



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 108/19

Verkündet am:  
28. Mai 2020  
Zimmermann,  
Justizfachangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 631 Abs. 1, § 641 Abs. 1 Satz 1, 3 a.F., § 214, § 215 Abs. 1, § 242 Ba

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

BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 - VII ZR 108/19 - OLG Hamm  
LG Münster

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2020 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Halfmeier sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. April 2019 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt Zahlung von Restwerklohn.
- 2 Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit schriftlichem Vertrag vom 9. Juli 2010 mit der Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhouses um eine Wohneinheit zu einem Pauschalpreis von 315.126,05 € netto. Als Vertragsbestandteil waren unter anderem die Vorschriften der VOB/B in der bei Unterzeichnung des Vertrags geltenden Fassung sowie eine förmliche Abnahme vereinbart.
- 3 Nachdem die Klägerin Arbeiten ausgeführt hatte, verlangte sie deren Abnahme. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 21. Januar 2012 unter

Bezugnahme auf behauptete erhebliche offene Restarbeiten und zahlreiche Mängel ab.

- 4 Mit anwaltlichem Schreiben vom 22. Mai 2012 forderte die Beklagte die Klägerin unter Bezugnahme auf ein Mängelprotokoll eines von ihr beauftragten Privatgutachters zur Mängelbeseitigung auf. Im Anschluss an einen gemeinsamen Ortstermin beseitigte die Klägerin einige Mängel. Sie teilte mit anwaltlichem Schreiben vom 10. Oktober 2012 im Einzelnen mit, welche Mängel inzwischen beseitigt worden seien, und kündigte unter Hinweis darauf, dass nach ihrer Einschätzung fast alle Mängel beseitigt worden seien, die Erstellung der Schlussrechnung an, die sie - datiert auf den 30. April 2013 - der Beklagten am 23. Mai 2013 übersandte. Hierin errechnete sie nach Abzug geleisteter Abschlagszahlungen einen Restwerklohn von 117.248,53 € brutto.
- 5 Mit anwaltlichem Schreiben vom 19. August 2013 übersandte die Beklagte der Klägerin eine überprüfte und gekürzte Schlussrechnung mit einem neuen Mängelprotokoll ihres Privatgutachters vom 28. April 2013. Die Beklagte machte unter Verweis auf eine anliegende Forderungsaufstellung Schadensersatzansprüche für von ihr durchgeführte Ersatzvornahmen in Höhe von 26.623,69 € und von weiteren 57.916,26 €, insbesondere aus verspäteter Fertigstellung, geltend und errechnete nach Saldierung der wechselseitigen Forderungen einen ihr noch zustehenden Rückzahlungsanspruch in Höhe von 169.806,64 €, wobei sie klarstellte, dass ein Kostenvorschuss geltend gemacht werde. Sie wies darauf hin, dass die Klägerin mangels Abnahme für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung darlegungs- und beweisbelastet sei.
- 6 Die Beklagte hat hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe eines zweifachen Druckzuschlags von 444.500 € geltend gemacht und weiter hilfsweise für den Fall der Annahme der Fälligkeit der Restwerklohnforderung die

Aufrechnung mit Vorschuss- und Schadensersatzforderungen in Höhe von insgesamt 69.769,84 € erklärt. Die Klägerin hat die Einrede der Verjährung erhoben.

7 Die Klägerin hat in erster Instanz auf Verurteilung zu einer Zahlung von 117.248,53 € nebst Zinsen angetragen. Das Landgericht hat die Klage am 8. Dezember 2017 als derzeit unbegründet abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der diese noch Zahlung von 92.207,96 € nebst Zinsen sowie die Verurteilung der Beklagten, einen nach dem Kostenfestsetzungsbeschluss der ersten Instanz empfangenen Betrag nebst Zinsen zurückzuzahlen, begehrt hat, ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte die Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anträge weiterverfolgen.

#### Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

9 Auf das Schuldverhältnis der Parteien ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31. Dezember 2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1, § 39 EGBGB.

I.

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in NJW 2019, 3240 veröffentlicht ist, meint, ein etwaiger Restwerklohnanspruch der Klägerin sei nicht fällig.

11 Die Fälligkeit eines solchen Anspruchs setze nach § 641 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Abnahme des Werks voraus, an der es vorliegend fehle. Eine förmliche Abnahme habe nicht stattgefunden. Eine fiktive Abnahme komme ebenso wenig wie eine konkludente Abnahme in Betracht. Eine Abnahme sei auch nicht deswegen entbehrlich, weil sich das Schuldverhältnis der Parteien in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt hätte. Denn die Beklagte habe nie endgültig auf eine mangelfreie Fertigstellung des Werks verzichtet.

12 Eine Abnahmefähigkeit des Werks sei nicht gegeben, weil wesentliche Mängel vorlägen. Der Einwand der Klägerin, die Beklagte könne sich wegen Verjährung ihrer Fertigstellungsansprüche nicht auf wesentliche Mängel berufen, verfange im Ergebnis nicht, da (teilweise) keine Verjährung eingetreten sei.

