

6

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 16 D

Befindet sich der Schlußzahlungsvermerk auf dem Überweisungsträger, so beginnt die Vorbehaltsfrist von 12 Werktagen (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B 1973) auch dann erst nach Ablauf des Tages, an dem der Auftragnehmer den Überweisungsträger erhalten hat, wenn er die Bankunterlagen nur einmal wöchentlich abholt (im Anschluß an BGH NJW 1981, 1218; 1983, 816 Nr. 6).

BGH, Urt. v. 27. Oktober 1983 - VII ZR 155/83 - OLG Bamberg
LG Schweinfurt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 155/83

URTEIL

Verkündet am
27. Oktober 1983
Henco,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Karl-Heinz B[REDACTED], Inhaber Karl-Heinz B[REDACTED],
M[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauingenieur Martin M[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED],
B[REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 30. März 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat 1978/1979 an zwei Neubauten des Beklagten in dessen Auftrag Installations- und Spenglerarbeiten ausgeführt. Die Geltung der VOB/B war vereinbart. Unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen hat sie dem Beklagten (zuletzt) ihren Restwerklohn für die Installationsarbeiten mit 24.509,20 DM und für die Spenglerarbeiten mit 559,35 DM in Rechnung gesetzt, insgesamt also noch 25.008,55 DM von ihm verlangt.

Der Beklagte war mit den angesetzten Massen nicht einverstanden. Er errechnete für Installationsarbeiten einen restlichen Vergütungsanspruch der Klägerin von



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nur 6.314,67 DM und für Spenglerarbeiten einen Anspruch von 554,40 DM. Das teilte er der Klägerin unter dem 30. Mai 1981 mit. In mehreren nachfolgenden Besprechungen, die letzte fand am 14. Oktober 1981 statt, konnten die Parteien keine Einigung erzielen.

Daraufhin überwies der Beklagte der Klägerin am 26. November 1981 auf ein ihm angegebenes Geschäftskonto bei der Volksbank in G[REDACTED] für die Installationsarbeiten die von ihm errechnete restliche Vergütung von 6.314,67 DM, wobei er auf dem Überweisungsträger den Vermerk anbrachte: "Schlußzahlung-San. Installation Haus L[REDACTED]straße [REDACTED] + [REDACTED]". Der überwiesene Betrag wurde dem Konto der Klägerin am Montag, dem 30. November 1981 gutgeschrieben. Seit diesem Tage lagen - entsprechend dem Bankvertrag - Kontoauszug und Überweisungsträger bei der Volksbank G[REDACTED] zur Abholung durch die Klägerin bereit. Die Klägerin holte die Bankunterlagen regelmäßig jedoch nur einmal wöchentlich, und zwar freitags ab, den hier in Rede stehenden Kontoauszug und den Überweisungsträger am Freitag, dem 4. Dezember 1981. Am 18. Dezember 1981 reichte sie beim zuständigen Amtsgericht unter gleichzeitiger Einzahlung der Gerichtskosten wegen ihres restlichen Vergütungsanspruches einen Mahnantrag über (25.068,55 - 6.314,67 =) 18.753,88 DM ein, der dem Beklagten am 14. Januar 1982 zugestellt worden ist.

Nach Verweisung der Sache an das Landgericht hat dieses mit Teilurteil die Klage hinsichtlich des restlichen Vergütungsanspruches aus den Installationsarbeiten in Höhe von (24.509,20 - 6.314,67 =) 18.194,53 DM abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer - zugelassenen - Revision, um deren

Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teilbetrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hält die VOB/B für wirksam vereinbart, bejaht das Vorliegen einer Schlußrechnung, sieht in der Überweisung des Betrages von 6.314,67 DM in Verbindung mit dem auf dem Überweisungsträger angebrachten Vermerk eine Schlußzahlung des Beklagten hinsichtlich der Installationsarbeiten und meint, die Klägerin habe zur Vermeidung des Forderungsausschlusses wegen der auf die Installationsarbeiten verweigerten Restzahlung von 18.194,53 DM einen Vorbehalt im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) erklären müssen.

