

---

**Datum:** 11.04.2013  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-5 U 127/12  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2013:0411.I5U127.12.00

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 07.08.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Düsseldorf (36 O 11/11) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Beklagten zur Last.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils für die Klägerin vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor ihrer Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 44.000,00 €

---

I-5 U 127/1236 O 11/11 Landgericht Düsseldorf		<b>Verkündet am 11.04.2013</b>  Name Protokollführer F., Justizhauptsekretärin  als Urkundsbeamter der Geschäfts- stelle
--	---	--

1

2

3

# URTEIL

In dem Rechtsstreit	4
pp.	5
hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 21.03.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht J., die Richterin am Oberlandesgericht P. und den Richter am Landgericht K.	6
<b>für R e c h t erkannt:</b>	7
Die Berufung der Beklagten gegen das am 07.08.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Düsseldorf (36 O 11/11) wird zurückgewiesen.	8
Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Beklagten zur Last.	9
Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils für die Klägerin vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor ihrer Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.	10
Die Revision wird nicht zugelassen.	11
Streitwert des Berufungsverfahrens: 44.000,00 €	12
<u>Gründe:</u>	13
I.	14
Die Parteien schlossen am 17.12.2008 zwei Bauverträge, durch die sich die Klägerin zur Errichtung der Balkonanlagen im Rahmen der Sanierung der Objekte T.straße 19 + 21 und Sch.straße 3 + 5 in D. verpflichtete. Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang gegenüber der Beklagten Ansprüche auf restliche Werkvergütung geltend.	15
Wegen der Einzelheiten wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil und dem Tatbestandsberichtigungs-beschluss des Landgerichts Düsseldorf vom 10.09.2012 Bezug genommen.	16
Mit Urteil vom 07.08.2012 hat das Landgericht - 6. Kammer für Handelssachen - die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 44.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent aus 29.600,00 € vom 10.03.2010 bis 24.03.2010, aus 94.000,00 € vom 25.03.2010 bis 10.04.2010 sowie aus 64.400,00 € vom 11.04.2010 bis 14.04.2010 und weitere Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 29.600,00 € vom 11.04.2010 bis 14.04.2010, aus 94.000,00 € vom 15.04.2010 bis 04.06.2010 sowie aus 44.000,00 € seit dem 05.06.2010 sowie weiterer 1.657,20 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.07.2010 an die Klägerin verurteilt.	17

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, bezüglich der Modernisierungsarbeiten an den Objekten T.straße 19 + 21 stehe der Klägerin noch ein Anspruch in Höhe von 34.400,00 € aus der Schlussrechnung vom 13.10.2009 zu. Die Forderung sei fällig. Die Beklagte habe mit der Klageerwiderung und mit dem vorgerichtlichen Schreiben vom 28.07.2010 wörtlich zugestanden, dass eine Abnahme stattgefunden habe. Damit habe die Beklagte zum Ausdruck gebracht, sich nicht mehr auf das Erfordernis einer förmlichen Abnahme berufen zu wollen, sondern die Begehung vom 25.03.2010 als Abnahme anzuerkennen. Der Beklagten stünden keine Zurückbehaltungsrechte wegen angeblicher Mängel zu.

Die Klägerin habe aus der Schlussrechnung vom 19.11.2009 auch Anspruch auf Zahlung restlicher 9.600,00 € für das Bauvorhaben Sch.straße 3+5. Die Beklagte habe die von der Klägerin dargelegten Abnahmen vom 03.12.2009 und 10.03.2010 mit Schreiben vom 28.07.2010 sinngemäß als solche anerkannt. Die Berufung auf eine förmliche Abnahme sei daher ausgeschlossen. Ob Mängel vorlägen, könne dahinstehen, da der Klägerin auch insoweit ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der eigenen Leistung zustehe. 19

Der Zinsanspruch folge aus §§ 353 HGB, 286, 288 Abs. 3 BGB. 20

Gegen dieses Urteil, das der Beklagten am 13.08.2012 zugestellt wurde, richtet sich ihre am 23.08.2012 bei Gericht eingegangene Berufung. Auf ihren Antrag hin wurde die Berufungsbegründungsfrist bis zum 13.11.2012 verlängert. Mit ihrer Berufungsbegründung vom 12.11.2012, eingegangen bei Gericht am selben Tag, verfolgt sie ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. 21

Sie behauptet - wie bereits erstinstanzlich -, eine förmliche Abnahme im Sinne der Ziff. 7.2 des Bauvertrages habe es bezüglich des Objekts Sch.straße nicht gegeben, weder am 03.12.2009 noch am 10.03.2010 oder am 12.03.2010. Ein von beiden Parteien unterzeichnetes Abnahmeprotokoll existiere insoweit nicht. Am 10.03.2010 seien anlässlich einer Begehung lediglich Mängel festgestellt worden. 22

