

89. Ist eine Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1 BGB. abgeschlossen, wenn der Besteller ohnehin im Besitz der Sache und des daran ausgeführten Werks ist?

BGB. §§ 635, 638, 640, 646.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 24. April 1925 i. S. Gr. (RL) m. St. (Bekl.).
VI 10/25.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch Vertrag vom 11. Februar 1914 übertrug der Kläger der Beklagten die Eisenbetonarbeiten an dem Um- und Neubau, den er auf seinem Grundstück in K. auszuführen gedachte. Die Beklagte hat auch mit den Arbeiten begonnen, es kam aber wegen der Ausführung zu Zwistigkeiten unter den Parteien. Im Mai 1914 hörte die Beklagte auf zu arbeiten. Ob sie ihrerseits die Arbeiten eingestellt hat oder ob der Kläger ihr das Weiterarbeiten untersagt hat, ist unter den Parteien streitig. In einem Vorprozeß hat die Beklagte ihren Werklohn eingeklagt und durch rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil des Landgerichts in Köln auch zugesprochen erhalten. Im Juni 1922 hat der Kläger Klage erhoben, die Mangelhaftigkeit der von der Beklagten ausgeführten Arbeiten gerügt und gestützt auf besondere Vertragsabrede, aber auch auf § 635 BGB., beantragt, die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die mangelhafte Herstellung der Eisenbetonarbeiten entstanden ist und noch entstehen wird, und zwar zunächst einen Teilbetrag von 10000 M nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen. Das Landgericht hat dem Verjährungseinwand der Beklagten stattgegeben und die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen Antrag wiederholt, nur statt des Teilbetrags von 10000 Papiermark 2000 Goldmark nebst 4% Zinsen seit dem 10. Juni 1920 verlangt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Die beiden Vorinstanzen lassen die Klage an dem Einwande der Verjährung scheitern. Das bekämpft die Revision zunächst mit der Ausführung, daß die eingeklagten Schadensersatzansprüche sich nicht auf den § 635 BGB. stützen, also auch nicht der kurzen Verjährung nach § 638 BGB. unterlägen; die Klageansprüche seien vielmehr auf die §§ 286 und 326 BGB. gegründet. Das ist nicht richtig. Die Beklagte hat allerdings nur einen Teil der ihr durch Werkvertrag übertragenen Arbeiten ausgeführt, aber diesen Teil hat sie auch ausgeführt und wegen der Mängel, welche dem ausgeführten Teil der Arbeiten unmittelbar innewohnen, ist die Klage erhoben worden . . . (wird ausgeführt).

2. Die Frage, ob die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hat, ist, wie die Revision mit Recht ausführt, vom Berufungsrichter noch nicht rechtlich einwandfrei entschieden worden. Nach § 638 Abs. 1 BGB. beginnt die Verjährung regelmäßig mit der Abnahme des Werkes. Das Landgericht hatte im gegenwärtigen Falle eine Abnahme nicht für möglich erachtet und deshalb — ohne den § 646 BGB. zu nennen, aber offenbar in dessen mindestens entsprechender Anwendung — den Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt festgestellt, in welchem die Beklagte mit ihren Arbeiten aufhörte. Der Berufungsrichter hat sich dem im Ergebnis angeschlossen, betont aber, daß die §§ 638 und 646 nicht unmittelbar anwendbar seien, da das Werk weder abgenommen noch vollendet worden sei. Außerstenfalls nimmt er an, daß die Verjährung in Lauf gesetzt worden sei, als der Kläger dazu überging, die Arbeit durch eine andere Firma fortführen zu lassen. Auch in dem § 6 des Vertrags der Parteien findet er eine Vereinbarung über die Verjährung, dahin lautend, daß die Verjährung beginne, wenn die Beklagte mit ihren Arbeiten aufhöre.

Diese letztere Annahme ist rechtlich zu beanstanden. In dem genannten § 6 übernimmt die Beklagte für die Güte ihrer Arbeiten und Materialien eine dreijährige volle, erfahrungspflichtige Garantie, verpflichtet sich, alle während dieser Zeit entstehenden Mängel kostenlos zu beseitigen, alle Schäden, die sich aus mangelhafter Arbeit ergeben, zu ersetzen, und gibt dem Kläger das Recht, notwendige Ausbesserungen unter bestimmten, strengen Voraussetzungen auf ihre, der Beklagten, Kosten selbst ausführen zu lassen. Wenn der Berufungsrichter meint, daß diese Abrede „der Interessenlage des Unternehmers dienen“ sollte, so irrt er. Das Gegenteil ist der Fall, die Haftung des Unternehmers wird gegenüber den gesetzlichen Vorschriften verschärft. Es ist deshalb unmöglich, aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien in der — ausdrücklich jedenfalls nicht berührten — Frage des Verjährungsbeginns eine Begünstigung des Unternehmers herauszulesen.

