

BUNDESGERICHTSHOF

089

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 149/72

URTEIL

Verkündet am
25. Januar 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma W [REDACTED] & F [REDACTED] AG in K [REDACTED],
L [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand
 - a) Dipl.-Ing. Hans B [REDACTED] in B [REDACTED], L [REDACTED]weg [REDACTED],
 - b) Dipl.-Ing. Erich J [REDACTED] in E [REDACTED], T [REDACTED] Str. [REDACTED],
 - c) Dipl.-Kaufmann Rudolf S [REDACTED] in F [REDACTED] ([REDACTED]),
B [REDACTED]str. [REDACTED],
 - d) Dipl.-Ing. Helmut E [REDACTED] in B [REDACTED], D [REDACTED]-
[REDACTED] Str. [REDACTED],
2. der Firma S [REDACTED] - B [REDACTED] - AG, Niederlassung
H [REDACTED] in H [REDACTED], P [REDACTED]allee [REDACTED], vertreten durch
ihren Vorstand
 - a) Dipl.-Ing. Dr. Ing. E.h. Albert L [REDACTED], Vorsitzender,
 - b) Heinrich B [REDACTED],
 - c) Dr.-Ing. Werner H [REDACTED],
 - d) Dr. Wilhelm L [REDACTED],
 - e) Heinz M [REDACTED]

zusammengeschlossen zur Arbeitsgemeinschaft Pelzerhaken,

Klägerinnen, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägerinnen und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

die B u n d e s r e p u b l i k Deutschland, vertreten durch das Land Schleswig-Holstein, dieses vertreten durch den Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein, dieser vertreten durch den Finanzminister des Landes Schleswig-Holstein, dieser vertreten durch die Oberfinanzdirektion K [REDACTED], Landesvermögens- und Bauabteilung in K [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 3 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 1973
durch die Richter Rietschel, Erbel, Dr. Finke, Schmidt
und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerinnen wird das
Urteil des 8. Zivilsenats des Schleswig-
Holsteinischen Oberlandesgerichts in
Schleswig vom 16. Mai 1972 aufgehoben, so-
weit zum Nachteil der Klägerinnen entschie-
den worden ist.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das
Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts
in Kiel vom 24. August 1971 wird in vollem
Umfang zurückgewiesen.
3. Die Anschlußrevision der Beklagten wird
zurückgewiesen.
4. Die Beklagte hat die gesamten Kosten des
Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerinnen hatten sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen, der die Beklagte die Rohbauarbeiten für die Erstellung eines Fernmeldebäudes übertragen hat. Sie machen eine restliche Werklohnforderung von 57.000 DM geltend. Den Betrag hat die Beklagte mit der Begründung zurückgehalten, in dieser Höhe sei eine Vertragsstrafe verfallen. Die Parteien hatten bei der Vergabe der Bauarbeiten für jeden Werktag der Überschreitung bestimmter, in einem Bauzeitenplan festgelegter Fristen eine Vertragsstrafe von 3.000 DM vereinbart.

Nach dem zuletzt aufgestellten Terminplan sollten die Teilrohbauarbeiten bis einschließlich der Decke des 6. Obergeschosses bis 17. Dezember 1966 ausgeführt sein. Tatsächlich waren sie erst am 9. Januar 1967 fertig. Die Beklagte verlangt deshalb die Vertragsstrafe für 19 Werktage.

Die Klägerinnen machen demgegenüber geltend: Die Beklagte habe es versäumt, sich bei der Abnahme des gesamten Bauvorhabens am 27. Oktober 1967 die Vertragsstrafe vorzubehalten. Ferner gingen Verzögerungen durch einen von der Beklagten verfügt Baustopp und Ausfälle wegen schlechten Wetters nicht zu ihren Lasten. Zwischen Weihnachten und Neujahr werde nach dem Rahmentarifvertrag im Baugewerbe ohnehin nicht gearbeitet.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben, das Oberlandesgericht lediglich in Höhe

von 21.000 DM nebst Zinsen. Mit der Revision erstreben die Klägerinnen die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte verfolgt mit ihrer unselbstständigen Anschlußrevision die volle Abweisung der Klage weiter. Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte den Anspruch auf die Vertragsstrafe nicht schon deshalb verloren, weil sie es versäumt habe, sich das Recht dazu bei der Abnahme vorzubehalten. Es sieht die Begehung des Rohbaues durch die Parteien am 27. Oktober 1967, die ergeben habe, daß noch zahlreiche restliche Arbeiten auszuführen seien, nicht als Abnahme der zu erbringenden Leistung an. Die später im Dezember 1967 von der Beklagten erteilten Abnahmebescheinigungen hätten dann einen Vorbehalt enthalten, die vereinbarte und bereits verfallene Vertragsstrafe geltend zu machen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung muß der Vorbehalt des Rechts, eine Vertragsstrafe zu verlangen, unmittelbar bei der Abnahme der Leistung erklärt werden. Es genügt nicht, wenn das vorher oder später geschieht (BGHZ 33, 236, 237; BGH NJW 1971, 883).