Die förmliche Abnahme der Anlage T.straße sei für den 10.12.2009 vorgesehen gewesen. An dem Termin hätten die Geschäftsführer der Parteien und für die Beklagte zusätzlich Herr H. teilgenommen. Gemeinsam sei man zu dem Ergebnis gekommen, dass wegen der Vielzahl gravierender Mängel keine Abnahmefähigkeit gegeben sei. Teilnehmer der weiteren Objektbegehung vom 25.03.2010 seien für die Klägerin ihr Geschäftsführer und Herr G., für die Fa. R. GmbH Herr H. und für die Eigentümer der Gutachter B. gewesen. Für sie, die Beklagte, habe an diesem Tag niemand teilgenommen. Ausdrücklich sei in der Abnahmebescheinigung festgehalten worden, dass Herr H. nicht für sie, die Beklagte, bevollmächtigt sei. Sie habe auch zu keinem Zeitpunkt die Unterzeichnung der Abnahmebescheinigung durch Herrn H. genehmigt. Eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht komme nicht in Betracht, da in dem Protokoll ausdrücklich auf die fehlende Vollmacht hingewiesen worden sei. 23

Aus ihrem Schreiben vom 28.07.2010 ergebe sich kein Verzicht auf die förmliche Abnahme. Soweit sie darin „Abnahmen“ erwähne, seien damit die Objektbegehungen gemeint. Die Klägerin habe aus dieser Formulierung nicht auf eine Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß schließen dürfen, da sie, die Beklagte, ausdrücklich auf die an beiden Objekten bestehenden Mängel hingewiesen habe. Die von ihr in dem Schreiben vom 28.07.2010 vorgeschlagene erneute Begehung verdeutliche, dass es ihr im Wesentlichen darum gegangen sei, der Klägerin nochmals die Mangelhaftigkeit beider Werke aufzuzeigen. 24

Die Klägerin habe sich nach den Begehungen mit Schreiben vom 12.10.2010 auch bereit erklärt, die Balkonanlagen in Stand zu setzen.

An ihren Behauptungen zu den an beiden Objekten nach wie vor vorhandenen Mängeln halte sie fest. 25

Die Beklagte beantragt, 26

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen. 27

Die Klägerin beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie verteidigt unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen das angefochtene Urteil. Die Abnahme des Objekts T.straße habe ausweislich der am 25.03.2010 unterzeichneten Abnahmebescheinigung spätestens an diesem Tage stattgefunden. Dies habe die Beklagte erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 20.04.2011 ausdrücklich zugestanden. Die Abnahme des Objekts Sch.straße sei im Rahmen der Abnahmebegehungen vom 05. und 12.12.2009 erfolgt. Am 10.03.2010 habe lediglich eine nochmalige Begehung stattgefunden, um zu prüfen, ob sie, die Klägerin, umgesetzt habe, was am 14.01.2010 besprochen worden sei. Keinesfalls seien dabei – wie nunmehr erstmals von der Beklagten behauptet – lediglich Mängel festgestellt worden. 30

Herr H. sei von der Beklagten bevollmächtigt gewesen, die Abnahme ihrer Leistungen für beide Objekte zu erklären. Wie sich aus beiden Ausführungen der Abnahmebescheinigungen ergebe, habe sich die Vollmacht nur nicht auf die Geltendmachung einer Vertragsstrafe erstreckt. Auch aus dem Bericht zur Mängelfeststellung der Balkonanlagen vom 10./12.03.2010 ergebe sich, dass Herr H. für die Beklagte tätig geworden sei. Selbst wenn eine Bevollmächtigung des Herrn H. nicht vorgelegen haben sollte, seien jedenfalls die Grundsätze der Duldungsvollmacht einschlägig. Die Beklagte habe sie zu den Abnahmebegehungen geladen und dazu Herrn H. als ihren Vertreter entsandt. Da die Beklagte einen Sachverständigen zu einer Begehung geschickt und dieser mit dem Zusatz „i.A.“ unterzeichnet und die Abnahme erklärt habe, hätten keine Anhaltspunkte für eine fehlende Bevollmächtigung bestanden. Sie habe auf eine bestehende Vollmacht vertraut. 31

Jedenfalls habe die Beklagte die von Herrn H. erklärten Abnahmen hinsichtlich beider Objekte mit dem Schreiben vom 29.04.2010 genehmigt. Zudem stelle das Schweigen der Beklagten auf den Zugang der Abnahmebescheinigung vom 25.03.2010 sowie ihrer Schreiben vom 23.03. und 03.04.2010 eine konkludente Genehmigung des Verhaltens von Herrn H. dar. Die Parteien hätten auch durch ihr wechselseitiges Verhalten in der Zeit nach dem 30.03.2010 zum Ausdruck gebracht, dass sie an der ursprünglich vereinbarten förmlichen Abnahme nicht mehr festhalten wollten. Da die Beklagte mit Anwaltsschriftsatz vom 24.01.2013 nur noch Gewährleistungsansprüche geltend mache, wolle sie selbst nicht mehr auf eine förmliche Abnahme zurückkommen. Wenn sie gleichwohl daran festhalte, sei dies treuwidrig. 32