Das alles läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

2. Das Berufungsgericht wertet den am 18. Dezember 1981 eingereichten Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheides als Erklärung des Vorbehalts und geht ersichtlich - wie schon das Landgericht - davon aus, daß nach § 693 Abs. 2 ZPO dessen Wirkungen bereits mit der Einreichung des Antrages und nicht erst mit Zustellung des Mahnbescheids eingetreten sind.

Auch das ist richtig. Der Senat hat bereits mit eingehender Begründung ausgeführt, daß die Vorschrift des

§ 270 Abs. 3 ZPO auch auf die Vorbehaltsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B anzuwenden ist, wenn der Vorbehalt, was möglich ist, durch Klageerhebung erfolgt (BGHZ 75, 307). Wird der Vorbehalt - wie hier - ausreichend deutlich auf die Weise erklärt, daß derjenige Teil des Werklohnanspruches, dessen Zahlung mit dem Schlußzahlungsvermerk verweigert worden ist, statt mit einer Klage mit einem Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheides verfolgt wird, dann ist auf die Vorbehaltsfrist anstelle der Vorschrift des § 270 Abs. 3 ZPO die insofern gleichlautende Vorschrift des § 693 Abs. 2 ZPO anzuwenden. Bei - wie hier - "demnächst" erfolgter Zustellung des Mahnbescheids gilt danach der Vorbehalt als im Zeitpunkt der Einreichung des Mahnantrages erklärt (so auch Ingenstau/Korbion, VOB/B 9. Aufl., § 16 Rdn. 62; Nicklisch/Weick, VOB/B, § 16 Rdn. 56; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB/B, 3. Aufl., § 16 Rdn. 96).

II.

Das Berufungsgericht hält den danach mit der Einreichung des Mahnantrages am 18. Dezember 1981 erklärten Vorbehalt gleichwohl für verspätet. Es meint, die Vorbehaltsfrist von 12 Werktagen sei nicht erst durch die Abholung der Bankunterlagen am 4. Dezember 1981 mit Ablauf dieses Tages in Gang gesetzt worden. Denn die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, daß sie nur einmal wöchentlich ihre Bankunterlagen abhole. Sie müsse sich vielmehr so behandeln lassen, als ob sie der Bank jedenfalls den Auftrag zur jeweiligen Übersendung anfallender Unterlagen erteilt habe. Dann würde sie spätestens am 2. Dezember 1981 Kenntnis von der Schlußzahlung erhalten

haben mit der Folge, daß die Vorbehaltsfrist ab 3. Dezember 1981 zu laufen begonnen habe und bereits am 16. Dezember 1981, also vor Einreichung des Mahnantrages, abgelaufen gewesen sei. Deshalb hat das Berufungsgericht den Restwerklohnanspruch für die Installationsarbeiten als nicht mehr durchsetzbar angesehen und insoweit die Klage abgewiesen.

Das hält den Angriffen der Revision nicht stand:

1. Für die Kennzeichnung der Schlußzahlung als solcher genügt in der Tat eben noch ein - wie hier - auf dem Überweisungsträger angebrachter entsprechender Hinweis (BGHZ 68, 39, 40; NJW 1979, 2310, 2311; 1981, 1218 m.w.N.). Die Gutschrift des Schlußzahlungsbetrages auf dem Konto des Auftragnehmers setzt jedoch allein die 12-Werktage-Frist für die Vorbehaltserklärung noch nicht in Gang. Die Vorbehaltsfrist von 12 Werktagen (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B (1973)) beginnt regelmäßig vielmehr erst nach Ablauf des Tages, an dem der Überweisungsträger dem Auftragnehmer zugeht und dieser von dem Schlußzahlungsvermerk Kenntnis nehmen kann (BGH NJW 1981, 1218; 1983, 816 Nr. 6).

