

## Entbehrlichkeit der Abnahme bei Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf die Erbringung der Werkleistung

stud. iur. Stefan Kaufhold

BGH VII ZR 108/19

§§ 631 Abs. 1, 641 Abs. 1 S. 1; § 641 Abs. 1 S. 3 a.F.; §§ 214, 215 Abs. 1 BGB

### Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht)

Am 09.07.2010 schlossen B und K einen schriftlichen Vertrag über die Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit zu einem Pauschalpreis von EUR 315.126,05 netto. Im Anschluss an die Fertigstellung der Arbeiten verlangte K die Abnahme des Werkes von B. Dies lehnte B allerdings mit der Begründung ab, dass erhebliche Restarbeiten offen seien und darüber hinaus noch zahlreiche Mängel vorlägen. In diesem Zusammenhang forderte B die K zur Beseitigung der gerügten Mängel auf.

Erst im Anschluss an einen gemeinsamen Ortstermin am 21.06.2012 beseitigte die K einige der von B gerügten Mängel. Daraufhin teilte K der B am 10.10.2012 im Einzelnen mit, welche Mängel inzwischen beseitigt worden seien. Einige Monate später, am 28.04.2013, sandte B der K ein aktualisiertes Mängelprotokoll ihres Privatgutachters zu. Daraus ergab sich, dass nach wie vor erhebliche Mängel an dem Werk bestanden. Insbesondere zeigte das Protokoll, dass K im Zuge der ersten Mängelausbesserung einige der gerügten Mängel gar nicht bedacht hatte. Zusammen mit der Übersendung des Privatgutachtens machte B Schadensersatzansprüche für von ihr durchgeführte Ersatzmaßnahmen und wegen verspäteter Fertigstellung geltend. Daraufhin erhob K die Verjährungseinrede bezüglich des Erfüllungsanspruchs der K.

K verlangt Zahlung des Werklohns i.H.v. EUR 92.207,96. Zu Recht?

### Bearbeitervermerk:

Es sei explizit darauf hingewiesen, dass für Verträge, die vor dem 01.01.2018 abgeschlossen worden sind, das „alte“ Recht gilt. Dies wirkt sich vorliegend insbesondere auf § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aus.

### EINORDNUNG

Anders als von der gesetzlichen Vermutung des § 271 Abs. 1 BGB geregelt, tritt die Fälligkeit bei Werkverträgen nicht schon mit Abschluss des Vertrages ein, sondern gemäß § 641 Abs. 1 BGB erst mit Abnahme des Werkes. Nach der Rechtsprechung des BGH gibt es von diesem Grundsatz nur wenige Ausnahmen.

Die vorliegende Entscheidung des BGH thematisiert die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Abnahme des Werkes für den Eintritt der Fälligkeit ausnahmsweise entbehrlich ist. In diesem Zusammenhang verweist der siebte Senat des BGH auf einige Entscheidungen der jüngeren

Vergangenheit, in denen eine Entbehrlichkeit für den Fall angenommen wurde, dass sich das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in ein bloßes Abrechnungsverhältnis umwandelt.<sup>1</sup> Diesbezüglich stellte sich sodann die Frage, ob dieser Fall mit dem Fall gleichgesetzt werden könnte, dass dem Erfüllungsanspruch des Bestellers die Einrede der Verjährung entgegensteht.

Der Fall begleitet Studierende durch die Möglichkeiten, aufgrund derer die Fälligkeit des Werklohnanspruchs (unabhängig von der Abnahme) herbeigeführt werden kann.

<sup>1</sup> BGH NJW 2017, 1604 (1606); BGH NJW 2006, 2475 (2476).

## LEITSATZ

Die Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf Herstellung des versprochenen Werks führt nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Unternehmers.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch aus §§ 650a, 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB

I. Anspruch entstanden

II. Fälligkeit

1. Ausdrückliche Abnahme

2. Konkludente Abnahme

a. Ausbleibende Mängelrüge

b. Untätigkeit nach teilweiser Beseitigung der Mängel

c. Zwischenergebnis

3. Fiktion der Abnahme

4. Entbehrlichkeit der Abnahme

a. Abrechnungsverhältnis

**b. Verjährung des Erfüllungsanspruchs**

III. Zwischenergebnis

B. Anspruch aus GoA

C. Gesamtergebnis

### A. Anspruch aus §§ 650a, 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB

K könnte ein Anspruch auf Restwerklohnzahlung gegen B aus §§ 650a, 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB zustehen. Das setzt voraus, dass zwischen K und B ein wirksamer Bauvertrag geschlossen wurde und der Anspruch auf Restwerklohnzahlung fällig geworden ist.

