

VII ZR 132/62

Verkündet
am 8. Juli 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2193 040

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der G [REDACTED] und H [REDACTED] GmbH, K [REDACTED], I [REDACTED] Str. [REDACTED], vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Arthur K [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G [REDACTED] oHG, Bauunternehmung, K [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 8. Juli 1963 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel und Dr. Finko

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 8. März 1962 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für die Beklagte 4 Siedlungshäuser im Rohbau errichtet. Sie hat eine restliche Werklohnforderung von 7.318,79 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt, weil sie mit einem Anspruch auf eine Vertragsstrafe von 7.993,56 DM aufgerechnet habe, die die Klägerin ihr schulde. Nach ihren Angaben hat die Klägerin die vereinbarten Fristen für die Fertigstellung der Rohbauten 17 und 18 um 13 Tage und der Rohbauten 19 und 20 um 3 Tage überschritten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Voraussetzungen eines Vertragsstrafenanspruchs der Beklagten überhaupt vorgelegen haben. Es gelangt zu dem Ergebnis, daß ein solcher Anspruch, wenn er bestanden hätte, jedenfalls deshalb erloschen sei, weil sich die Beklagte dessen Geltendmachung nicht bei Abnahme der Rohbauten vorbehalten habe - § 11 Ziff. 2 der von den Parteien ihrem Vertrag zugrunde gelegten Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B; § 341 Abs. 3 BGB-.

II.

Die Abnahme der Rohbauten liegt nach Ansicht des Berufungsgerichts in den ersten Dezembertagen 1958, weil keine der Parteien die Abnahme verlangt habe und diese deshalb gemäß

§ 12 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) mit Ablauf von 12 Werktagen nach der in der Übersendung der Rechnungen zu erblickenden schriftlichen Mitteilung über die Fertigstellung als erfolgt zu gelten habe. Zwar hätten die Parteien in § 24 der ebenfalls den Vertragsbeziehungen zugrunde liegenden "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der Beklagten vorgesehen, daß die Abnahme grundsätzlich nach ordnungsgemäßer Erfüllung und schriftlicher Anerkennung durch die Bauleitung in Form einer Abnahmebescheinigung erfolgen solle. Die Parteien seien jedoch stillschweigend übereingekommen, auf die Einhaltung dieser - die Anwendung des § 12 Ziff. 5 VOB (B) ausschließenden - Formvorschrift zu verzichten. Hierfür spreche ihr insoweit übereinstimmendes Verhalten. Sie seien sich darüber einig, daß die Rohbauten abgenommen seien, nur nicht über den Zeitpunkt der Abnahme. Jedoch habe keine Partei eine förmliche Abnahme angeregt oder gar gefordert.

1. Falls, wie die Revision behauptet, nach den "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der Beklagten die Bestimmungen der VOB nur subsidiär gelten sollten, so schließt das nicht aus, wie die Revision anscheinend meint, daß die Parteien stillschweigend übereingekommen konnten, auf die in § 24 der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" vorgesehene förmliche Abnahme der Rohbauten zu verzichten.

2. Die Revision vermißt eine Feststellung über den Zeitpunkt, in dem die Parteien übereingekommen sind, abweichend von § 24 der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" von einer förmlichen Abnahme abzusehen. Wenn man sich, so meint sie, hierüber erst am 2. Januar 1959 geeinigt habe, so habe die Beklagte den Vorbehalt hinsichtlich der Vertragsstrafe nicht schon früher geltend machen müssen, da bis dahin nach § 24 der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" eine förmliche Abnahme erforderlich gewesen sei, die aber nicht erfolgt war.

Darin kann der Revision nicht gefolgt werden.



Die Beklagte hat zu keiner Zeit auf einer förmlichen Abnahme der Rohbauten gemäß Ziff. 24 ihrer "Allgemeinen Vertragsbedingungen" bestanden. Auch der Kläger hat hierauf keinen Wert gelegt. Die Parteien sind sich jedoch darüber einig, daß die Rohbauten abgenommen worden sind. Das läßt den Umständen nach nur den - offensichtlich auch vom Landgericht und Oberlandesgericht gezogenen - Schluß zu, daß sie zu keiner Zeit das förmliche Abnahmeverfahren nach Ziff. 24 anwenden wollten. Das Berufungsgericht brauchte deshalb nicht festzustellen, wann die Parteien übereingekommen sind, das förmliche Abnahmeverfahren nicht anzuwenden.

