

10

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

BGB § 341 Abs. 3

Eines Vorbehalts bei der Annahme der Leistung, die Vertragsstrafe zu verlangen, bedarf es nicht, wenn in diesem Zeitpunkt der Anspruch im Prozeßweg verfolgt wird (Abweichung von RG JW 1911, 400 Nr. 8).

BGH, Urt. v. 24. Mai 1974 - V ZR 193/72 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

v ZR 193/72

URTEIL

Verkündet am

24. Mai 1974

in dem Rechtsstreit

H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Werbeberaters Günter G [REDACTED], D [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Arzt Dr. Zvonko J [REDACTED], D [REDACTED], R [REDACTED] Weg [REDACTED]
2. die Ärztin Dr. Ljerka J [REDACTED] geb. B [REDACTED], ebenda wohnhaft,

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

10

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1974 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Freitag, Dr. Mattern, Dr. Grell und von der Mühlen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. November 1972 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 2. Oktober 1969 kauften die Kläger von dem Beklagten eine Eigentumswohnung in dem noch zu errichtenden Haus R [REDACTED] Weg [REDACTED] in D [REDACTED]. Außerdem erwarben sie in dieser Urkunde ein Mitbenutzungsrecht an dem auf dem Grundstück noch zu errichtenden Hallenschwimmbad. In dem Vertrag heißt es u.a.: Der Verkäufer wird das Bauwerk nach den dem Käufer ausgehändigten und mit der Unterschrift des Verkäufers gekennzeichneten Plänen errichten (§ 3 a). Sollte die Wohnung am 1. Februar 1971 nicht bezugsfertig sein, so erfüllt für jeden angefangenen Monat ab 31. Januar 1971 eine Vertragsstrafe von 1 000 DM (§ 3 c). Für den Fall der Nichterrichtung des Hallen-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schwimmbades oder für den Fall der verzögerten Herstellung und zwar nach dem 30. Juni 1971 zahlt der Verkäufer an den Käufer eine Vertragsstrafe von 40 000 DM (§ 8).

Die Eigentumswohnung ist mit erheblicher Verspätung fertiggestellt worden. Nachdem der Architekt des Beklagten dem Kläger zu 1 am 25. November 1971 geschrieben hatte, daß die Wohnung nunmehr fertig sei und übergeben werden solle, fanden am 3. und 10. Dezember 1971 Besichtigungen statt, an denen außer dem Architekten H. [REDACTED] und den Klägern ein Angestellter des Beklagten und der Bautechniker G. [REDACTED] teilnahmen.

Auch das Hallenschwimmbad ist später als vorgesehen fertiggestellt worden. Die Kläger haben die Schlüssel dazu gegen Ende Juli 1971 erhalten.

Die Kläger verlangen von dem Beklagten die Zahlung von Vertragsstrafen. Sie haben mit der Klageschrift vom 24. Mai 1971 wegen der verspäteten Fertigstellung der Eigentumswohnung für die Monate Februar bis Juni 1971 einen Betrag von 5 000 DM und im Schriftsatz vom 5. Juli 1971 für den Monat Juli 1971 weitere 1 000 DM sowie hinsichtlich des Hallenschwimmbades 40 000 DM geltend gemacht. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 4. Januar 1972 haben sie schließlich hinsichtlich der Eigentumswohnung für die Monate August bis Dezember 1971 weitere 5 000 DM eingeklagt, andererseits aber den Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung des Hallenschwimmbads auf 20 000 DM ermäßigt.

Die Kläger haben deshalb beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 11 000 DM und 20 000 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Er hat vorgetragen: Er habe die verspätete Fertigstellung der Eigentumswohnung und des Hallenschwimmbads nicht zu vertreten. Für etwaige Versäumnisse des Bauunternehmers Jo [REDACTED] könne er nicht verantwortlich gemacht werden, weil dieser nicht sein Erfüllungsgehilfe gewesen sei. Den Klägern stünden die eingeklagten Vertragsstrafen auch deshalb nicht zu, weil sie sich das Recht, diese Beträge zu fordern, weder anlässlich der Entgegennahme der Schlüssel für das Hallenschwimmbad noch bei den Besichtigungen der Wohnung am 3. und 10. Dezember 1971 vorbehalten hätten.