Zugegangen ist der Klägerin der Überweisungsträger erst mit seiner Abholung von der Bank am 4. Dezember 1981. Erst seit diesem Tage hat die Klägerin Kenntnis von dem Schlußzahlungsvermerk.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes muß sich die Klägerin nicht so behandeln lassen, als ob sie schon früher, spätestens seit dem 2. Dezember 1981,

nämlich zwei Tage nach dem die Bankunterlagen hätten abgeholt werden können, Kenntnis von dem Schlußzahlungsvermerk gehabt hätte.

Die entgegenstehende, von Ingenstau/Korbion (aaO, Rdn. 62), von Hochstein (Anmerkung zur Senatsentscheidung in Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 15 zu § 16 Nr. 3 VOB/B) und ähnlich von Kaiser (BauR 1976, 232, 236 sowie von Heiermann/Riedl/Schwaab (aaO Rdn. 94) vertretene und vom Berufungsgericht übernommene Auffassung teilt der Senat nicht (wie hier wohl auch Nicklisch/Weick, aaO, Rdn. 50; Mahns NJW 1978, 2543 und Locher, Das private Baurecht, 3. Aufl. Rdn. 205, S. 134/135).

§ 16 Nr. 3 VOB/B (1973) (früher: § 16 Ziff. 2 VOB/B (1952)) ist mit Zurückhaltung anzuwenden, soweit diese Bestimmung an die Versäumung gewisser Handlungen einen Rechtsverlust knüpft (BGHZ 62, 15, 18; 75, 307, 313; BGH NJW 1981, 1784; 1982, 2250 jeweils m.w.N.; Senatsurteil vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282).

Danach darf einem Auftragnehmer im Zusammenhang mit § 16 Nr. 3 VOB/B nicht als nachteilig angelastet werden, daß er Bankauszüge nur einmal wöchentlich bei seiner Bank abholt. Das kann - bei Abholung am Freitag - zwar dazu führen, daß er montags und dienstags abholbereite Unterlagen schlimmstenfalls zwei bis drei Tage später erhält, als wenn er sich die Unterlagen täglich von der Bank übersenden lassen würde. Das muß der Auftraggeber aber hinnehmen, der aus Eigeninteresse einen Schlußzahlungsvermerk nicht, wie es in erster Linie zu

erwarten und auch geboten ist, in einem sich damit befassenden Schreiben, sondern lediglich auf einem Überweisungsträger anbringt und sich damit Mühe und Kosten eines besonderen Schreibens erspart. Der Auftragnehmer verstößt deshalb jedenfalls bei wöchentlich einmaliger Abholung von Kontoauszügen und Überweisungsträgern nicht gegen seine im Zusammenhang mit § 16 Nr. 3 VOB/B bestehende Verpflichtung, von Schlußzahlungen oder Schlußzahlungsvermerken unverzüglich Kenntnis zu nehmen. Er hält sich vielmehr damit in dem hier interessierenden Zusammenhang noch innerhalb dessen, was vom Auftraggeber erwartet werden kann; darauf muß der Auftraggeber sich einstellen. Der von Hochstein (aaO) befürchtete Freibrief, "gar erst nach Wochen" Kenntnis von der Schlußzahlung nehmen zu können, wird dem Auftragnehmer damit nicht ausgestellt.

3. Ist danach der Schlußzahlungsvermerk des Beklagten der Klägerin erst am 4. Dezember 1981 zugegangen, dann hat sie mit der Einreichung des Mahnantrages am 18. Dezember 1981 den Vorbehalt rechtzeitig innerhalb der 12-Werktage-Frist erklärt. Das Berufungsgericht durfte den aus den Installationsarbeiten hergeleiteten Restwerklohnanspruch deshalb nicht als nicht mehr durchsetzbar abweisen.

III.

Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben werden. Da die Tatrichter - aus ihrer Sicht folgerichtig - sich mit der bestrittenen Höhe des Werklohnanspruches noch nicht befaßt haben, ist dem Senat eine abschließende

Entscheidung nicht möglich. Die Sache muß vielmehr zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Quack