

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB B (1952) § 12 Nr. 5 Abs. 2

- a) Ist im Sinne des § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) die Leistung "in Benutzung genommen", so tritt nach Ablauf der Sechstagesfrist die Abnahmewirkung ein, auch wenn der Auftraggeber keinen Abnahmewillen hat, es sei denn, er verweigert die Abnahme.
- b) Bei der Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) ist der Vorbehalt wegen bekannter Mängel grundsätzlich innerhalb von sechs Werktagen nach Beginn der Benutzung geltend zu machen (vgl. BGHZ 33, 236, 239 für den entsprechenden Fall einer Vertragsstrafe). Unter Umständen kann es aber genügen, wenn eine kurz zuvor geäußerte Mängelrüge in dem Sechstagezeitraum erkennbar aufrechterhalten wird.

VOB B (1952) § 11

Ein Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Fertigstellung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine dafür ausbedungene Vertragsstrafe mangels Vorbehalts bei der Abnahme nicht mehr gefordert werden kann.

BGH, Urt. v. 12. Juni 1975 - VII ZR 55/73 - KG Berlin
LG Berlin

115

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 55/73

URTEIL

Verkündet am

12. Juni 1975

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] Br [REDACTED] B a [REDACTED] OHG, Be [REDACTED],
O [REDACTED], vertreten durch ihre Gesellschafter
Bruno, Herbert und Alfred Ba [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma B e t [REDACTED] - und M [REDACTED] AG,
D [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Vorstand Heinz-Friedrich H [REDACTED] und Eduard W [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionsklägerin,

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

115

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1975 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision beider Parteien wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 18. Januar 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 190.283,40 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 17. Juli 1973 zu zahlen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1969 errichtete die Beklagte, die ein Bleiwerk betreibt, auf ihrem Grundstück in Be- -L- eine neue Produktionsstätte, weil sie das bis dahin genutzte Betriebsgrundstück räumen mußte. Durch Bauvertrag vom 19. März 1969 übertrug sie der Klägerin die Lieferung und Montage einer Fertigteilkonstruktion (Halle) sowie Erd-,



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beton- und andere Arbeiten zum Pauschalpreis von 450.900 DM. Für den Abschluß der einzelnen Arbeiten wurden Termine festgelegt und für den Fall der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe vereinbart. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) ist Vertragsbestandteil.

Nach Ausführung der Beton- und Montagearbeiten zeigten sich an zahlreichen Stellen Risse, insbesondere in der Betonsohle des Hallenbodens und in den Spannbetonbändern über der Halle. Nachdem die Klägerin die Risse im Boden mit Kunstharz ausgegossen hatte, brachte die Firma Du[REDACTED] einen Magnesitestrich auf, lehnte jedoch wegen der Risse im Betonboden eine Gewährleistung ab. Nach Absicherung der Hallenkonstruktion erfolgte am 5. November 1969 die Rohbauabnahme. Vorher hatten sich aber bereits neue Risse im Hallenboden gezeigt.

Mit Schreiben vom 10. November 1969 rügte die Beklagte diese Mängel und teilte der Klägerin mit, der zunächst für den 1. September vorgesehene und wegen der Nachbesserungsarbeiten der Klägerin verschobene Umzug sei unwiderfürlich auf den 25. November 1969 festgesetzt; sofern die Klägerin nicht in der noch zur Verfügung stehenden Zeit für eine vollständige Beseitigung der Schäden Sorge tragen könne, müsse die Beklagte sie für alle Folgeschäden einschließlich einer Betriebsunterbrechung haftbar machen. Die Klägerin erwiderte mit Schreiben vom 24. November 1969, eine Besichtigung des Hallenbodens habe ergeben, daß der Benutzung nichts im Wege stehe; eine Schließung der Risse sei von dem Architekten St[REDACTED] der Beklagten, der ausdrücklich einen fugenlosen Unterbeton verlangt habe, für die Zeit nach Abschluß aller Ausbauarbeiten vorgesehen worden.

Am 25. November 1969 zog die Beklagte in die neue Produktionsstätte um. Mit Schreiben vom 3. Dezember 1969 wies sie die Erwiderung der Klägerin vom 24. November zurück und wiederholte, daß die Klägerin einen einwandfreien Boden zu erstellen und für alle Fehler und Folgeschäden zu haften habe. Dem trat die Klägerin mit Antwortschreiben vom 15. Dezember 1969 entgegen.

