

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 91/83

URTEIL

(Schlußentscheidung)

Verkündet am

12. Juli 1984

Henco,
Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma T [REDACTED] Anlagenbau GmbH i.L., Sch [REDACTED] Straße [REDACTED],
W [REDACTED], vertreten durch ihren Nachtragsliquidator
Klaus T [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G [REDACTED] Grundstücksbeteiligungs- und Verwaltungs-
gesellschaft mbH, K [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED] S [REDACTED]/Ts.,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Dipl.-Kfm.
Friedrich Ernst Graf zu So [REDACTED]-L [REDACTED], Wirtschaftsjurist
Dieter Kl [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Quack

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 13. Januar 1983 teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wiesbaden vom 3. Dezember 1981 unter Zurückweisung der Berufung im übrigen teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, die Auszahlung des bei dem Amtsgericht Wiesbaden unter dem Aktenzeichen 23 HL 164/80 hinterlegten Geldbetrages in Höhe von 12.466,70 DM nebst anteiliger Hinterlegungszinsen an die Klägerin zu bewilligen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, von dem genannten hinterlegten Betrag die Auszahlung von 7.533,30 DM zuzüglich anteiliger Hinterlegungszinsen an die Nassauische Sparkasse Wiesbaden zu bewilligen.

Die weitergehende Klage und Widerklage werden abgewiesen.

- 3 -

II. Von den Kosten des ersten und zweiten Rechtzuges haben die Klägerin 1/6, die Beklagte 5/6; von den Kosten des Revisionsverfahrens die Klägerin 4/7, die Beklagte 3/7 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte die Beklagte durch Vertrag vom 20. Juli/8. September 1978 mit der Durchführung von Heizungs- und Sanitärarbeiten in insgesamt 13 Häusern ihres Bauvorhabens in Wa [REDACTED]-St [REDACTED] zum Pauschalpreis von 15.500 DM je Haus. Hinzu kamen geringfügige Nachtragsaufträge. Das ursprüngliche Vertragswerk, in dem die Geltung der VOB/B vereinbart ist, bestand aus dem "Auftrag Nr. 1", dem "Rahmenvertrag", Besonderen Vertragsbedingungen, Allgemeinen Vertragsbedingungen, einem Übersichtsplan, einer Baubeschreibung sowie den Leistungsverzeichnissen für die Gewerke Heizung und Sanitär.

Entsprechend ihrer Verpflichtung aus dem "Rahmenvertrag" erbrachte die Beklagte eine "Herstellungsbürgschaft" der N [REDACTED] Sparkasse W [REDACTED] in Höhe von 20.000 DM "für die Erfüllung aller Verpflichtungen des Auftragnehmers".

Nach den Vereinbarungen hatte die Beklagte bei verzögerter Fertigstellung Vertragsstrafe von 80,- DM je Kalendertag der Verzögerung zu zahlen. Die "Allge-



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



meinen Vertragsbedingungen" (AVB) der Klägerin regeln dies im einzelnen wie folgt:

"§ 3 Zusätzliche Bedingungen zu VOB/B (VOL/B)
...

k. Vertragsstrafen (VOB/B § 11-VOL/B § 12)

- (1) ... Im Falle der Terminüberschreitung ermäßigt sich die Schlußabrechnungssumme des Auftraggebers für jeden Tag der Terminüberschreitung um die im Auftragsschreiben vereinbarte Summe. Diese vereinbarte Vertragsstrafe berührt sonstige Schadensersatzansprüche des Auftraggebers nicht.
- (2) Der Bauherr kann auch dann die Vertragsstrafe geltend machen, wenn die Geltendmachung derselben bei der Bauabnahme nicht vorbehalten worden ist.
- (3) Die verwirkte Vertragsstrafe wird der Einfachheit halber von der Schlußrechnung abgezogen."

Nachdem die Beklagte einen Teil ihrer Leistungen erbracht hatte, hat sich die Klägerin wegen Verzugs der Beklagten mit der Ausführung der restlichen Arbeiten vom Vertrag gelöst und einen anderen Unternehmer mit der Fertigstellung beauftragt.