Hilfsweise hat der Beklagte beantragt, die das Hallenschwimmbad betreffende Vertragsstrafe erheblich herabzusetzen.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der Vertragsstrafe für die Eigentumswohnung in vollem Umfang und hinsichtlich der Vertragsstrafe für das Hallenschwimmbad in Höhe von 4 000 DM stattgegeben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte hilfsweise die Aufrechnung mit Gegenforderungen, und zwar in erster Linie mit seinem Kaufpreisrestanspruch von 17 617,70 DM, erklärt.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Es hat zwar den Anspruch auf Zahlung von Vertragsstrafen in Höhe von 15 000 DM für begründet erachtet, ihn jedoch als durch die Aufrechnung mit dem Restkaufpreisanspruch getilgt angesehen.

Mit seiner vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision will der Beklagte erreichen, daß der Anspruch auf Zahlung von Vertragsstrafen nicht durch die Aufrechnung des Beklagten als erloschen, sondern als unbegründet angesehen wird. Die Kläger beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt zunächst davon ab, ob der Beklagte mit seinen in dem Kaufvertrag vom 2. Oktober 1969 übernommenen Verpflichtungen zur Fertigstellung der Eigentumswohnung und des Hallenschwimmbads in Verzug geraten ist und damit die vereinbarten Vertragsstrafen nach § 339 BGB verwirkt sind. Sollte dies der Fall sein, so kommt es weiter darauf an, ob der nach § 339 BGB entstandene Anspruch auf die Vertragsstrafen dadurch wieder erloschen ist, daß die Kläger sich bei der Annahme von Eigentumswohnung und Hallenschwimmbad nicht gemäß § 341 Abs. 3 BGB das Recht auf die Vertragsstrafe vorbehalten haben.

2. Was die Eigentumswohnung anbetrifft, so geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß nicht die Kläger ein den Verzug im Sinne des § 339 BGB begründendes Verschulden des Beklagten an der nicht rechtzeitigen Fertigstellung der Eigentumswohnung zu beweisen haben, sondern umgekehrt der Beklagte zu beweisen hat, daß er die nicht rechtzeitige Fertigstellung gemäß § 285 BGB nicht zu vertreten hat (Palandt BGB 33. Aufl. § 339 Anm. 2 in Verb. mit § 285 Anm. 1). Insoweit ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen, daß der Beklagte nicht schlüssig dargetan habe, daß die verspätete Fertigstellung weder ihm selbst noch seinen Erfüllungsgehilfen, als welche neben dem Architekten H. [REDACTED] insbesondere der Bauunternehmer Jo. [REDACTED] anzusehen seien, vorgeworfen werden könne. Den Verzug des Beklagten mit der Errichtung des Hallenschwimmbads entnimmt das Berufungsgericht aus seinem eigenen Vorbringen.

Die Revision wendet sich hiergegen in mehrfacher Hinsicht.

a) Sie greift zunächst die Auffassung des Berufungsgerichts, der Bauunternehmer Jo. [REDACTED] sei Erfüllungsgehilfe des Beklagten im Sinne des § 278 BGB gewesen, mit folgender Begründung an: Der Bauunternehmer Jo. [REDACTED] sei deshalb nicht als Erfüllungsgehilfe des Beklagten anzusehen, weil dieser nach § 1 Abs. 1 des Vertrags den Klägern das unter Abschnitt II beschriebene Wohnungseigentum verkauft habe. Danach sei der Beklagte den Klägern nicht als Unternehmer, sondern als Verkäufer entgegengetreten. Dem stehe nicht entscheidend entgegen, daß der Beklagte es übernommen habe, das Bauwerk nach

den den Käufern ausgehändigten Plänen zu errichten. Außerdem habe der Bauunternehmer Jo [REDACTED] mit der Errichtung des Bauwerks nur eine dem Beklagten gegenüber obliegende Verbindlichkeit erfüllt.