Am selben Tage übersandte die Klägerin der Beklagten ihre Rechnung über sämtliche Arbeiten im Gesamtbetrag von 463.573,17 DM. Darauf hat die Beklagte 300.000 DM gezahlt. Den Rest von 163.573,17 DM nebst Zinsen hat die Klägerin eingeklagt. Die Beklagte hat mit Gegenforderungen aufgerechnet und ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage mangels Fälligkeit abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin - unter Abweisung der Mehrforderung - 158.578,17 DM nebst 5 % Zinsen zugesprochen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Mit der Anschlußrevision fordert die Klägerin höhere Zinsen. Beide Parteien beantragen, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen. Die Beklagte begehrt Rückzahlung der von ihr am 17. Juli 1973 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten 190.283,40 DM nebst 5 % Zinsen seit dem Tag der Zahlung.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision der Beklagten:

I. Wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, ist nach Nr. 5 des Bauvertrags der restliche Werklohn 4 Wochen nach Rechnungserteilung zu leisten. Auf die Abnahme kommt es daher insoweit nicht an. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht anwendbar, weil die besondere vertragliche Regelung vorgeht.

Die Revision meint, die nicht als Schlußrechnung bezeichnete Rechnung der Klägerin vom 15. Dezember 1969 könne nicht als solche angesehen werden. Das trifft nicht zu.

Die nach Fertigstellung des Werkes vom Auftragnehmer einzureichende und die Fälligkeit des restlichen Werklohns innerhalb vereinbarter Frist herbeiführende Schlußrechnung (vgl. auch §§ 14 Nr. 3, 16 Nr. 2 VOB (B)) braucht nicht ausdrücklich als solche bezeichnet zu werden. Es genügt, daß sie alle vom Auftragnehmer übernommenen und ausgeführten Arbeiten enthält, so daß sich eine weitere Rechnung erkennbar erübrigt. Die Rechnung der Klägerin vom 15. Dezember 1969 entspricht diesen Erfordernissen.

II. Das Berufungsgericht hält Gewährleistungsansprüche der Beklagten für insgesamt ausgeschlossen (17 BU Mitte), da die Beklagte sich ihre Rechte bei der Abnahme nicht vorbehalten habe. Nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) gelte die Abnahme hier als erfolgt. Durch den Einzug in die fertiggestellten Räume habe nämlich die Beklagte das Werk am 25. November 1969 in Benutzung genommen. Die ihr damals

bereits erkennbaren und zuvor gerügten Mängel stünden dem nicht entgegen. Das Schreiben der Beklagten vom 3. Dezember 1969 liege nicht mehr innerhalb der Sechstagesfrist von § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) und sei daher nicht geeignet, die Abnahme auszuschließen oder Gewährleistungsansprüche vorzubehalten.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

1. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Einzug der Beklagten in die Halle am 25. November 1969 im Sinne des § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) als Abnahme gilt.

Der Einzug in ein neues Bauwerk ist die übliche Form der Ingebrauchnahme (vgl. BGHZ 55, 354, 356). Dabei kommt es im allgemeinen auf die Motive des Bauherrn für die Wahl des Einzugsstermins nicht an. Ob ein unter dem "Zwang der Verhältnisse" vorgenommener Umzug den "Beginn der Benutzung" darstellt, ist den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen und unterliegt tatrichterlicher Würdigung. Daß die Klägerin hier unter einem unausweichlichen "Zwang" gestanden hätte, das alte Betriebsgrundstück am 25. November 1969 zu räumen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seine tatrichterliche Würdigung, die Beklagte habe die neue Halle mit ihrem Einzug am 25. November 1969 "in Benutzung genommen", kann daher aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

Der "fiktiven" Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) steht auch nicht entgegen, daß das fertiggestellte Werk im Zeitpunkt der Abnahme Mängel aufweist und der Auftraggeber diese gerügt hat (BGHZ 54, 352, 354). Es genügt, daß er die Leistung als im wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung behandelt (BGH NJW 1961, 115, 116 - in BGHZ 33, 236 insoweit nicht abgedruckt). Dies hat die Beklagte getan, indem sie am 25. November 1969 ihre Maschinen in die neue Halle brachte und dort aufstellte. Auf den Abnahmewillen der Beklagten beim Einzug kommt es nicht an (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB 6. Aufl. B § 12 Rdn. 31). Ein "subjektives Moment" (so Ingenstau/Korbion, 7. Aufl. B § 12 Rdn. 34) haftet der fiktiven Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) nicht an. Bei derart typisiertem Verhalten mit normierter Wirkung bleibt der Wille des Handelnden außer Betracht, falls dieser der Rechtswirkung nicht durch ausdrückliche Erklärung entgegentritt (vgl. z.B. § 108 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2, § 568 Satz 1 BGB, § 362 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HGB). Dies hat die Beklagte nicht getan, so daß die Leistung der Klägerin als abgenommen gilt.

