

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 148/64

URTEIL

Verkündet am

5. Mai 1966

Horn,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Karl K [REDACTED] KG, M [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revidiondklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]

gegen

die Firma St [REDACTED] & H [REDACTED] KG, Ho [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED];

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 26. März 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1960 für die Beklagte eine Getreidehalle gebaut.

Nach dem Kostenanschlag (Pos. 4 der Beton- und Stahlbetonarbeiten) vom 26. April 1960 sollte der Fußboden eine Bitumendecke erhalten. Die Klägerin vergab die Herstellung des Fußbodens an die Firma He [REDACTED] KG. Diese trug nach einer Besprechung mit dem persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin und dem für die Architekten der Beklagten tätigen Bauingenieur keine Bitumen-, sondern eine Gußasphaltdecke auf, weil diese wegen der Geruchsempfindlichkeit des zu lagernden Getreides geeigneter sei.

Am 22. November 1960 übersandte die Klägerin der Beklagten die Schlußrechnung über 150.944,60 DM. Darin

war (Pos. 4 a der Beton- und Stahlbetonarbeiten) für eine Bitumendecke ein Betrag von 4.192,17 DM eingesetzt. Am 10. Januar 1961 schickte die Klägerin der Beklagten noch zwei Nachtragsrechnungen über insgesamt 1.608,87 DM. Darauf schrieb die Beklagte der Klägerin am 14. Februar 1961:

"Betr.: Endabrechnung Lagerhalle: je 2 Rechnungen vom 22.11.60 und 10.1.61.

Wir sagten Ihnen heute morgen gelegentlich der persönlichen Unterredung, daß wir mit der Endabrechnung nicht in allen Teilen einverstanden sind. Den Restbetrag in Höhe von

DM 9.048,97

bezahlen wir unter dem Vorbehalt, daß wir auf die Angelegenheit direkt oder durch den Architekt Herrn Ku [REDACTED] evtl. zurückkommen."

Die Beklagte zahlte der Klägerin den genannten Betrag mittels eines Schecks, dessen Empfang die Klägerin bestätigte.

Am 20. März 1962, also nach mehr als einem Jahr, ließ die Klägerin der Beklagten eine weitere Rechnung über 13.641 DM für Gußasphalt als "Zulage zum Bitumenasphalt" zukommen. Diesen Betrag nebst Zinsen hat sie eingeklagt.

Sie hat behauptet, der Bauingenieur Kr [REDACTED] habe den Auftrag zur Verlegung des erheblich teureren Gußasphalts erteilt. In der Schlußrechnung habe sie zunächst nur eine Bitumendecke berechnet, weil ihr die Beklagte weitere Bauaufträge in Aussicht gestellt habe.



Die Beklagte hat den Sachvortrag der Klägerin, namentlich eine Bevollmächtigung Kr[REDACTED] zur Erteilung des Auftrags bestritten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin, mit der diese den Klaganspruch noch in Höhe von 13.580,03 DM nebst Zinsen verfolgte, zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des zuletzt verlangten Betrags. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Klage schon deshalb für unbegründet, weil die Klägerin die Schlußzahlung der Beklagten vorbehaltlos angenommen habe und deshalb gemäß der den Vertragsbeziehungen der Parteien zu Grunde gelegten VOB (B) § 16 Nr. 2 Abs. 2 die Nachforderung für den von der Firma He[REDACTED] KG hergestellten Gußasphalt ausgeschlossen sei.

Daß die Beklagte selbst ausweislich ihres Schreibens vom 14. Februar 1961 unter Vorbehalt gezahlt hat, hält das Berufungsgericht für unerheblich. Ob die Klägerin "kurz nach Überreichung der Schlußrechnung" die Beklagte darauf hingewiesen habe, daß sie die Gußasphaldecke wegen der Zusage eines weiteren größeren Bauauftrags nicht in Rechnung gestellt habe, und ob hierin ein ausreichender Vorbehalt i.S. des § 16 Nr. 2 Abs 2 VOB (B) zu sehen sei, läßt es dahingestellt. Ein solcher Vorbehalt wäre nach seiner Ansicht jedenfalls nach § 16 Nr. 2 Abs. 3 VOB (B) hinfällig geworden, weil die Klägerin nicht innerhalb von 12 Werktagen über die vorbehaltene Forderung eine prüfungsfähige Rechnung eingereicht habe.

1.) Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, daß die Klägerin kurz nach Überreichung der Schlußrechnung die Beklagte darauf hingewiesen hat, sie habe den Gußasphaltbelag wegen der Zusage eines weiteren größeren Auftrags nicht in Rechnung gestellt.

2.) Aus dieser Erklärung will die Revision folgern, daß die Klägerin die Mehrforderung für den Asphaltbelag bedingt erlassen habe. Da die Bedingung - Erteilung eines weiteren Auftrags - nicht eingetreten sei, könne die Mehrforderung nun geltendgemacht werden. Da die Klägerin darüber keine Rechnung ausgestellt habe, sei eine "Schlußrechnung" noch garnicht erteilt gewesen. Infolgedessen könne die Beklagte auch nicht die "Schlußzahlung" i.S. des § 16 Nr. 2 VOB (B) geleistet haben. Einer Schlußzahlung stehe ferner der Vorbehalt der Beklagten im Schreiben vom 14. Februar 1961 entgegen, auf die Angelegenheit nochmals zurückzukommen. Jedenfalls sei aber die Mehrforderung für den Asphaltbelag selbst bei vorbehaltloser Annahme der Schlußzahlung nicht gemäß § 16 Nr. 2 VOB (B) ausgeschlossen, da diese Bestimmung auf bedingt erlassene Forderungen keine Anwendung finde.