Im Übrigen habe die Beklagte mit Schreiben vom 29.04.2010 ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis im Sinne einer vorbehaltlosen Erklärung ihrer Zahlungsbereitschaft abgegeben. Bereits am 27.04.2010 hätten sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Beklagte die Vergütungssumme bis spätestens in der Woche ab dem 10.05.2010 zahle. Das Schreiben vom 29.04.2010 bestätige dies. 33

Sollte eine Abnahme doch noch nicht erfolgt sein, so sei in der Werklohnklage die Klage auf Abnahme der Bauleistung konkludent enthalten. Die Werkleistung sei mängelfrei und damit abnahmereif. Hilfsweise mache sie die Werklohnforderungen als Abschlagsforderungen geltend. 34

Wegen der Einzelheiten des Parteivortrags im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze Bezug genommen. 35

II. 36

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie bleibt allerdings in der Sache ohne Erfolg. 37

1. 38

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Restwerklohnanspruch gem. §§ 631 Abs. 1 BGB, 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B i.d.F. vom 04.09.2006 (VOB/B 2006) in der von ihr geltend gemachten Höhe (44.000,00 €) zu. 39

a. 40

Bei den beiden zwischen den Parteien am 17.12.2008 geschlossenen Bauverträgen (K 1 und Bl. 55 ff. d.A.) handelt es sich um Werkverträge im Sinne von § 631 BGB, durch die sich die Klägerin zur Errichtung von Balkonanlagen an den Objekten T.straße 19 + 21 sowie Sch.straße 3 + 5, d.h. zur Erbringung eines bestimmten Erfolges, und die Beklagte im Gegenzug zur Zahlung einer Pauschalvergütung (T.straße: 92.000,00 € netto; Sch.straße: 80.000,00 € netto) verpflichtet hat. Unstreitig ist hier aufgrund von Ziff. 2.6 der beiden Verträge die VOB/B in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung (VOB/B 2006) anzuwenden. 41

b. 42

Die für die Fälligkeit der Restwerklohnansprüche in Höhe von unstreitig noch offenen 44.000,00 € (T.straße: 34.400,00 €; Sch..straße: 9.600,00 €) gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2006 erforderlichen prüfbaren Schlussrechnungen im Sinne von § 14 Nr. 1 S. 1 VOB/B 2006 liegen hier mit den Schlussrechnungen der Klägerin vom 13.10.2009 (T.straße) und 19.11.2009 (Sch.straße) vor (K 2 und Bl. 64 d.A.). 43

Die Prüfbarkeit der Schlussrechnung ist kein Selbstzweck. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit ergeben sich vielmehr aus den Informations- und Kontrollinteressen des Auftraggebers. Diese bestimmen und begrenzen den Umfang der Differenzierung der für die Prüfbarkeit erforderlichen Angaben der Schlussrechnung. In welchem Umfang die Schlussrechnung aufgeschlüsselt werden muss, damit sie den Auftraggeber in die Lage versetzt, sie in der gebotenen Weise zu überprüfen, ist eine Frage des Einzelfalls, die abgesehen von den Besonderheiten der Vertragsgestaltung und der Vertragsdurchführung auch von den Kenntnissen und Fähigkeiten des Auftraggebers abhängt (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.2000, VII ZR 99/99, Rz. 8, BauR 2001, 251 ff.). Da im vorliegenden Fall Pauschalpreise vereinbart waren, genügte für die Prüfbarkeit der Rechnungen, dass die Klägerin der Gesamtvergütung jeweils die in Abzug gebrachten Abschlagszahlungen gegenübergestellt und saldiert hat. Weiterer Angaben bedurfte es nicht. 44

Selbst wenn Bedenken hinsichtlich der Prüfbarkeit der Schlussrechnungen bestünden, stünde dies der Fälligkeit der Schlusszahlungen hier nicht entgegen. Aus der Beschränkung der Prüffähigkeit auf das Schutz- und Kontrollinteresse des Auftraggebers ergibt sich nämlich, dass die Prüfbarkeit der Rechnung nicht von Amts wegen zu prüfen ist, falls der Auftraggeber 45

die sachliche und rechnerische Richtigkeit des Ergebnisses nicht bestreitet (vgl. BGH, Urteil vom 18.09.1997, VII ZR 300/96, Rz. 9, BauR 1997, 1065 ff.; Beschluss vom 14.06.2007, VII ZR 230/06, Rz. 7, BauR 2007, 1577 ff.). Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte nicht gegen die Prüfbarkeit der beiden Schlussrechnungen gewandt, so dass der Senat dem nicht weiter nachzugehen hatte.