Damit wird von der Revision der Begriff des Erfüllungsgehilfen verkannt. Ob jemand als Erfüllungsgehilfe eines andern anzusehen ist, bestimmt sich nicht danach, in welchen rechtlichen Beziehungen er zu ihm steht; maßgebend ist allein, ob er nach den rein tatsächlichen Vorgängen des gegebenen Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (BGHZ 13, 111, 113 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts; Urteil des Senats vom 8. Februar 1974 - V ZR 21/72, NJW 1974, 692). Diese tatsächlichen Voraussetzungen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als erfüllt angesehen. Es hat sich dabei auf § 3 a des Vertrags bezogen, wonach das Bauwerk nach den den Käufern ausgehändigten Plänen zu errichten war, und weiterhin festgestellt, daß für die Parteien von vornherein klagewesen sei, daß der Beklagte nach seinem Beruf als Geschäftsführer einer Werbeagentur das Bauwerk nicht persönlich errichten, sondern sich dafür eines Architekten sowie eines Bauunternehmers und anderer Handwerker bedienen werde. Entgegen der Meinung der Revision ist dem Berufungsgericht auch darin beizutreten, daß es sich bei dem Vertrag vom 2. Oktober 1969 nicht um einen reinen Kaufvertrag gehandelt habe, die Vereinbarung der Parteien vielmehr auch Elemente des Werkvertrags enthielt. Der Vertrag ist jedenfalls insoweit,

als er die Errichtung der Baulichkeiten betrifft, als Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache im Sinne des § 651 BGB anzusehen (BGHZ 60, 362, 363).

b) Unbegründet sind auch die Rügen, das Berufungsgericht habe den Prozeßstoff nicht erschöpft.

Soweit sich aus dem unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten ergeben soll, daß der Beklagte alles in seinen Kräften Stehende getan habe, um seinen den Klägern gegenüber übernommenen Verpflichtungen gerecht zu werden, ist er unerheblich, weil das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht in erster Linie auf das eigene Verschulden des Beklagten, sondern auf das von ihm nach § 278 BGB zu vertretende Verschulden des Bauunternehmers Jo [REDACTED] abgestellt hat.

Unbegründet ist auch die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 30. Juni 1971 nicht beachtet, in der Zeit vom 13. November 1969 bis zum Abschluß der Rohbauarbeiten im April 1971 seien 97 Arbeitstage wegen Schlechtwetters und 9 Arbeitstage wegen Weihnachtsarbeitspausen ausgefallen. Diese Zahlenangaben sind in einer Aufstellung des Bauunternehmers Jo [REDACTED] enthalten, auf die sich der Beklagte zum Beweis seines als übergangen gerügten Vortrags in erster Linie bezogen hat. Diese von ihm ausdrücklich gewürdigte Aufstellung hat das Berufungsgericht jedoch rechtsirrtumsfrei nicht als ausreichende Entlastung des Beklagten im Sinne des § 285 BGB angesehen.