Dem kann nicht beigetreten werden.

a) Das Schreiben der Beklagten vom 14. Februar 1961 zeigte der Klägerin eindeutig, daß die Beklagte in der ihr erteilten Rechnung vom 22. November 1960 über 150.944,60 DM zusammen mit den beiden Nachtragsrechnungen vom 10. Januar 1961 über insgesamt 1.608,87 DM die "Schlußrechnung" über die Errichtung der Lagerhalle sah. Denn die Beklagte sprach darin von der "Endabrechnung" und erklärte, daß sie den sich danach ergebenden Restbetrag von 9.048,97 DM bezahlen werde. Der unmißverständlich zum Ausdruck gebrachten Auffassung der Be-

klagten, daß sie die Schlußrechnung als erteilt ansehe, hat die Klägerin nicht widersprochen, vielmehr auf dem Schreiben den Empfang eines Schecks über den genannten Restbetrag quittiert. Bei dieser Sachlage mußte die Klägerin - zumal die Parteien Kaufleute sind (§ 346 HGB) - annehmen, daß die Beklagte die widerspruchslose Entgegennahme ihres Schreibens dahin verstand, die Klägerin sehe ebenfalls die Schlußrechnung als erteilt an. Die Klägerin ist denn auch selbst in den Vorinstanzen stets davon ausgegangen, daß sie der Beklagten mit der Übermittlung der genannten Rechnungen die Schlußrechnung erteilt hatte. Der Wille der Beklagten, mit der Hingabe des Schecks die Schlußzahlung zu leisten, war in dem Schreiben vom 14. Februar 1961 ebenfalls klar zum Ausdruck gebracht.

b) Daß die Beklagte den Restbetrag zahlte, sich jedoch eine Überprüfung der Endabrechnung vorbehielt, nahm ihrer Zahlung nicht die Eigenschaft der "Schlußzahlung". Ob eine Zahlung die Schlußzahlung darstellt, hängt von dem dem Auftragnehmer gegenüber erklärten Willen des Auftraggebers ab. Eine dabei vorbehaltene nochmalige Überprüfung der Schlußrechnung ist unerheblich. Ebensowenig wie Haftungs- und Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers durch § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB (B) berührt werden, wird dem Auftraggeber dadurch, daß er die vom Auftragnehmer verlangte Schlußzahlung leistet, das Recht genommen, die Rechnung trotzdem noch zu beanstanden. Die Beklagte hätte sich deshalb bei der Schlußzahlung eine Nachprüfung der Rechnung nicht einmal vorzubehalten brauchen. Daß sie es trotzdem getan hat, steht der "Schlußzahlung" nicht entgegen. Entscheidend ist, daß sie klar zum Ausdruck gebracht hat, sie wolle jedenfalls keine weitere Zahlung mehr leisten.

c) Die zu unterstellende Erklärung der Klägerin kurz nach Überreichung der Schlußrechnung, der Gußasphaltbelag sei wegen der Zusage eines weiteren größeren Auftrags nicht in Rechnung gestellt worden, konnte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keinen "Vorbehalt" i.S. des § 16 Nr. 2 VOB (B) darstellen. Das Berufungsgericht verkennt, daß nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB (B) der Auftragnehmer sich die Nachforderung bei Annahme der Schlußzahlung vorbehalten muß. Ein früherer Vorbehalt, etwa bei Erteilung der Schlußrechnung, vermag den Ausschluß der Nachforderung nicht zu verhindern. Daß sie sich auch bei Annahme der Schlußzahlung eine Mehrforderung für den Gußasphalt vorbehalten habe, hat die Klägerin nicht behauptet.

d) Ob sich der Auftragnehmer nach § 16 Nr. 2 VOB (B) auch bedingt erlassene Forderungen bei der Annahme der Schlußzahlung vorbehalten muß, um sie bei Nichteintritt der Bedingung noch geltend machen zu können, braucht nicht entschieden zu werden. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß sich aus der von der Klägerin behaupteten Erklärung gegenüber der Beklagten kurz nach Überreichung der Schlußrechnung, der Gußasphalt sei wegen der Zusage eines weiteren Auftrags nicht in Rechnung gestellt worden, keine Vereinbarung der Parteien über einen Erlaß der behaupteten Mehrforderung unter einer Bedingung ergibt. Seine Auslegung, die Klägerin habe sich damit lediglich in Erwartung künftiger Aufträge bereit erklärt, den Gußasphaltbelag zu dem Preis für den Bitumenbelag zu berechnen, die Erwartung künftiger Aufträge sei allenfalls ihr Beweggrund für die Nichtgeltendmachung der Mehrforderung gewesen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auf die von der Revision als übergangen gerügten Beweisanträge kommt es deshalb nicht an.

3.) Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Bundesrichter Rietschel
hat seinen Urlaub angetreten und kann deshalb nicht unterschreiben.

Erbel

Vogt

Glanzmann