Es kann dahinstehen, ob das Erfordernis einer Prüfung und Feststellung der Schlussrechnung seitens der Beklagten als Auftraggeberin gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2006 erfüllt ist. 46

Denn jedenfalls ist die Voraussetzung des letzten Halbsatzes dieser Vorschrift eingetreten. Nach dem Zugang der Schlussrechnungen vom 13.10.2009 und 19.11.2009 sind weit mehr als zwei Monate vergangen. 47

c. 48

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B 2006 als Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlusszahlung ist die Abnahme der Werkleistung gem. § 12 VOB/B 2006 (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1980, VII ZR 43/80, BauR 1981, 201 ff.). Eine solche ist hier für beide Objekte zu bejahen. 49

aa. Objekt T.straße 19 + 21: 50

Bezüglich des Objekts T.straße 19 + 21 ist die gem. Ziffer 7.2 des Bauvertrages vom 17.12.2008 vereinbarte förmliche Abnahme (K 1) im Sinne von § 12 Nr. 4 VOB/B 2006 erfolgt. 51

(1) 52

Insoweit hat am 25.03.2010 eine Abnahmebegehung des Objekts und damit ein Abnahmetermin im Sinne von § 12 Nr. 4 Abs. 2 S. 1 VOB/B 2006 stattgefunden. Auch die weitere Voraussetzung der förmlichen Abnahme, dass nämlich beide Vertragspartner eine Ausfertigung des schriftlich niedergelegten Abnahmebefundes mit einem Vorbehalt wegen bekannter Mängel im Sinne des § 12 Nr. 4 Abs. 1 S. 2-4 VOB/B 2006 erhalten müssen, ist erfüllt (K 3, B 5, B 6). 53

Dass bei der vorherigen Objektbegehung vom 10.12.2009 noch keine Abnahme erfolgt ist, steht der Wirksamkeit der förmlichen Abnahme vom 25.03.2010 nicht entgegen. 54

(2) 55

Die förmliche Abnahme vom 25.03.2010 hat auch unter Anwesenheit beider Vertragsparteien stattgefunden, wie es § 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B 2006 erfordert. Die Beklagte rügt, dass Herr H. von ihr nicht zur förmlichen Abnahme der Leistungen der Klägerin bevollmächtigt worden sei, womit sie aber im Ergebnis nicht durchdringt. 56

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte Herrn H. ausdrücklich eine Vollmacht für die rechtsgeschäftliche Abnahme im Sinne von § 167 Abs. 1 BGB erteilt hat und damit die von ihm unterschriebene förmliche Abnahmebescheinigung vom 25.03.2010 schon aus diesem Grund gem. § 164 Abs. 1 BGB für und gegen die Beklagte wirkt. Denn jedenfalls muss sich die Beklagte das Verhalten des Herrn H. aufgrund allgemeiner Rechtsscheinsgesichtspunkte nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht zurechnen lassen. 57

Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist. Dabei ist erforderlich, dass die den Vertrauenstatbestand begründenden Umstände bereits bei Vornahme des fraglichen Rechtsgeschäft vorgelegen haben (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.2002, XI ZR 155/01, Rz. 18, NJW 2002, 2325 ff.). Der Geschäftsgegner muss diese Umstände gekannt haben. Da es um wissentliches Dulden geht, kann schon ein einmaliges Gewährenlassen eine Duldungsvollmacht begründen (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 10.05.2005, 9 U 73/05, Rz. 10, WM 2006, 2207 ff.; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. (2011), § 172, Rn. 9). Denn eine Duldung im Sinne der o.g. BGH-Rechtsprechung setzt - anders als die Anscheinsvollmacht - kein wiederholtes Verhalten voraus. Nach diesen Grundsätzen ist hier Duldungsvollmacht zu bejahen.

In dem von Herrn H. stammenden Protokoll zur Begehung der Balkone vom 10.12.2009 (B 1), welches anlässlich der ursprünglich schon für diesen Zeitpunkt vorgesehenen Abnahme gefertigt wurde, findet sich unter Ziff. 1. die Erklärung: „Zur Abnahme waren anwesend: (...) für die Firma D.: Herr M. zeitweise Herr H. Sachverständiger“. Demnach wurde Herr H. im Rahmen der Abnahme auf Veranlassung der Beklagte nicht nur für die in dem Abnahmeprotokoll vom 10.12.2009 als Auftraggeberin bezeichnete Fa. Rh., d.h. für eine andere Gesellschaft des ehemaligen Geschäftsführers der Beklagten, tätig, sondern zumindest auch für die Beklagte, was dem Geschäftsführer der Klägerin bekannt war. Ebenso war dem Geschäftsführer der Klägerin bekannt, dass Herr H. auch im Rahmen der am 14.12.2009 und 10./12.03.2010 stattgefundenen Abnahmebegehungen hinsichtlich des Objekts Sch.straße 3 + 5 auf Veranlassung der Beklagten für diese auftrat. Dies ergibt sich aus den Berichten zur Mängelfeststellung der Balkonanlagen (B 20 und Bl. 281 f. d.A.), in denen es zu den Teilnehmern unter Ziff. 3. jeweils heißt: „Herr H. Sachverständiger für die Fa. D. GmbH“.