2. Bei einer Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) ist ein Vorbehalt wegen bekannter Mängel grundsätzlich innerhalb von sechs Werktagen geltend zu machen (§ 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB (B); vgl. auch BGHZ 33, 236, 239 für den Vorbehalt einer Vertragsstrafe), wobei die Samstage mitzählen, wie sich aus § 11 Nr. 3 VOB (B) ergibt. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht bedacht, daß ein Vorbehalt nicht nur durch ausdrückliche Erklärung innerhalb der Frist, sondern ausnahmsweise auch dadurch geltend gemacht werden kann, daß eine kurz zuvor erhobene Mängelrüge innerhalb der Sechstagesfrist deutlich erkennbar aufrechterhalten wird (Senats-

urteil vom 8. Juni 1967 - VII ZR 311/64 -; vgl. Ingenstau/Korbion, 7. Aufl.B § 12 Rdn. 32 a.E.; KG BauR 1973, 244). Dies war, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, hier der Fall.

Mit Schreiben vom 10. November 1969 nämlich hatte die Beklagte die neu aufgetretenen Risse im Hallenboden gerügt und die Klägerin unmißverständlich darauf hingewiesen, daß sie sie für alle Folgeschäden haftbar machen würde, falls es dieser nicht gelinge, in der noch verbleibenden Zeit die Schäden vollständig zu beseitigen. Nachdem die Beklagte bereits mit Schreiben vom 20. August 1969 Mängel gerügt und Frist zu ihrer Beseitigung gesetzt hatte, worauf die Klägerin Nachbesserungsarbeiten bis Ende Oktober 1969 vorgenommen hatte, konnte für die Klägerin kein Zweifel daran bestehen, daß die Beklagte ihre erneute Mängelrüge auch während der sechs Tage nach ihrem Einzug in die neuen Räume aufrechterhielt, zumal die Klägerin nach dem 10. November 1969 zwar den Hallenfußboden erneut besichtigt hatte, jedoch ohne die Beklagte hinzuzuziehen und ohne eine weitere Nachbesserung vorzunehmen. Ihr Brief vom 24. November 1969 ging der Beklagten erst während des Umzugs zu. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin aus dem Schweigen der Beklagten in der Zeit vom 25. November bis zum 3. Dezember 1969 keinesfalls den Schluß ziehen, die Klägerin wolle ihre noch am 10. November 1969 mit großem Nachdruck vorgetragene Rüge schwerwiegender Mängel nunmehr fallen lassen. Die Klägerin konnte diesen Schluß umso weniger ziehen, als die Beklagte sich damals mitten im Umzug ihres Betriebes befand.

Das Gesamtverhalten der Beklagten in der Zeit vom 10. November bis 2. Dezember 1969 läßt vielmehr nur den Schluß zu, daß sie den in ihrem Schreiben vom 10. Novem-

ber 1969 enthaltenen Mängelvorbehalt auch während der ersten 6 Tage nach ihrem Umzug aufrechterhalten wollte und aufrechterhalten hat. Es ist daher davon auszugehen, daß die Beklagte sich ihre Gewährleistungsrechte wegen der Risse im Hallenboden wirksam vorbehalten hat.

Der Beklagten stehen somit noch sämtliche Gewährleistungsansprüche offen. Die Ansprüche aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 und § 6 VOB (B) sind nicht mangels eines Vorbehalts gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB (B) entfallen, wie das Berufungsgericht irrig meint. Schadensersatzansprüche aus § 13 Nr. 7 VOB (B) bedürfen ohnehin keines Vorbehalts (BGH NJW 1974, 143; Ingenstau/ Korbion VOB (B) 7. Aufl., § 13 Rdn. 10). Ob und in welcher Höhe Gewährleistungsansprüche bestehen und gegebenenfalls infolge der Aufrechnung der Beklagten die Klageforderung getilgt haben, muß das Berufungsgericht jetzt prüfen.

III. Die Beklagte mußte, da sie wegen der Nachbesserung nicht, wie vorgesehen, am 1. September 1969, sondern erst am 25. November 1969 in die neue Halle einziehen konnte, für die längere Benutzung des alten Betriebsgrundstücks an dessen Erwerber eine Nutzungsentschädigung von insgesamt 4.995 DM zahlen. Mit der Forderung auf Erstattung dieses Betrages hat sie aufgerechnet.