3. Unrichtig ist auch die Annahme der Vorinstanzen, daß im gegenwärtigen Falle eine Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen gewesen sei. Zu einer Abnahme im Sinne des § 640 BGB. gehört nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts regelmäßig die körperliche Hinnahme der Leistung des Unternehmers durch den Besteller, verbunden mit der — sei es ausdrück-

lichen, sei es stillschweigenden — Erklärung des Bestellers, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne (vgl. RGZ. Bd. 57 S. 338 flg., Bd. 64 S. 240, Bd. 107 S. 343, bei Warn. Bd. 1 S. 348 Nr. 460, im Recht 1913 Nr. 36, in Seuff. Arch. Bd. 75 S. 157). Im Anschluß an eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Klostoc in Seuff. Arch. Bd. 64 Nr. 191 wird jetzt die Auffassung vertreten, daß eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB. unmöglich sei, wenn der Unternehmer die Leistung dem Besteller nicht übergeben, dieser sie aus der Hand des Unternehmers nicht hinnehmen kann, weil er ohnehin schon im Besitz der Sache und des daran ausgeführten Wertes ist; das wird namentlich auch dann angenommen, wenn der Besteller auf seinem Grundstück bauen, an oder in seinem Hause Arbeiten vornehmen läßt (vgl. Pland.-Degg (4), Anm. 1c zu § 640, Kommentar von RGZ. Anm. 1 zu § 646 BGB). Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage ausdrücklich noch nicht beschäftigt, es ist aber stillschweigend stets davon ausgegangen, daß eine Abnahme auch in den eben genannten Fällen möglich ist. In RGZ. Bd. 57 S. 337 flg. handelte es sich um ein Herrschaftshaus, das auf dem Gute des Besitzers errichtet worden war, in RGZ. Bd. 57 S. 377 und Bd. 69 S. 381 um das Decken von Dächern an Häusern, die sich im Besitz der Besteller befanden, in der Entscheidung bei Warn. Bd. 1 S. 348 Nr. 460 um den Anbau eines Saales, in der Entscheidung des erkennenden Senats vom 13. Januar 1925 VI 285/24 um den Neubau einer Fabrikhalle auf dem Grundstück des Bestellers, in der Entscheidung des erkennenden Senats vom 2. Dezember 1924 VI 140/24 (abgedruckt bei Warn. Bd. 17 S. 79 Nr. 61) um die Wiederherstellung eines durch den Krieg zerstörten Gebäudes auf dem Grundstück des Bestellers. In allen diesen Fällen ist mit der Möglichkeit einer Abnahme gerechnet worden. Dem ist auch nach erneuter Nachprüfung der Frage beizutreten. Kann das Werk körperlich nicht „hingenommen“ werden, weil es sich schon im Besitze des Bestellers befindet, so beschränkt sich die Abnahme auf die Erklärung des Bestellers, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne. Unklarheiten brauchen deshalb nicht einzutreten. Der Fall RGZ. Bd. 69 S. 381 zeigt klar, wie man die Abnahme eines am eigenen Hause vorgenommenen

Wertes in unzweideutiger Weise ablehnen kann. Der Besteller hat damals die von dem Unternehmer auf das Dach aufgebrachte Betonschicht herunterreißen und selbst eine neue Zementhaut aufbringen lassen. Der Gedanke, daß bei der hier vertretenen Meinung das Anwendungsgebiet des § 646 BGB. zu sehr verengt werde, kann nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen. Unter § 646 fallen die zahlreichen Werkverträge, welche auf Leistungen nicht körperlicher Art gerichtet sind, namentlich die Transportverträge (vgl. RÖZ. Bd. 66 S. 16; JW. 1905 S. 484 Nr. 1).

4. War hiernach eine Abnahme auch im vorliegenden Falle nach der Beschaffenheit des Werkes nicht ausgeschlossen, so kann die Verjährung nach § 638 BGB. nur mit der Abnahme zu laufen begonnen haben. Die von den Vorinstanzen mehr oder minder deutlich vorgenommene Anwendung des § 646 BGB., die Berechnung des Beginns der Verjährung von der Vollendung des Werks oder dem Zeitpunkt, an welchem die Beklagte ihre Tätigkeit eingestellt hat, ist deshalb unzulässig. Die Hilfsvorschrift ist unanwendbar, wenn einer Anwendung der Hauptvorschrift nichts im Wege steht.

Darüber, ob der Kläger die Arbeiten der Beklagten abgenommen hat, ist eine einwandfreie Feststellung vom Berufungsrichter bisher noch nicht getroffen worden. Auf eine Bejahung der Frage könnte es deuten, wenn der Berufungsrichter die Verjährung mit dem Zeitpunkt beginnen läßt, in welchem der Kläger dazu übergang, die Arbeit durch eine andere Firma fortführen zu lassen. Unter welchem rechtlichen Gesichtspunkte der Berufungsrichter diese Tatsache gewürdigt haben mag, ist aus den Gründen seines Urteils nicht zu ersehen. Daß es ein anderer Gesichtspunkt gewesen wäre, als der der Abnahme, ist nach dem Inhalt des Urteils kaum denkbar, vgl. die schon oben angezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts in Seuff. Arch. Bd. 75 S. 157 und bei Warn. Bd. 1 S. 348 Nr. 460; indessen der Berufungsrichter verneint an anderer Stelle seines Urteils ausdrücklich, daß eine Abnahme stattgefunden habe.

5. Bei dieser Unklarheit muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Aufgabe des Oberlandesgerichts wird es nunmehr sein, zu prüfen, ob der Kläger die Arbeiten der Beklagten abgenommen hat. Von Bedeutung sind dafür die

Worte und die Thaten des Klägers. Der Berufungsrichter wird also die — bisher von ihm offen gelassene — Frage entscheiden müssen, ob der Kläger es war, der in seiner Unzufriedenheit mit den Leistungen der Beklagten ihr die Weiterarbeit entzog, oder ob die Beklagte ihrerseits wegen einer Vertragsuntreue des Klägers die Arbeiten eingestellt hat. Entscheidend kann auch sein, in welcher Weise der Kläger die Arbeiten der Beklagten bei der Förderung seines Hauses verwendet hat, ob er sie mit kleinen Änderungen und Nachbesserungen schließlich doch benutzt und damit der Hauptsache nach als Erfüllung angenommen oder ob er sie von Grund aus umgestaltet und gewissermaßen ein neues Werk an ihre Stelle gesetzt hat. . . .