Die Abnahme der Leistung bedeutet die Anerkennung des Werkes als eine der Hauptsache nach vertragsgemäße Erfüllung (BGHZ 48, 257, 262; 50, 160, 162; BGH NJW 1970,

421). Wann sie vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Sie kann ausdrücklich erklärt werden, aber auch durch schlüssiges Handeln erfolgen (BGH NJW 1970, 421). Das Vorhandensein und die Rüge von Mängeln schließt eine Abnahme nicht aus (BGHZ 54, 352, 354). Grundsätzlich kommt eine Abnahme jedoch erst in Betracht, wenn das Werk fertiggestellt, d.h. wenn es vollendet ist (BGHZ 50, 160, 162; BGH NJW 1964, 647). Stehen noch einzelne Leistungen aus, so ist gleichwohl eine Abnahme möglich (Senatsurteile vom 29. Oktober 1970 (VII ZR 14/69) WM 1971, 101 und vom 2. März 1972 (VII ZR 146/70) VersR 1972, 640). Wann das der Fall ist, braucht jedoch nicht abschließend untersucht zu werden. Es bedarf auch keiner Stellungnahme dazu, ob der Ansicht von Ingenstau/Korbion (6.) Rdn 5 zu § 12 VOB (B) gefolgt werden kann, wonach die Bauleistung "funktionell fertig" sein muß, und was hierunter zu verstehen ist.

b) Denn entgegen der Annahme des Berufungsgerichts hat die Beklagte nach der auch von den Klägerinnen unterzeichneten Niederschrift vom 3. November 1967 bereits am 27. Oktober 1967 anerkannt, daß der von den Klägerinnen erstellte Rohbau in der Hauptsache vertragsgemäß sei.

Das Berufungsgericht versteht den im Schreiben der Beklagten vom 3. November 1967 über das Ergebnis des Abnahmetermins enthaltenen Satz, die Abnahme der Rohbauarbeiten an dem in Frage stehenden Objekt sei am 27. Oktober 1967 "durchgeführt" worden, dahin, es habe lediglich eine Besichtigung zum Zwecke der Prüfung und eventuellen Abnahme stattgefunden, nicht aber die Abnahme selbst. Diese Auslegung beruht, wie der Revision zuzugeben ist, auf rechtsfehlerhaften Erwägungen. So geht das Berufungs-

gericht bei seiner Beurteilung ersichtlich davon aus, daß eine Werkleistung nur dann abgenommen werden könne, wenn der Unternehmer nach § 12 VOB (B) oder § 640 BGB berechtigt ist, die Abnahme vom Besteller zu verlangen. Das Berufungsgericht meint ferner, lediglich die Rüge kleinerer Mängel würde der Anerkennung des Werkes als vertragsgemäßer Leistung entgegenstehen. Beides trifft nach der angeführten Rechtsprechung nicht zu. Da die Abnahme einer Leistung allein bedeutet, daß das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäße Erfüllung anerkannt wird, kann sie erfolgen, auch wenn sie nach der VOB (B) oder dem Gesetz an sich noch nicht verlangt werden könnte. Selbst die Rüge von nicht nur geringfügigen Mängeln schließt eine Abnahme des Werks nicht von vornherein aus. Dem Besteller steht es frei, gleichwohl die Leistung als in der Hauptsache vertragsgerecht entgegenzunehmen und zu billigen.

Die von Rechtsirrtum beeinflusste Würdigung des Berufungsgerichts kann daher keinen Bestand haben. Weitere Sachaufklärung ist nicht erforderlich. Der erkennende Senat kann deshalb die von der Beklagten in der Niederschrift über den Abnahmetermin vom 27. Oktober 1967 abgegebene Erklärung selbst auslegen. Wenn es darin aber ausdrücklich heißt, die Abnahme sei an dem fraglichen Tag "durchgeführt" worden, dann war das - auch unter Berücksichtigung der im einzelnen genannten, noch auszuführenden Restarbeiten - von den Klägerinnen nicht anders zu verstehen, als daß die Beklagte die gesamten Rohbauarbeiten als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkennen wollte.

Die Niederschrift über die Abnahme des Rohbaus enthält keinen Vorbehalt des Rechts der Beklagten auf

eine Vertragsstrafe. Die Beklagte kann daher schon aus diesem Grund sowohl nach § 11 Ziff. 2 Satz 2 VOB (B) wie nach § 341 Abs. 3 BGB keine Vertragsstrafe mehr verlangen. Infolgedessen braucht nicht erörtert zu werden, ob und in welchem Umfang eine Vertragsstrafe überhaupt verfallen war.

c) Eines Vorbehalts des Rechts auf die Vertragsstrafe bedurfte es - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - auch dann, wenn die von den Parteien getroffene Vereinbarung garantieähnliche Funktion hatte. Das allein genügt nicht, um den nach § 341 Abs. 3 BGB erforderlichen Vorbehalt entbehrlich zu machen (BGH NJW 1971, 883). Dafür, daß die Parteien diese Bestimmung anderweitig abbedungen hätten, was an sich möglich gewesen wäre (BGH aaO), ist nichts vorgetragen.

3. Nach alledem ist auf die Revision der Klägerinnen, das landgerichtliche Urteil wieder herzustellen und die Anschlußrevision der Beklagten zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

Rietschel

Erbel

Finke

Schmidt

Girisch