59

Demnach lagen hinreichende Anknüpfungstatsachen für die Annahme eines Vertretungsverhältnisses zwischen der Beklagten und Herrn H. vor. Die Beklagte trat dem Verhalten des Herrn H. nicht entgegen, sondern ließ ihn gewähren. Dies mündete in der auch der Beklagten vorliegenden Abnahmebescheinigung vom 25.03.2010 (K 3, B 5), die Herr H. ausdrücklich „für den Auftraggeber“, d.h. für die Beklagte, mit dem Zusatz „i.A.“ für „im Auftrag“ unterschrieb. Im Rubrum der Abnahmebescheinigung war die „D. GmbH“ ausdrücklich als Auftraggeberin bezeichnet.

60

Die Klägerin vertraute darauf, dass Herr H. von der Beklagten bevollmächtigt war. Dies ergibt sich aus dem Klägerschreiben vom 03.04.2010 (K 4), in dem sie auf das Abnahmeprotokoll vom 25.03.2010 Bezug nimmt. Zweifel an der Bevollmächtigung des Herrn H. hat sie darin nicht geäußert. Aufgrund des Begehungsprotokolls vom 10.12.2009 (T.straße, B 1) und des Berichtes vom 14.12.2009 (Sch.straße, B 20) durfte die Klägerin nach Treu und Glauben berechtigterweise davon ausgehen, dass Herr H. bei der Abnahme der Objekte, hier insbesondere des Objekts T.straße, mit Vollmacht der Klägerin handelte.

61

Dem steht nicht entgegen, dass in den beiden Ausfertigungen der Abnahmebescheinigung vom 25.03.2010 jeweils ein handschriftlicher Zusatz enthalten ist, der dem Bestehen einer Vollmacht entgegenstehen könnte, so dass die Klägerin nicht schutzwürdig gewesen wäre. Die Ausfertigung der Klägerin enthält den Wortlaut „liegt keine Vollmacht vor“ (K 3), diejenige der Beklagten den Wortlaut „es liegt keine Vollmacht vor“ (B 5). Willenserklärungen wie die förmliche Abnahme sind nach den §§ 133, 157 BGB vom Empfängerhorizont auszulegen. Es kommt darauf an, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und

62

der Verkehrsanschauung verstehen musste (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.1992, IX ZR 141/91, Rz. 19, NJW 1992, 1446 ff.). Im vorliegenden Fall befindet sich der Zusatz zu einer angeblich fehlenden Vollmacht in beiden Ausfertigungen der Abnahmebescheinigung ausschließlich in dem Passus „Vertragsstrafe“. Da die Abnahmebescheinigung mit textlich und grafisch voneinander getrennten Rubriken aufgebaut ist, von denen die Vertragsstrafenregelung nur eine darstellt, konnte ein objektiver Dritter in der Person der Klägerin den handschriftlichen Zusatz nur dahingehend verstehen, dass Herr H. lediglich die Vollmacht für die Erklärung eines Vertragsstrafenvorbehalts fehlte. Wegen der eindeutigen Positionierung im Text der Abnahmebescheinigung ist eine davon abweichende Auslegung nicht möglich.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der der Abnahmebescheinigung beigelegten Mängelliste vom 25.03.2010 (B 6). Soweit Herr H. danach - wie nach dem Abnahmeprotokoll vom 10.12.2009 (B 1) - „für Rh.“ auftrat, steht dies der Annahme, dass er (auch) im Namen der Beklagten handelte, nicht entgegen. Dies gilt erst recht angesichts der Tatsache, dass der Klägerin bereits anhand des Protokolls vom 10.12.2009 (T.straße) und des Berichts vom 14.12.2009 (Sch.straße) bekannt war, dass Herr H. sowohl im Auftrag der Fa. Rh. Haus- und Grundbesitz GmbH handelte als auch für die Beklagte. Dies musste angesichts der Identität des jeweiligen Geschäftsführers keine Zweifel bei der Klägerin an der Bevollmächtigung des Herrn H. aufkommen lassen. 63

(3) 64

Selbst wenn man eine der Beklagten nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht zuzurechnende Abnahmeerklärung des Herrn H. verneinte, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Denn jedenfalls hat die Beklagte die Abnahmeerklärung des Herrn H. nachträglich genehmigt. Das Verhalten einer (von einem vollmachtlosen Vertreter) vertretenen Person im Anschluss an das fragliche Rechtsgeschäft kann unter dem Gesichtspunkt der Genehmigung rechtliche Bedeutung haben (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.2002, XI ZR 155/01, Rz. 18 a.E., NJW 2002, 2325 ff.). Hier wäre eine solche Genehmigung der von Herrn H. durchgeführten förmlichen Abnahme vom 25.03.2010 gem. § 184 Abs. 1 BGB zu bejahen. 65