#### I. Wirksamer Bauvertrag

Ein Anspruch auf Restwerklohnzahlung setzt zunächst das Bestehen eines wirksamen Werk- oder Bauvertrags zwischen K und B voraus. Gemäß § 650a Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Bauvertrag ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Ein Vertrag setzt sich aus zwei übereinstimmenden Willenser-

klärungen zusammen.<sup>2</sup> Am 09.07.2010 haben K und B einen schriftlichen Vertrag über die Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit geschlossen. Somit liegen bezüglich der vertragsgemäßen Erweiterung zwei übereinstimmende Willenserklärungen von K und B vor. Folglich handelt es sich um einen wirksamen Bauvertrag zwischen den Parteien, sodass der Anspruch der K auf Restwerklohnzahlung zumindest dem Grunde nach entstanden ist.

#### II. Fälligkeit

Darüber hinaus müsste der Anspruch der K aber auch fällig sein. Ab Fälligkeit kann der Anspruchsteller die Forderung verlangen.<sup>3</sup> Fälligkeit tritt gemäß § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich sofort ein, sofern eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Für die Fälligkeit des Werklohns bestimmt die besondere Regelung des § 641 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen den Zeitpunkt der Abnahme des Werkes i.S.d. § 640 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>4</sup> Unter einer Abnahme versteht man die körperliche Hinnahme und Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung durch den Besteller.<sup>5</sup> Dies könnte hier entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgt sein.

##### 1. Ausdrückliche Abnahme

Zunächst könnte das Werk von B durch ausdrückliche Erklärung abgenommen worden sein. Ist eine körperliche Entgegennahme wegen der Art der Werkleistung nicht möglich, weil z.B. Arbeiten am Grundstück des Bestellers ausgeführt wurden, so ist für die Abnahme die Billigung des Werkes nach dessen Vollendung ausreichend.<sup>6</sup> Das Werk besteht vorliegend in der Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit. Allerdings verweigerte B die verlangte Abnahme mit Verweis auf ausstehende Restarbeiten und zahlreiche Mängel. Eine Billigung des Werkes nach dessen Vollendung wäre für eine Abnahme aufgrund der Art der Werkleistung zwar als ausreichend anzusehen, jedoch liegt gerade keine Billigung des Werkes durch B vor. Folglich hat B das Werk nicht ausdrücklich abgenommen.

##### 2. Konkludente Abnahme

Die Abnahme könnte allerdings auch konkludent erfolgt sein. Eine konkludente Abnahme liegt vor, wenn

<sup>2</sup> H.-W. Eckert in: BeckOK BGB, 55. Edt. 2020, § 145 Rn. 3.

<sup>3</sup> BGH NJW 2007, 1581 (1582); Krüger in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 2.

<sup>4</sup> Busche in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 641 Rn. 3.

<sup>5</sup> BGHZ 61, 42 (45); Sprau in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl. 2020, § 640 Rn. 3.

<sup>6</sup> BGHZ 48, 257 (262f.).

dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.<sup>7</sup> Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Auftragnehmer gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen.<sup>8</sup> Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>9</sup> Eine Abnahme könnte sich vorliegend aus der anfänglich ausbleibenden Mängelrüge oder der Untätigkeit der B nach der teilweise erfolgten Beseitigung der Mängel ergeben.

#### a. Ausbleibende Mängelrüge

Eine konkludente Abnahme seitens der B könnte sich zunächst daraus ergeben, dass diese nach dem gemeinsamen Ortstermin vom 21.06.2012 zunächst keine weiteren Mängel rügte. Allerdings wurden im Vorfeld des Ortstermins durch K noch keine der von B gerügten Mängel beseitigt. Somit konnte aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht davon ausgegangen werden, dass B das Werk trotz der weiterhin bestehenden Mängel als im Wesentlichen vertragsgemäß billigen würde. Folglich liegt in der fehlenden Mängelrüge der B keine konkludente Abnahme.

#### b. Untätigkeit nach teilweiser Beseitigung der Mängel

Ferner könnte sich eine konkludente Abnahme des Werkes durch B daraus ergeben, dass diese zunächst untätig geblieben ist, nachdem K jedenfalls die teilweise Beseitigung der gerügten Mängel durchgeführt hat.

Jedoch hat K in ihrem Schreiben vom 10.10.2012 eine Vielzahl der beanstandeten Mängel nicht als beseitigt ausgewiesen. Somit konnte aus objektiver Empfängersicht nicht angenommen werden, dass eine unterlassene Reaktion der B auf den Zugang des Schreibens vom 10.10.2012 als Verzicht auf ihre Mängelinwände auszulegen war. Folglich kann auch in der unterbliebenen Reaktion der B bezüglich des Schreibens vom 10.10.2012 keine konkludente Abnahme gesehen werden.

#### c. Zwischenergebnis

Mithin kann aufgrund des Verhaltens der B nicht auf einen (konkludenten) Abnahmewillen ihrerseits geschlossen werden.

