

Rundbrief 54 – Abnahme und Fälligkeit beim BGB-Bauwerkvertrag

Fälligkeit:

Beim BGB-Bauwerkvertrag ist ebenso wie bei einem VOB-Bauwerkvertrag Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch die Rechnungsstellung – bei einem BGB Bauwerkvertrag ist die Rechnungserstellung nicht Fälligkeitsvoraussetzung (BGH Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10 Rdn. 18 a; OLG Braunschweig Beschl. v. 27.09.2017 – 8 U 14/17; IBR 2018, 496) - aber jetzt nach § 650 g Abs. 4 BGB für nach dem 01.01.2018 geschlossenen Bauwerkverträgen (für allgemeine Werkverträge nach wie vor nicht) und weitere Voraussetzung für den Werklohnanspruch ist zusätzlich beim VOB-Bauwerkvertrag die Abnahme der Werkleistung.

Dies führt zu unterschiedlichen Verjährungen des Werklohnanspruchs.

Beispiel:

Die Abnahme erfolgte am 10.04.2018. Die Schlussrechnung geht dem Besteller am 07. Dezember 2018 zu. Die Fälligkeit tritt sofort ein. Die Verjährungsfrist von 3 Jahren für den Werklohn beginnt beim BGB-Bauwerkvertrag mit Ablauf des 31.12.2018 und endet am 31.12.2020. Beim VOB-Bauwerkvertrag tritt Fälligkeit erst mit Ablauf der Prüffrist von 30 Tagen ein. Die Verjährungsfrist beginnt erst mit Ablauf des 31.12.2019 und endet am 31.12.2021.

Bis zum 31.12.2017 galt für davor geschlossene BGB-Bauwerkverträge allerdings, dass die Abnahme keine Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch. Dies gilt jedoch nicht mehr für ab dem 01.01.2018 geschlossene Bauwerkverträge gemäß § 650 g BGB, nicht jedoch für den Werklohnanspruch eines normalen Werkvertrages. Die Definition des Bauwerkvertrages ergibt sich aus § 650 a BGB. Danach ist ein Bauwerkvertrag ein solcher über

- die Herstellung
- die Wiederherstellung
- die Beseitigung
- der Umbau

eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon.

Ein Vertrag über die **Instandsetzung** eines Bauwerks ist nur dann **ein Bauvertrag**, wenn

- das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Ohne Abnahme wird der Werklohn nicht fällig und beginnt die Verjährungsfrist nicht zu laufen

- **ständige Rechtsprechung des BGH u. der Oberlandesgerichte (zuletzt OLG München, Urt. v. 12.01.2016 – 9 U 1621/15 Bau ; BGH Beschl. v. 31.01.2018 – VII ZR 32/16) –**

Abnahme:

Die Abnahme die die Pflicht des Auftraggebers, das hergestellte vertragsgemäße Werk abzunehmen. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden (§ 640 Abs. 1 BGB).

Die Abnahme ist die mit der Hinnahme des Werks verbundene Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß.

Die Abnahmeerklärung sollte durch ein Protokoll dokumentiert werden, welches ausdrücklich die Abnahme als erfolgt erklärt und von beiden Parteien – Besteller und Auftragnehmer – unterzeichnet worden ist (förmliche Abnahme).

Auch eine konkludente Abnahme ist möglich;

- durch einen rügelosen Einzug in das vom Unternehmer hergestellte Gebäude (OLG Braunschweig Beschl. v. 27.09.2017 – 8 U 14/17; IBT 208, 496), allerdings erst nach Ablauf einer angemessenen Prüffrist, deren Länge sich aber nicht abstrakt für alle Fälle bestimmen lässt
- die Inbenutzungsnahme stellt aber dann keine Abnahme dar, wenn der Besteller die Abnahme vorher wegen wesentlicher Mängel verweigert hat oder die Leistung nicht abnahmereif, d.h. im Wesentlichen mangelfrei ist (OLG München Urt. v. 12.01.2016 – 9 U 1621/15 Bau; BGH Beschl. v. 31.07.2018 – VII ZR 32/16 (NZB zurückgewiesen).
- nach BGH Urt. v. 05.11.2015 – VII ZR 43/15; IBR 2016, 78 liegt in der Nutzung keine konkludente Abnahme, wenn der Besteller vor Beginn der Nutzung oder innerhalb einer angemessenen Prüffrist Mängel rügt die ihn zu einer Abnahmeverweigerung berechtigen, oder wenn das Bauwerk noch nicht vollständig fertiggestellt ist
- **dies gilt auch, wenn die Parteien eine förmliche Abnahme vereinbar haben. Diese schließt eine konkludente Abnahme nicht generell nicht aus, aber nur, wenn die Parteien die förmliche Abnahme einvernehmlich aufgehoben haben oder ihr Verhalten unzweideutig zeigt, dass sie auf die förmliche Abnahme verzichtet haben**

fiktive Abnahme:

Nach § 640 Abs. 2 BGB gilt das Werk als abgenommen neu, für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge, wenn der Unternehmer nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller nicht innerhalb dieser Frist unter Nennung von mindestens einem Mangel die Abnahme verweigert.

Bei einem Verbraucher als Besteller gilt dies aber nur, wenn der Unternehmer mit der Fristsetzung den Besteller hierüber in Textform (§ 126 b BGB) belehrt hat.

Für den BGB Bauwerkvertrag ergänzt § 650 g BGB n.F. diese Regelung um die Zustandsfeststellung bei verweigerter Abnahme.

Erstellt 22.11.2018 durch
Erk Winkelmann
Rechtsanwalt; Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht
Notar a.D.