Dass die Genehmigung eines einseitigen Rechtsgeschäfts gem. § 180 S. 1 BGB grundsätzlich nicht in Betracht kommt, ist unerheblich. Zwar handelt es sich bei der rechtsgeschäftlichen Abnahme um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. Oppler, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Aufl. (2010), § 12 VOB/B, Rn. 1, m.w.N.), jedoch greift hier die Ausnahmenvorschrift des § 180 S. 2 BGB ein. Danach kann auch ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches einem anderen gegenüber vorgenommen wurde, genehmigt werden, wenn der Erklärungsempfänger die behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hat oder er damit einverstanden ist, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Dann finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin als Empfängerin der Abnahmeerklärung nicht beanstandet, dass Herr H. zwar für sie, jedoch nicht mit Vertretungsmacht gehandelt habe. Sie ist vielmehr mit dessen Verhalten einverstanden und lässt es ausdrücklich gegen sich gelten, so dass seine Abnahmeerklärung entsprechend § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam und genehmigungsfähig war. Wie bereits festgestellt, trat Herr H. zumindest auch im Namen der Beklagte auf. 66

Mit Schreiben vom 29.04.2010 hat die Beklagte die Endabrechnung des Objekts in Aussicht gestellt (K 5) und überdies mit Schreiben vom 28.07.2010 (B 23) ausdrücklich auf die „stattgefundenen Abnahmen der Bauvorhaben T.straße und auch Sch.straße“ Bezug genommen, ohne die angeblich fehlende Vollmacht zu rügen. Dies kann ein objektiver Dritter in der Person der Klägerin nur dahingehend verstanden haben, dass die Beklagte 67

nachträglich zumindest ihre Zustimmung zu der von Herrn H. erklärten Abnahme erteilen wollte. Soweit die Beklagte einwendet, der Begriff „Abnahme“ in ihrem Schreiben vom 28.07.2010 sei lediglich im Sinne einer „Begehung“ zu verstehen, nicht jedoch im Sinne einer bindenden rechtsgeschäftlichen Abnahme, kann dem nicht gefolgt werden. Auch diese Erklärung der Beklagten ist nämlich vom Empfängerhorizont der Klägerin auszulegen, §§ 133, 157 BGB. Verwendet eine in erheblichem Umfang am Markt tätige GmbH des Baugewerbes im Anschluss an die Ausstellung einer Abnahmebescheinigung, die beiden Vertragsparteien vorliegt, den Begriff „Abnahme“, so muss der Geschäftsgegner, dem die Terminologie des privaten Baurechts ebenfalls vertraut ist, davon ausgehen, dass die rechtsgeschäftliche Abnahme gem. §§ 640 Abs. 1 BGB, 12 VOB/B gemeint ist.

Dem steht nicht entgegen, dass am 28.07.2010 nach dem Inhalt des Beklagten-schreibens von diesem Tag noch nicht alle Mängel der Balkonanlagen beseitigt gewesen sein sollen und die Beklagte deshalb eine Nachabnahme bzw. Nachbegehung verlangte. Da die (förmliche) Abnahme eine Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung darstellt, was hier nicht zuletzt in der Inaussicht-stellung der Endabrechnung unter dem 29.04.2010 zum Ausdruck gekommen ist, ist sie auch dann möglich und wirksam, wenn noch Restleistungen oder Mängelbeseitigungsarbeiten zu erbringen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 205/07, Rz. 54 f., BauR 2009, 1724 ff.). Dasselbe gilt für die Genehmigung einer zuvor erklärten schwebend unwirksamen förmlichen Abnahme. In einem solchen Fall muss der Besteller die Abnahmewirkungen trotz eventuell noch bestehender Werkmängel hinnehmen. 68

Selbst wenn in den Schreiben der Beklagten vom 29.04. und 28.07.2010 keine Genehmigung der Abnahme durch Herrn H. zu sehen wäre, läge eine solche jedenfalls mit dem Schriftsatz der Beklagten vom 20.04.2011 vor (Bl. 19 d.A.). Darin erklärt die anwaltlich vertretene Beklagte unmissverständlich, „dass am 25. März 2010 eine Abnahme stattgefunden hat“ und weiter: „Im Auftrag der Beklagten wurde diese von dem Sachverständigen H. vorgenommen.“ Abgesehen davon, dass diese Erklärungen der Beklagten ein gewichtiges Indiz dafür darstellen, dass Herr H. doch zur rechtsgeschäftlichen Abnahme bevollmächtigt war, hat die Beklagte hiermit zumindest das Verhalten des Herrn H. genehmigt. 69