### 3. Fiktion der Abnahme

Denkbar wäre hier aber, dass die Abnahme des Werkes – unter den Voraussetzungen der gesetzlichen Vermutung des § 641 Abs. 1 S. 3 BGB – fingiert worden sein könnte. Nach der früheren gesetzlichen Regelung wird die Abnahme fingiert, wenn der Besteller das Werk innerhalb einer angemessenen Frist trotz Verpflichtung hierzu nicht abnimmt. Für eine gesetzliche Fiktion müsste das Werk insbesondere abnahmereif sein. Abnahmereife ist dann anzunehmen, wenn das Werk vollständig und – von unwesentlichen Mängeln i.S.d. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. abgesehen – mangelfrei ist.<sup>10</sup>

Das Werk weist laut des von B einberufenen Sachverständigengutachtens erhebliche Mängel auf. Somit war das Werk nicht abnahmereif. Folglich kann K sich auch nicht auf die gesetzliche Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. berufen.

#### Anmerkung:

Auf Schuldverhältnisse, die vor dem 01.01.2018 begründet wurden, ist weiterhin § 640 Abs. 1 S. 3 BGB anzuwenden. Die Regelung hat im Zuge der Reform des Bauvertragsrechts in § 640 Abs. 2 BGB einen neuen Regelungsstandort erhalten.<sup>1</sup> In diesem Zusammenhang sind die Voraussetzungen für die Abnahmefiktion vom Gesetzgeber etwas modifiziert worden. Insbesondere sollte damit der wiederkehrenden Frage um die (nicht mehr tolerierbare) Wesentlichkeit von Mängeln begegnet werden. Während § 640 Abs. 1 S. 3 BGB die Abnahmefiktion noch auf die Fälle beschränkte, in denen der Besteller die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel beschränkte, wurde diese Unterscheidung mit der Einführung des § 640 Abs. 2 BGB aufgehoben.<sup>2</sup> Im Ergebnis wäre eine Fiktion auch nach der neuen Gesetzeslage abzulehnen.

<sup>1</sup> Busche in: MüKo BGB (Fn. 4), § 640 Rn. 25.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/8486, 24 (48); Busche in: MüKo BGB (Fn. 4), § 640 Rn. 26.

<sup>7</sup> BGH NJW 2013, 3513 (5314).

<sup>8</sup> BGHZ 146, 250 (262).

<sup>9</sup> BGH NJW-RR 2010, 748 (749).

<sup>10</sup> BGH NJW 1992, 2481; Sprau in: Palandt (Fn. 5), § 640 Rn. 8.

### 4. Entbehrlichkeit der Abnahme

Jedoch könnte die Abnahme im vorliegenden Fall entbehrlich sein, sodass der Anspruch der K ohne Abnahme und

trotz fehlender Abnahmepflicht fällig und somit durchsetzbar sein könnte.

#### a. Abrechnungsverhältnis

Zunächst könnte sich die Entbehrlichkeit der Abnahme daraus ergeben, dass sich das Schuldverhältnis zwischen K und B in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt hat. Ein Abrechnungsverhältnis entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Werkunternehmer endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht.<sup>11</sup> Dies kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Besteller nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt oder die Abnahme des Werkes oder weitere Arbeiten des Unternehmers ernsthaft und endgültig ablehnt.<sup>12</sup> B macht zwar Schadensersatzansprüche für von ihr durchgeführte Ersatzvornahmen und wegen verspäteter Fertigstellung geltend, allerdings hat sie nie endgültig auf die Fertigstellung des Werkes und die Mangelbeseitigung durch K verzichtet. Somit wandelt sich das Vertragsverhältnis zwischen K und B nicht in ein Abrechnungsverhältnis um. Folglich ist die Abnahme des Werkes in diesem Zusammenhang auch nicht entbehrlich.

#### b. Verjährung des Erfüllungsanspruchs

Die Entbehrlichkeit der Abnahme könnte sich allerdings auch aus der Verjährung des Erfüllungsanspruchs ergeben. Fraglich ist insoweit, ob eine verständige Auslegung der §§ 215, 641 Abs. 1 BGB dazu führt, dass eine entgegengesetzte Verjährungseinrede des Bestellers eine mit dem Abrechnungsverhältnis vergleichbare Wirkung entfaltet.

