl/Rusam/Mansfeld, VOB/B, § 12 Rn. 24; Ingenstau/Korbion/Oppler, § 12 VOB/B Rn. 36; Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, § 640 Rn. 53; Thode, ZfBR 1999, 116, 116.

204 Beck VOB/B/Bröker, Vor § 12 Rn. 131; Dauner-Lieb/Langen/Havers/Raab, § 640 Rn. 38; Heiermann/Riedl/Rusam/Mansfeld, VOB/B, § 12 Rn. 23; Ingenstau/Korbion/Oppler, § 12 VOB/B Rn. 36, 40.