Durch die erfolgte Genehmigung wäre die förmliche Abnahmeerklärung des Herrn H. jedenfalls gem. § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend vollwirksam geworden. Soweit die Beklagte sich ungeachtet der erfolgten Genehmigung der Abnahme mit Schreiben vom 29.04./28.07.2010 bzw. mit Schriftsatz vom 20.04.2011 nicht mehr an der förmlichen Abnahme vom 25.03.2010 festhalten lassen will, ist dies unbeachtlich. Denn die Beklagte konnte die Rechtswirkungen der erfolgten Genehmigung nachträglich nicht wieder beseitigen, weil die Genehmigung als rechtsgestaltende Willenserklärung unwiderruflich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1963, VII ZR 33/62, Rz. 35, WM 1963, 1297 ff.). 70

bb. Objekt Sch.straße 3 + 5: 71

Bezüglich der Balkonanlagen an dem Objekt Sch.straße 3 + 5 ist ebenfalls eine Abnahme zu bejahen. 72

(1) 73

Eine förmliche Abnahme im Sinne von § 12 Nr. 4 VOB/B 2006 ist insoweit allerdings nicht erfolgt. Unstreitig liegt diesbezüglich keine Abnahmebescheinigung wie für das Objekt T.straße 19 + 21 vor. 74

75

- (2) Eine fiktive Abnahme gem. § 12 Nr. 5 VOB/B 2006 vermag die förmliche Abnahme im vorliegenden Fall nicht entbehrlich zu machen, weil die Parteien in Ziff. 7.2 des Bauvertrages vom 17.12.2008 die fiktive Abnahme im Sinne dieser Vorschrift wirksam ausgeschlossen haben (vgl. zur Wirksamkeit eines Ausschlusses der Abnahmefiktion: BGH, Urteil vom 10.11.1983, VII ZR 373/82, Rz. 12 f., BauR 1984, 166 ff.; Oppler, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 12 Abs. 5 VOB/B, Rn. 30). 76
- (3) Es ist jedoch eine stillschweigende Abnahme erfolgt, die auch beim VOB-Vertrag und dann möglich ist, wenn eigentlich eine förmliche Abnahme vereinbart war. 77
- Kann aus dem Verhalten der Parteien auf einen Verzicht auf die förmliche Abnahme geschlossen werden, kommt eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten in Betracht, woran allerdings strenge Voraussetzungen zu stellen sind. Zwar kann ein Verzicht auf ein schriftlich vereinbartes Recht (hier: das Erfordernis der förmlichen Abnahme) auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein solcher Verzicht nicht zu vermuten ist (vgl. BGH, Urteil vom 03.11.1992, X ZR 83/90, Rz. 22, NJW 1993, 1063 ff.). Wenn aber die Vertragsparteien bewusst oder unbewusst auf die vereinbarte förmliche Abnahme nicht zurückkommen, kann darin ein Verzicht auf die Abnahmeförmlichkeiten liegen. Eine konkludente Abnahme kommt dann in Betracht wenn der Auftragnehmer die Schlussrechnung übersendet, ohne die förmliche Abnahme zu fordern. Hiermit bringt er erkennbar zum Ausdruck, dass er auf eine förmliche Abnahme keinen Wert legt. Wenn dann der Auftraggeber mehrere Monate nach Erhalt der Schlussrechnung seinerseits keine förmliche Abnahme verlangt, ist davon auszugehen, dass beide Parteien übereinstimmend von der zunächst vorgesehenen Abnahme abgesehen haben (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.1977, VII ZR 108/76, Rz. 18, BauR 1977, 344 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.11.1996, 21 U 68/96, Rz. 21, BauR 1997, 647 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.09.2003, 17 U 234/02, Rz. 15, BauR 2004, 518 ff.). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, was aufgrund einer Gesamtbetrachtung festzustellen ist. 79
- Die Klägerin hat der Beklagten ihre Schlussrechnung bezüglich des Objekts Sch.straße 3 + 5 vom 19.11.2009 (Bl. 64 d.A.) übersandt, ohne gleichzeitig oder später eine förmliche Abnahme zu verlangen. Zwar teilte die Beklagte der Klägerin anschließend mit Schreiben vom 03.12.2009 (B 18) Termine für die zunächst noch für Dezember 2009 vorgesehene förmliche Abnahme mit, was für ein Festhalten an der förmlichen Abnahme sprechen könnte, gleichwohl ist in ihrem nachfolgenden Verhalten ein Verzicht auf die förmliche Abnahme zu sehen. 80
- Nachdem die Klägerin nämlich in der Folgezeit Nachbesserungsarbeiten durchgeführt hatte, fand unstreitig am 10./12.03.2010 eine nochmalige Objektbegehung statt. Darüber verhält sich der Bericht zur Mängelfeststellung der Balkonanlagen des Herrn H. vom 10./12.03.2010 (Bl. 281 f. d.A.). Auch wenn darin immer noch Mängel festgehalten sind, ging die Klägerin davon aus, dass ungeachtet des Fehlens eines förmlichen Abnahmeprotokolls spätestens zu diesem Zeitpunkt eine ordnungsgemäße Abnahme vorlag. Dies kommt in den Klägerschreiben vom 23.03.2010 und 30.03.2010 (Bl. 65, 66 d.A.) zum Ausdruck, in denen sie auf die Termine vom 10./12.03.2010 Bezug nimmt und diese als „Nachabnahme“ bezeichnet, ohne ihrerseits noch die Nachholung der förmlichen Abnahme zu fordern. Vielmehr verlangt sie darin die Ausgleichung des noch offenen Schlussrechnungsbetrages. 81