13 Der Erfüllungsanspruch verjähre in der Regelfrist, also kenntnisabhängig grundsätzlich drei Jahre nach Jahresende seines Entstehens (§§ 195, 199 BGB), während die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 634a Abs. 2 BGB erst mit der Abnahme beginne. Beim Bauvertrag trete Fälligkeit im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch mit dem vereinbarten Fertigstellungstermin ein. Da die Verjährungsfrist jedenfalls solange gehemmt sei, wie der Werkunternehmer Nacharbeiten vornehme, hätte damit die dreijährige Frist spätestens 2014 begonnen und wäre Ende 2016 abgelaufen.

14 Der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch verjähre indes nicht früher als der nach Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch. Die Verjährung von Erfüllungsansprüchen, die der Sache nach die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werks betreffen, sei an

den Lauf der entsprechenden Gewährleistungsfristen des Nacherfüllungsanspruchs geknüpft. Insofern sei daher zwischen der Nichterfüllung und der Schlechterfüllung zu differenzieren. Bei der Nichterfüllung verbleibe es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist. Werde das Werk hingegen hergestellt, teile sich der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB - ähnlich wie die Ansprüche bei der freien Kündigung im Hinblick auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk - auf. Der Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB bleibe wegen des noch nicht erstellten Teils bestehen und könne sich - da ein Mangel nicht bestehe - nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln. Er verjähre in der Regelverjährung und bleibe bei Erhebung der Verjährungseinrede dauerhaft nicht durchsetzbar. Bezüglich des mangelhaft hergestellten Teils erlösche der Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB indes nicht durch die Abnahme, sondern wandle sich dann in den Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB um.

- 15            Damit stehe der Klägerin auch kein Anspruch auf Rückzahlung der auf den Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts geleisteten Summe nach § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu.

## II.

- 16            Das hält der rechtlichen Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand. Ein etwaiger Restwerklohnanspruch der Klägerin (Klageantrag zu 1) gemäß § 631 Abs. 1 BGB ist nicht fällig. Der Klägerin steht damit auch kein Anspruch gemäß § 717 Abs. 2 ZPO (Klageantrag zu 2) zu, da das Urteil des Landgerichts nicht abzuändern ist.

1. Die Fälligkeit eines Werklohnanspruchs setzt gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB - abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen des § 641 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB - die Abnahme des Werks durch den Besteller voraus, § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist, § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Wenn der Besteller die Abnahme endgültig verweigert, so ist diese Fristsetzung entbehrlich (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05 Rn. 29, BGHZ 174, 110).

18 Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, die Rechtsfehler nicht erkennen lassen, hat die Beklagte das Werk der Klägerin weder abgenommen noch war sie hierzu verpflichtet, da wesentliche Mängel vorliegen.

19 2. a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ein Werklohnanspruch unter bestimmten Voraussetzungen auch unabhängig von den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen, insbesondere ohne Abnahme und trotz fehlender Abnahmepflicht fällig. Das ist etwa der Fall, wenn der Besteller nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt oder die Abnahme des Werkes oder weitere Arbeiten des Unternehmers ernsthaft und endgültig ablehnt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04 Rn. 26 m.w.N., BGHZ 167, 345; Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 Rn. 44, 47, BGHZ 213, 349) oder die Erfüllung unmöglich geworden ist (vgl. Kniffka in Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 4. Teil Rn. 490 m.w.N.). In diesen Fällen besteht ein Abrechnungsverhältnis, was dadurch gekennzeichnet ist, dass der Unternehmer einen Vergütungsanspruch hat und dem Besteller allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung

des Werks zustehen (BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274, juris Rn. 19).

20           Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Voraussetzungen dieser Ausnahmen nicht vorliegen. Das Berufungsgericht hat insbesondere festgestellt, dass die Beklagte nie endgültig auf eine mangelfreie Fertigstellung des Werks verzichtet habe. Diese Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen.

21           b) Zu Unrecht meint die Revision, diesen Fällen, in denen der Erfüllungsanspruch des Bestellers vor Herstellung des Werks entfalle, stehe bei verständiger Auslegung der § 215, § 641 Abs. 1 BGB der Fall gleich, dass der Erfüllungsanspruch verjährt sei und der Unternehmer den Verjährungseinwand erhoben habe; nach § 215 Abs. 1 BGB könne der Besteller diesen Anspruch dann nur noch einredeweise (§ 320 BGB) geltend machen, was aber voraussetze, dass der Werklohnanspruch auch ohne Abnahme fällig sei. Das trifft nicht zu. Der entscheidende Grund, der in den genannten Ausnahmen die Annahme der Fälligkeit des Werklohnanspruchs gebietet, liegt in einem solchen Fall nicht vor. Im Gegensatz zu den anerkannten Fällen eines Abrechnungsverhältnisses ist es dem Unternehmer hier rechtlich und tatsächlich möglich, den Anspruch des Bestellers (im Wesentlichen mangelfrei) zu erfüllen und damit selbst die Voraussetzungen für eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme und damit letztlich die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs herbeizuführen. Die begründete Erhebung der Einrede der Verjährung lässt einen Anspruch nicht untergehen, sondern hindert nur dessen Durchsetzung, § 214 Abs. 1 BGB. Der Anspruch bleibt



erfüllbar. Eine Leistung kann abgenommen werden. Sie erfolgt mit Rechtsgrund und kann nicht zurückgefordert werden, § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB.