3. Die Frage, ob der Anspruch auf die Zahlung der Vertragsstrafen dadurch wieder erloschen ist, daß die Kläger die Eigentumswohnung und das Hallenschwimmbad als Erfüllung angenommen haben, ohne sich das Recht, die Strafe zu fordern, ausdrücklich nach § 341 Abs. 3 BGB vorzubehalten, hat das Berufungsgericht mit folgender Begründung verneint: Hinsichtlich der wegen verspäteter Fertigstellung der Eigentumswohnung für die Monate Februar bis Juli 1971 geforderten Vertragsstrafe könne offen bleiben, ob die Kläger bei den Besichtigungen am 3. und 10. Dezember 1971 die Wohnung als Erfüllung angenommen hätten. Da insoweit der Anspruch der Kläger bereits rechtshängig gewesen sei, sei eine nochmalige Kundgabe des Willens, die Vertragsstrafe zu verlangen, nicht mehr erforderlich gewesen. Das Verhalten der Kläger bei den Besichtigungen am 3. und 10. Dezember 1971 könne aber auch nicht als Annahme der Wohnung als Erfüllung angesehen werden. Die Annahme habe vielmehr erst nach dem 4. Januar 1972 stattgefunden. In diesem Zeitpunkt sei jedoch auch die Vertragsstrafe für die Monate August bis Dezember 1971 rechtshängig gewesen. Auch hinsichtlich der nicht rechtzeitigen Fertigstellung des Hallenschwimmbads sei der Anspruch auf die Vertragsstrafen nicht nach § 341 Abs. 3 BGB entfallen, weil seine Rechtshängigkeit bereits durch die Zustellung des Schriftsatzes vom 5. Juli 1971 am 7. Juli 1971 eingetreten sei, die Annahme aber erst später, nämlich erst anlässlich der Übergabe der Schlüssel Ende Juli 1971 stattgefunden habe.

Bei dieser Sachlage hängt die weitere Entscheidung des Rechtsstreits davon ab, ob sich der Gläubiger bei der Annahme der geschuldeten Leistung dann nicht gemäß § 341 Abs. 3 BGB das Recht, die Vertragsstrafe zu verlangen, vorzubehalten braucht, soweit in diesem Zeitpunkt der Anspruch auf die Vertragsstrafe bereits rechtshängig war.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist der Vorschrift des § 341 Abs. 3 BGB, wonach der Gläubiger die Vertragsstrafe nur verlangen kann, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme der Leistung vorbehalten hat, nur dann Genüge getan, wenn der Vorbehalt ausdrücklich erklärt worden ist oder wenn bei einem vor der Annahme erklärten Vorbehalt der Gläubiger seinen Vorbehaltswillen bei der Annahme noch einmal dem Schuldner erkennbar kundgetan hat; als nicht ausreichend wurde es dagegen angesehen, wenn ein Vorbehalt vor der Annahme in einer Weise gemacht wurde, daß sein Fortwirken lediglich zu unterstellen ist (RGZ 57, 337, 341; 73, 146, 147; RG WarnRspr 1910 Nr. 53; RG Recht 1912 Nr. 1447). Diese Rechtsprechung hat das Reichsgericht auf die Entstehungsgeschichte des § 341 Abs. 3 BGB gestützt, aus der es entnimmt, daß der Gesetzgeber sich durch die Worte "sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält", nicht deutlicher habe ausdrücken können, um die Meinung auszuschließen, daß der Vorbehalt wirksam auch vor oder nach der Annahme erklärt werden dürfe (RGZ 57, 237, 341 unter Bezugnahme auf § 307 ALR und Motive Band II Seite 277). Das Reichsgericht hat die Erklärung eines Vorbehalts bei der Annahme auch dann für notwendig erachtet, wenn bei der Annahme der

Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe bereits rechtshängig war (RG JW 1911, 400 Nr. 8). Eine Ausnahme von seiner Rechtsprechung hat es lediglich für den Fall gemacht, daß sich die Vertragsparteien schon vor der Annahme über den Verfall der Vertragsstrafe einig waren (RGZ 72, 168, 170).

Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts hat vereinzelt in Rechtsprechung und Schrifttum Zustimmung gefunden (OLG Hamm MDR 1959, 487; Planck, BGB 4. Aufl. § 341 Anm. 2; vgl. auch Palandt aaO § 341 Anm. 2).

Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts werden im Schrifttum auch gewichtige Bedenken geltend gemacht (Staudinger/Kaduk BGB 10./11. Aufl. § 341 Anm. 41; Erman BGB 5. Aufl. § 341 Anm. 3; Soergel/Schmidt BGB 10. Aufl. § 341 Anm. 4; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 5. Aufl. § 341 Anm. 3 a; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Bearb. § 37 III 1 b S. 162; Plum, Ein Fallstrick für den Gläubiger einer Vertragsstrafe JW 1913, 299). Diesen Bedenken schließt sich der Senat jedenfalls insoweit an, als ein ausdrücklicher Vorbehalt bei der Annahme im Sinne des § 341 Abs. 3 BGB dann nicht als erforderlich angesehen wird, wenn der Gläubiger die Vertragsstrafe bereits eingeklagt und die Rechtshängigkeit noch bei der Annahme bestanden hat. Es ist nicht einzusehen, wie der Gläubiger sich den Strafanspruch noch deutlicher vorbehalten sollte, als indem er um diesen Anspruch prozessiert (Staudinger aaO). Zudem handelt es sich hier nicht um eine einmalige Erklärung des Vorbehalts vor der Annahme, sondern um eine mit der

Rechtshängigkeit des Strafanspruchs beginnende und damit, wenn der Rechtsstreit auch noch zur Zeit der Annahme betrieben wird, um ein auch in diesem Zeitpunkt zum Ausdruck gebrachtes Strafverlangen, das einem Vorbehalt im Sinne des § 341 Abs. 3 BGB gleichzusetzen ist. Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts spricht auch, daß es bei der Anwendung der §§ 464 und 640 BGB einen Vorbehalt vor der Annahme genügen läßt, wenn die Fortdauer des Vorbehaltswillens erkennbar ist. Zur Begründung führt es aus, daß die Worte "bei der Annahme" bzw. (in § 640 BGB) "bei der Abnahme" nicht auf ihre buchstäbliche Bedeutung einzuengen seien (RGZ 58, 261, 262; 73, 146, 147). Bei dieser Rechtslage vermag die Entstehungsgeschichte des § 341 Abs. 3 BGB, zumal sie aus dieser Vorschrift nicht ersichtlich ist, eine enge Auslegung, die selbst die Rechtshängigkeit des Strafanspruchs nicht genügen läßt, nicht zu rechtfertigen.

Dieser Auffassung stehen die Entscheidungen des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 33, 236, 237/238 und NJW 1971, 883, 884) nicht entgegen, weil in den dort entschiedenen Fällen der Strafanspruch nicht bei der Annahme rechtshängig war.

Damit erweisen sich die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es habe bei der Annahme der Eigentumswohnung eines ausdrücklichen Vorbehalts nach § 341 Abs. 3 BGB nicht bedurft, als unbegründet. Es bedarf nur noch eines Eingehens auf den Vorwurf, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom

3. Januar 1972 nicht beachtet, daß die Kläger die Wohnung nach zwei gemeinsamen Besichtigungen am 3. und 10. Dezember 1971 spätestens an diesem Tag - mithin vor der Rechtshängigkeit eines Teils des eingeklagten Strafanspruchs - angenommen hätten, ohne sich das Recht vorzubehalten, die vereinbarten Vertragsstrafen zu verlangen. Die Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag ohne Rechtsirrtum als unsubstantiiert und als mit den vorliegenden Urkunden unvereinbar angesehen. In letzterer Hinsicht hat es ausgeführt, daß in der Aktennotiz des Bautechnikers G. über die Besichtigung am 10. Dezember 1971 nicht weniger als neun Beanstandungen enthalten seien und das Wohnungseigentum nach § 5 b des Vertrags erst nach Beseitigung dieser Beanstandungen übernommen werden sollte. Bei dieser Sachlage kommt es entgegen der Meinung der Revision auch nicht darauf an, daß die Kläger darum gebeten hätten, den Termin zur Übergabe der Wohnung auf den 3. Dezember 1971 zu verlegen, und daß sie die Schlüssel der Wohnung schon im November 1971 gefordert und erhalten hätten.

4. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthalten, war dessen Revision somit mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Hill

Dr. Freitag

Mattern

Dr. Grell

von der Mühlen