Die Einlassung der Beklagten wäre zudem auch nur schlüssig, wenn sie vorgetragen hätte, daß man am 2. Januar 1959 von einer förmlichen Abnahme Abstand genommen, daß sie, die Beklagte, die Rohbauten an diesem Tag aber formlos abgenommen und sich daher einen Vertragsstrafenanspruch vorbehalten habe. An einem dahingehenden Sachvortrag der Beklagten fehlt es.

3. Daß die Klägerin nach dem 20. November 1958 noch einige Mängel beseitigt hat, schließt nicht aus, mit Ablauf von 12 Werktagen nach Übersendung der Abschlußrechnung die Abnahme als erfolgt anzusehen. Die Abnahme erfordert nur die Billigung der Leistung der Hauptsache nach als vertragsmäßige Erfüllung. Das Vorhandensein von Mängeln und das Nachbesserungsverlangen des Bestellers schließen eine Abnahme nicht aus (§ 640 Abs. 2 BGB). Es ist daher unerheblich, ob von der Klägerin beanstandete Mängel erst im Januar 1961 behoben waren. Den dafür angebotenen Beweis (Schriftsatz vom 4. März 1961 S. 3) brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben.

4. Als schriftliche Mitteilung von der Fertigstellung im Sinne des § 12 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B) wertet das Berufungsgericht die am 20. November 1958 erfolgte Übersendung der Hauptrechnung über 203.325,14 DM, dreier insgesamt 16.022,48 DM ausmachenden Nachtragsrechnungen sowie einer Rechnung für Tagelohnarbeiten in Höhe von 800,06 DM.

Auch das ist rechtlich unbedenklich. In den Rechnungen waren die ausgeführten Arbeiten aufgeführt. Deshalb genügten sie als Mitteilung im Sinne des § 12 Ziff. 5 VOB (B) (vgl. Ingenstau-Korbion VOB 2. Aufl. B § 12 Anm. 32). Aus dem Gesamtbetrag von 220.147,68 DM konnte die Beklagte, wie dem Berufungsgericht beizupflichten ist, ersehen, daß die Klägerin die Arbeiten im wesentlichen durchgeführt hatte. Den am 31. Dezember 1958 übersandten weiteren Rechnungen über insgesamt 3.704,06 DM brauchte das Berufungsgericht daneben keine Bedeutung beizumessen. Sie betrafen ganz überwiegend Tagelohnarbeiten, also nicht die eigentlichen Rohbauarbeiten.

5. Haben die Parteien somit stillschweigend von der ausdrücklichen Abnahme der Rohbauten abgesehen, so hat das Berufungsgericht mit Recht gemäß § 12 Ziff. 5 VOB (B) die Abnahme mit Ablauf von 12 Werktagen nach der Übersendung der Rechnungen über 220.147,68 DM als erfolgt angesehen.

6. Den Androhungen der Beklagten in ihren Schreiben vom 2. und 8. Juli sowie 12. August 1958, sie werde von der Klägerin die vorgesehene Vertragsstrafe fordern, brauchte das Berufungsgericht nicht die Bedeutung eines Vorbehalts beizumessen. Sie lagen, wie ihr Inhalt ergibt, zweifellos vor der Abnahme der Rohbauten. Das gleiche gilt für das von der Revision angeführte Schreiben der Beklagten vom 2. September 1958; es enthält zudem keinen Hinweis auf eine Vertragsstrafe.

Ob die Beklagte bei der Unterredung vom 2. Januar 1959 auf der Vertragsstrafe bestanden hat, ist ebenfalls unerheblich, weil die Abnahme, wie ausgeführt, als in den ersten Dezembertagen 1958 erfolgt zu gelten hat.

III.

Die Revision stellt noch zur Nachprüfung, ob sich der Auftraggeber bei der Abnahme der Leistung den bereits entstandenen Vertragsstrafenanspruch nochmals vorbehalten müsse.

Daß dieser Vorbehalt notwendig ist, folgt aus § 341 Abs. 3 BGB und § 11 Ziff. 2 Satz 2 VOB (B). Eine frühere oder spätere Geltendmachung des Anspruchs genügt nicht (BGHZ 33, 236, 237).

IV.

Die Revision der Beklagten erweist sich somit als unbegründet. Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Bundesrichter Dr. Hei-
mann-Trosien befindet
sich im Urlaub und ist
verhindert zu unter-
schreiben.

Dr. Winkelmann

Erbel

Dr. Finke