Das Berufungsgericht verneint diesen Anspruch, da die Parteien für den Fall der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe vereinbart hätten und diese besondere Regelung Schadensersatzansprüche ausschließe. Eine Vertragsstrafe aber stehe der Beklagten nicht zu, weil sie sich diese bei der Abnahme nicht vorbehalten habe.

Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Der Anspruch der Beklagten auf Ersatz des vor der Abnahme entstandenen mangelbedingten Schadens folgt nicht, wie das Berufungsgericht meint, aus § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B), sondern aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B). Daß die Beklagte das alte Betriebsgrundstück rund 3 Monate länger nutzen mußte, beruht nicht auf verzögerlicher, sondern auf mangelhafter Bauleistung der Klägerin, nämlich darauf, daß die Beklagte während der Nachbesserungsarbeiten zur Mängelbeseitigung noch nicht einziehen konnte.

Der Anspruch aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B) ist dem Umfang nach nicht begrenzt (vgl. Urteil des Senats vom 29. Juni 1961 - VII ZR 174/60 = LM Nr. 1 zu § 4 Nr. 7 VOB) und erfordert auch keinen Vorbehalt bei der Abnahme (vgl. Ingenstau/Korbion, 7. Aufl. B § 12 Rdn. 32).

2. Der Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung - darum handelt es sich bei den angefallenen Nutzungskosten (vgl. BGHZ 46, 238, 240) - entfällt nicht deswegen, weil die Klägerin der Beklagten im Bauvertrag eine Vertragsstrafe für den Fall der Überschreitung der Ausführungsfristen versprochen, die Beklagte aber sich die Vertragsstrafe bei der Abnahme nicht vorbehalten hat.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu, so kann er wählen und entweder Schadensersatz oder die ausbedungene Vertragsstrafe fordern. Die verwirkte Strafe kann als Mindestbetrag des Schadens verlangt werden, doch wird damit ein weiterer Schadensersatz nicht ausgeschlossen (§§ 341 Abs. 2,

340 Abs. 2 BGB, § 11 Nr. 1 VOB (B)). Erweist sich der Anspruch auf Vertragsstrafe als unbegründet, wie hier mangels Vorbehalt bei der Abnahme, so wird davon die Schadensersatzforderung nicht berührt (BGH, Urteile vom 15. März 1955 - I ZR 111/53 = LM Nr. 2 zu § 17 UWG und vom 10. Oktober 1968 - VII ZR 59/66 -).

3. Da die Klägerin unstreitig die im Juli und August 1969 aufgetretenen Mängel und damit auch die Verzögerung des Umzugs um drei Monate zu vertreten hat, hat das Berufungsgericht der Beklagten den zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Erstattung von 4.995 DM zu Unrecht aberkannt. Der Anspruch ist begründet.

IV. Die Beklagte beziffert ihre Gegenansprüche auf etwa 180.000 DM. Auch nach Abzug von 3.000 DM (Kostenvorschuß für Egalisierung des Fußbodens im Obergeschoß), deren Versagung durch das Berufungsgericht von der Revision nicht angegriffen wird, verbleibt nach der Behauptung der Beklagten eine noch ungeklärte, die Werklohnforderung der Klägerin von 163.573,17 DM übersteigende, von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung, so daß das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten in vollem Umfang aufgehoben werden muß, soweit es die Beklagte beschwert.

B. Die Anschlußrevision der Klägerin:

Auch die Anschlußrevision wegen der Mehrzinsen hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat übersehen, daß die Klägerin die von ihm vermißte Bankbescheinigung bereits dem Landgericht vorgelegt hatte (I 190 GA). Diese deckt zwar nicht die gesamte Zeit, für welche die Klägerin Mehrzinsen

fordert. Insoweit greift jedoch die Revisionsrüge nach § 139 ZPO durch. Die Klägerin hat in der neuen Berufungsverhandlung Gelegenheit, ihren Vortrag über die Mehrzinsen in der erforderlichen Weise zu ergänzen und unter Beweis zu stellen.

C. Nach alledem ist das Berufungsurteil insgesamt aufzuheben und die Sache, da sie weiterer Aufklärung bedarf, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Verurteilung der Klägerin zur Rückzahlung von 190.283,40 DM nebst Zinsen folgt aus § 717 Abs. 3 ZPO.

Vogt

Erbel

Recken

Doerry

Bliesener