Gegenüber der Forderung der Beklagten auf restlichen Werklohn hat die Klägerin Gegenansprüche u.a. wegen der Mehrkosten durch Beauftragung eines anderen Unternehmers sowie aus Vertragsstrafe geltend gemacht, die zu ihren Gunsten einen Saldo von 26.082,50 DM ergeben.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Zustimmung der Beklagten zur Auszahlung des von der N██████████ Sparkasse zugunsten der Parteien hinterlegten Bürgschaftsbetrages von 20.000 DM nebst Hinterlegungszinsen. Die Beklagte begehrt im Wege der Widerklage ihrerseits Zustimmung der Klägerin zur Auszahlung an die Hinterlegerin, die N██████████ Sparkasse W██████████, sowie Zahlung restlichen Werklohnes von 24.528,31 DM zuzüglich Zinsen und Herausgabe der Bürgschaftsurkunde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Der Senat hat die von der Beklagten uneingeschränkt eingelegte Revision lediglich hinsichtlich eines Teilbetrages von 7.533,30 DM zuzüglich Zinsen (Vertragsstrafe) angenommen. Die Beklagte erstrebt nunmehr in diesem Umfang die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat einen Saldo von 21.106,70 DM zugunsten der Klägerin errechnet. Dabei hat es Vertragsstrafe für 108 Kalendertage von insgesamt 8.640 DM berücksichtigt. Es hält die Beklagte für verpflichtet, die Vertragsstrafe zu zahlen. Auch wenn die von der Beklagten behauptete Abnahme stattgefunden habe und dabei die Vertragsstrafe nicht vorbehalten worden sein sollte, stehe

das der Geltendmachung der Vertragsstrafe nicht entgegen. § 341 Abs. 3 BGB sei in § 3 k Abs. 2 der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der Klägerin wirksam abbedungen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Die Forderung von Vertragsstrafe ist nicht gerechtfertigt, weil die Klägerin es unterlassen hat, sich die Vertragsstrafe gemäß § 341 Abs. 3 BGB /bzw. § 11 Nr. 4 VOB/B) bei Abnahme der Leistungen der Beklagten vorzubehalten.

a) Die Klägerin ist der Behauptung der Beklagten, ihre Arbeiten seien abgenommen, nicht substantiiert entgegengetreten. Einen Vorbehalt der Vertragsstrafe bei der Abnahme hat sie nicht behauptet (vgl. a.BGHZ 80, 252). Daß die Klägerin vor Abnahme oder später die Vertragsstrafe gefordert hat, kann an dem eingetretenen Verlust des Anspruchs nichts mehr ändern.

b) Das Erfordernis des Vorbehalts bei Abnahme ist auch durch § 3 k der AVB nicht wirksam abbedungen worden.

In allgemeinen Geschäftsbedingungen kann das gesetzliche Erfordernis des Vorbehaltes nicht vollständig abbedungen werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 85, 305). Durch § 341 Abs. 3 BGB sollen u.a. unbillige Härten für den Schuldner vermieden werden. Der Gläubiger, der die Hauptleistung vorbehaltlos abgenommen hat, darf nicht bis zum Ablauf der Verjährungsfrist berechtigt bleiben, die Strafe einzutreiben (BGHZ aaO S. 310). Auch soll der Gläubiger nach dem Sinn des Gesetzes grundsätzlich im Zeitpunkt und unter dem Eindruck der abgenommenen

Leistung die Entscheidung treffen, ob er Vertragsstrafe verlangt (BGHZ aaO S. 311).

Durch § 3 k Abs. 2 AVB der Klägerin würden die Belange des Schuldners ohne Rücksicht auf die in § 341 Abs. 3 BGB enthaltene, dem billigen Interessenausgleich dienende Zielsetzung des Gesetzgebers einseitig vernachlässigt (BGHZ 85, 305, 311 m.w.N.).

Zwar wäre eine Bestimmung zulässig, wonach die Klägerin sich eine Vertragsstrafe nicht schon bei der Abnahme vorbehalten müßte, sondern sie noch bis zur Schlußzahlung geltend machen dürfte (BGHZ 72, 222; 85, 305, 310). Eine solche Vereinbarung ist hier aber nicht getroffen worden. Sie ist insbesondere nicht in § 3 k Abs. 3 der AVB zu sehen, wenn es dort lediglich heißt, die Vertragsstrafe werde "der Einfachheit halber" von der Schlußrechnung abgezogen. Das ließe der Klägerin durchaus die freie Wahl, die Vertragsstrafe auch noch später zu fordern, ohne sie sich bei der Abnahme der Leistung vorbehalten zu haben. Die Bestimmung des § 3 k Abs. 2 AVB ist daher unwirksam; ein etwaiger Vertragsstrafenanspruch ist mangels Vorbehalts bei der Leistungsabnahme erloschen.

Nach Abzug der Vertragsstrafe von 8.640 DM verbleibt ein Saldo zugunsten der Klägerin von 12.466,70 DM. Nur in diesem Umfang ist die Klage begründet. Im übrigen ist sie abzuweisen und der Widerklage stattzugeben, soweit

mit ihr die Bewilligung der Auszahlung des überschießenden Betrages an die N[REDACTED] Sparkasse W[REDACTED] gefordert wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92, 97 ZPO.

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Quack