Auch die Beklagte kam im Folgenden nicht mehr auf das Erfordernis einer förmlichen Abnahme zurück (auch wenn sie immer noch Mängel einwandte), sondern bestätigte der Klägerin stattdessen mit Schreiben vom 29.04.2010 (K 5 im Anlagenordner) vereinbarungsgemäß, dass sie für beide Bauvorhaben, also auch für das Objekt Sch.straße 3 + 5, in der Woche ab dem 10.05.2010 die Endabrechnung erstellen und die offenen Restforderungen begleichen werde. Hiermit hat die Beklagte zu erkennen gegeben, dass sie nicht mehr an der förmlichen Abnahme festhalten wollte, sondern vielmehr das Objekt auf Grundlage der Begehung vom 10./12.03.2010 bereits als abgenommen und die restliche Werkvergütung als fällig ansah.

Damit korrespondiert das Beklagtenschreiben vom 28.07.2010 (B 23), in dem die Beklagte auf „die stattgefundenen Abnahmen der Bauvorhaben T.straße und auch Sch.straße“ eingeht. Auch in diesem Schreiben rügt sie also nicht etwa eine fehlende förmliche Abnahme, sondern lässt nach dem unmissverständlichen Wortlaut die (formlose) Abnahme des Objekts Sch.straße gegen sich gelten. 83

Was die Einwendung der Beklagten anbelangt, der Begriff „Abnahme“ in ihrem Schreiben vom 28.07.2010 sei lediglich im Sinne einer „Begehung“ zu verstehen, ist dies erfolglos. Wenn eine Baufirma ausdrücklich den Begriff der Abnahme verwendet, ist im Zweifel davon auszugehen, dass sie dies auch im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Abnahme im Sinne des BGB und der VOB/B verstanden wissen will. Im Übrigen änderte eine hiervon abweichende Rechtsansicht ebenfalls nichts daran, dass die Beklagte auch mit dem Schreiben vom 28.07.2010, d.h. mehr als acht Monate nach Erteilung der Schlussrechnung vom 19.11.2009 und mehr als vier Monate nach der Begehung vom 10./12.03.2010, keine förmliche Abnahme mehr verlangt hat. 84

Die Beklagte hat in dem o.g. Schriftverkehr, vor allem durch ihr Schreiben vom 29.04.2010 (K 5), zu erkennen gegeben, dass sie die Werkleistung der Klägerin trotz etwa noch bestehender Mängel als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkenne. Ansonsten machte die Inaussichtstellung der Endabrechnung und Schlusszahlung keinen Sinn. 85

Da bereits aus den vorstehenden Gründen eine schlüssige Abnahme festzustellen ist, kann dahinstehen, ob sich das Vertragsverhältnis allein schon durch das Beklagtenschreiben vom 24.01.2013 (Bl. 283 f. d.A.), mit dem die Beklagte Gewährleistungsansprüche in den Raum stellt, in ein die förmliche Abnahme entbehrlich machendes Abrechnungsverhältnis umgewandelt hat (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.07.1992, 5 U 24/92, Rz. 34 ff., OLGR Düsseldorf 1993, 3 f.). Dies dürfte nicht der Fall sein, weil die Beklagte die Gewährleistungsansprüche in dem Schreiben weder differenziert darlegt (welche konkreten Ansprüche?) noch beziffert, was aber für ein Abrechnungsverhältnis Voraussetzung wäre. 86

d. 87

Soweit das Landgericht in dem angefochtenen Urteil ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten gem. § 641 Abs. 3 BGB i.d.F. bis zum 31.12.2008 (a.F.) gegenüber den restlichen Werklohnansprüchen der Klägerin bezüglich der beiden Objekte T.straße 19 + 21 und Sch.straße 3 + 5 verneint hat, greift die Beklagte dies mit ihrer Berufung nicht erheblich an. 88

2. 89

Die von dem Landgericht in vollem Umfang zuerkannten Ansprüche der Klägerin auf Zinszahlung und auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.657,20 € nebst Zinsen werden von der Beklagten im Berufungsverfahren ebenfalls nicht angegriffen, weshalb 90

sich hierzu Ausführungen erübrigen.

3.	91		
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.	92		
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 und 2 ZPO.	93		
Anlass, gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht.	94		
J.	P.	K.	95

---