22 Aus § 215 Abs. 1 BGB kann die Revision für ihre Ansicht nichts herleiten. Die Vorschrift, die auch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags anwendbar ist (MünchKommBGB/Grothe, 8. Auflage, § 215 Rn. 4), begründet kein Zurückbehaltungsrecht, sondern setzt ein solches voraus und regelt dessen Fortbestand bei Verjährung des Gegenanspruchs (vgl. BeckOGK/Bach, BGB, Stand: 1. Mai 2020, § 215 Rn. 23). Da der Unternehmer vorleistungspflichtig ist, bedarf es eines Leistungsverweigerungsrechts des Bestellers jedoch von vornherein nicht, um eine Vergütungsklage abzuwehren. Der Unternehmer kann seinen Werklohnanspruch nur bei Annahmeverzug des Bestellers und nur mit der Folge einer Verurteilung nach Empfang der Gegenleistung durchsetzen, § 322 Abs. 2 BGB. § 215 Abs. 1 BGB kann nicht entnommen werden, dass eine Verjährung des Gegenanspruchs hieran zu Lasten des Bestellers etwas ändern würde.

23 3. Entgegen der von der Klägerin in der Berufungsinstanz vertretenen Ansicht führt eine Verjährung des Erfüllungsanspruchs des Bestellers nicht dazu, dass dieser sich nicht auf wesentliche Mängel berufen kann und der Werklohnanspruch fällig wird. Anders als die Revision meint, muss der Besteller auch nicht, um diese Folge zu verhindern, seinen Erfüllungsanspruch mit der Erhebung einer Einrede nach § 320 BGB verfolgen (§ 242 BGB).

24 Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Werklohnanspruch des Unternehmers in einer solchen Situation nicht fällig wird. Aus den unter 2. bereits genannten Gründen kann der Unternehmer jederzeit die Fälligkeit herbeiführen, indem er die vorhandenen wesentlichen Mängel beseitigt. Es besteht keine Veranlassung, ihm dies nicht mehr zuzumuten, wenn er es über einen

längeren Zeitraum unberechtigt unterlassen hat (vgl. zu längerem Zeitablauf ohne Verjährung BGH, Urteil vom 8. Januar 2004 - VII ZR 198/02, BauR 2004, 670 = NZBau 2004, 210, juris Rn. 15 f.; Urteil vom 27. Oktober 2011 - VII ZR 84/09 Rn. 21 ff., BauR 2012, 241 = NZBau 2012, 34). Aus der Tatsache, dass der Besteller seinen Erfüllungsanspruch in dieser Zeit hat verjähren lassen, kann der Unternehmer im Hinblick auf seine Vergütung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Besteller, der den Werklohn noch nicht (vollständig) gezahlt hat und der berechtigt eine Abnahme verweigert, ist nicht nach Treu und Glauben gehalten, Maßnahmen zur Verjährungshemmung zu ergreifen. Dies zeigt auch der Rechtsgedanke des § 215 Abs. 1 BGB; diese Vorschrift betrifft beiderseits fällige Ansprüche. Ihr liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden soll (BGH, Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 144/14 Rn. 11, BauR 2016, 258 = NZBau 2016, 28). Das gilt ebenso und erst recht, wenn der Schuldner berechtigt die Abnahme verweigert und deshalb zu Recht davon ausgehen kann, dass ein Werklohnanspruch nicht fällig werden kann.

25           Hierfür bedarf es keiner Einrede des Bestellers gemäß § 320 BGB; er muss sich grundsätzlich nicht auf wesentliche Mängel "berufen". Da es sich wie dargestellt nicht um einen Fall des § 215 Abs. 1 BGB handelt, reicht es aus, dass der Besteller die vom Unternehmer darzulegende und zu beweisende im Wesentlichen mangelfreie Herstellung des Werks in der gebotenen Weise bestreitet. Dies hat die Beklagte durchweg getan.

26

Nach alledem kann dahinstehen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts, der Erfüllungsanspruch der Beklagten sei (teilweise) nicht verjährt, zutrifft.

III.

27

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Pamp

Halfmeier

Graßnack

Sacher

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Münster, Entscheidung vom 08.12.2017 - 22 O 132/13 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 30.04.2019 - I-24 U 14/18 -