Einerseits könne argumentiert werden, dass die Rechtswirkungen der beiden Institute im Ergebnis parallel liefen. Auch im Falle einer Verjährungseinrede werde das Werk unter normalen Umständen nicht mehr vollendet. Schließlich könne der Werkunternehmer aufgrund der Verjährungseinrede seine Leistungspflicht gem. § 214 Abs. 1 BGB verweigern. Das würde dazu führen, dass der Besteller den Erfüllungsanspruch gem. § 215 Abs. 1 BGB nur noch einredeweise geltend machen könne.<sup>13</sup> Für eine einredeweise Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs des Bestellers

sei wiederum erforderlich, dass diesem ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch gegenüberstehe.<sup>14</sup> Der einzige Anspruch der insoweit in Frage käme, wäre der Werklohnanspruch des Werkunternehmers. Somit müsse dieser im Ergebnis auch ohne Abnahme fällig sein.<sup>15</sup>

Andererseits müsse berücksichtigt werden, dass es dem Werkunternehmer im letzteren Fall rechtlich und tatsächlich möglich sei, den Anspruch des Bestellers zu erfüllen. Somit liege es letztlich in seiner eigenen Verantwortungssphäre, die Voraussetzungen für die Abnahmepflicht des Bestellers und die damit verbundene Fälligkeit seines Werklohnanspruchs herbeizuführen.<sup>16</sup> Im Gegensatz zu dem erstgenannten Fall lasse die Verjährungseinrede den Anspruch nicht untergehen, sondern hindere gem. § 214 Abs. 1 BGB lediglich dessen Durchsetzbarkeit.<sup>17</sup> Letztlich begründe § 215 Abs. 1 BGB gerade kein Zurückbehaltungsrecht, sondern setze ein solches voraus.<sup>18</sup>

Zwar kann man der ersten Ansicht zugutehalten, dass die Verjährungseinrede bei rein faktischer Betrachtung tatsächlich zu einem sehr ähnlichen Ergebnis führt. Die Vollendung des Werkes tritt in der Regel in beiden Fällen nicht ein. Auf den zweiten Blick trägt diese Sichtweise allerdings. Bei der Verjährungseinrede fällt der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht weg. Der Werkunternehmer kann die Erfüllung lediglich verweigern. Somit liegt es aber auch in seiner Verantwortungssphäre, die Fälligkeit seines eigenen Anspruchs gegen den Besteller herbeizuführen. In dem Moment, in dem der Werkunternehmer das Werk (im Wesentlichen) fehlerfrei zu Ende stellt, wird dieses abnahmereif. Im Ergebnis ist der Werkunternehmer nicht in dem Maße schutzbedürftig, wie dies bei der Umwandlung des Leistungsverhältnisses in ein Abrechnungsverhältnis der Fall ist.

#### III. Zwischenergebnis

Mithin ist die Abnahme im vorliegenden Fall nicht entbehrlich. Eine derartige Würdigung der §§ 215, 641 Abs. 1 BGB verstößt auch nicht gegen die Maßstäbe von Treu und Glauben, die sich aus § 242 BGB ergeben. B kann die Fälligkeit des Werkes jederzeit durch die (im Wesentlichen man-

<sup>11</sup> NJW 2017, 1607; BGH NJW-RR 2002, 160.

<sup>12</sup> BGHZ 167, 345; 213, 349.

<sup>13</sup> BGH NJW 2020, 2070 (2271).

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> Ebd.

<sup>16</sup> Ebd.

<sup>17</sup> Ebd.

<sup>18</sup> Ebd.

gelfreie) Fertigstellung des Werkes herbeiführen.

Folglich ist der Anspruch der K auf Restwerklohnzahlung nicht fällig, sodass der Anspruch der K zwar dem Grunde nach besteht, allerdings nicht durchgesetzt werden kann.

### **B. Anspruch aus GoA**

Aufgrund der bestehenden vertraglichen Regelungen scheidet ein Anspruch aus GoA aus.

### **C. Gesamtergebnis**

Zusammenfassend hat K mangels Fälligkeit zurzeit keinen Anspruch auf Restwerklohnzahlung aus §§ 650a, 631 Abs. 1, 2. HS BGB gegen B.

## FAZIT

Der BGH unterstreicht in der vorliegenden Entscheidung die Relevanz der Abnahme für die Fälligkeit von Werklohnansprüchen. Zwar bestätigt der BGH die Entbehrlichkeit der Abnahme für den Fall, dass sich das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in ein Abrechnungsverhältnis umwandelt.

Der siebte Senat macht aber im gleichen Atemzug deutlich, dass, abgesehen von dieser allgemein anerkannten Ausnahme, eine Entbehrlichkeit der Abnahme nicht vorschnell angenommen werden kann. Insbesondere könne eine solche nicht dadurch herbeigeführt werden, dass der Werkunternehmer sich (berechtigterweise) auf die Einrede der Verjährung beruft. Solange der Eintritt der Fälligkeit allein oder zumindest weit überwiegend in der Verantwortungssphäre des Werkunternehmers liegt, bestehe kein Grund, die gesetzlichen Regelungen teleologisch zu reduzieren und die Abnahme des Werkes als entbehrlich anzusehen.