

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: zu I. 3 ja

BGB § 208

Die Erklärung der Aufrechnung mit einer bestrittenen Forderung gegen eine unbestrittene Forderung enthält kein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis der letzteren im Sinne von § 208 BGB.

BGH, Urt. v. 24. Januar 1972 - VII ZR 171/70 - OLG Frankfurt/Mai:
LG Frankfurt/Mai:

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 171/70

URTEIL

Verkündet am
24. Januar 1972

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Martin M i [REDACTED] KG, Fr [REDACTED],
Bo [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Kommanditisten
Martin Mi [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Berufungs-
beklagten, Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die Gemeinde O k [REDACTED], vertreten durch den Gemeinde-
vorstand, dieser vertreten durch den Bürgermeister Tr [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
klägerin, Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Schmidt, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 12. August 1970 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage abgewiesen worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte führte für die Klägerin aufgrund des Bauvertrages vom 5./11. November 1964, in dem die Parteien u. a. auch die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B vereinbart hatten, Kanalarbeiten aus. Die Klägerin nahm die hergestellte Anlage bei Beendigung der Arbeiten am 30. November 1965 in Benutzung. Am 2. Juni 1966 fand eine Begehung der früheren Baustelle statt, an der Vertreter der mit der Oberbauleitung beauftragten Firma Dr. Ing. Br., des Was-



serwirtschaftsamtes, der Landkreisverwaltung sowie der Polier der Beklagten teilnahmen. Hierüber wurde eine Abnahmeniederschrift ausgestellt, die u. a. formularmäßig vorgedruckt folgenden unausgefüllten Vermerk enthält: "Die Bauarbeiten sind - nicht - termingemäß nach dem Bauvertrag vom ... fertiggestellt worden".

Am 9. Dezember 1965 stellte die Beklagte für diese Arbeiten (I. Bauabschnitt) zwei Rechnungen aus, deren Summe nach Prüfung und Berichtigung 411.709,31 DM beträgt und mit anderen am 6. Juli 1966 in Rechnung gestellten Auftragsleistungen (II. Bauabschnitt) über 128.953,25 DM einen Gesamtbetrag von 540.662,56 DM ergibt. Die Klägerin erfüllte die von ihr anerkannten Ansprüche bis auf einen Betrag von 31.099,25 DM.

Die Klägerin hat von der Beklagten Zahlung von 7.600 DM verlangt. Sie hat vorgetragen, die Beklagte habe wegen schuldhafter Verzögerung der Bauleistungen nach der bauvertraglichen Vereinbarung eine Vertragsstrafe von 38.700 DM verwirkt. Nach Verrechnung mit der restlichen Werklohnforderung verbleibe noch eine von der Beklagten zu zahlende Vertragsstrafe von 7.600 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin den Anspruch weiterverfolgt und hervorgehoben, daß er hilfsweise auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes geltend gemacht werde. Die Beklagte hat mit ihrem am 31. Dezember 1969 bei dem Berufungsgericht eingegangenen und am 6. Januar 1970 zugestellten Schriftsatz im Wege der Anschlußberufung Widerklage auf Zahlung von 31.100 DM wegen des noch offenen Werklohnes erhoben.

Die Klägerin hat sich dagegen mit der Einrede der Verjährung gewandt.

Das Berufungsgericht hat das klagabweisende Urteil des Landgerichts bestätigt und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat der Widerklage mit der Begründung den Erfolg versagt, daß die Klägerin berechtigt sei, die Erfüllung der unstreitigen restlichen Werklohnforderung der Beklagten wegen Verjährung zu verweigern (§ 222 BGB). Die hiergegen eingelegte Revision ist begründet.

I.

1. Ohne Rechtsirrtum geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß die Werklohnforderung nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB einer Verjährungsfrist von zwei Jahren unterliegt (BGHZ 53, 222). Dies beanstandet auch die Revision nicht.

2. Indessen kann seiner Auffassung über den Beginn der Verjährung nicht gefolgt werden.

a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die zweijährige Frist habe mit dem Ablauf des Jahres begonnen, in dem der Anspruch entstanden sei (§§ 198, 201 BGB). Dies sei der 31. Dezember 1965 gewesen. Die Fälligkeit

der Forderung hat es sodann bei der Verneinung einer Stundungsvereinbarung damit begründet, daß der Klägerin nach dem Bauvertrag gerade nicht gestattet gewesen sei, einen Teil des geschuldeten Werklohns als Sicherheitssumme zurückzubehalten; vielmehr habe der gesamte Werklohnanspruch bei Abnahme fällig sein sollen, während die Beklagte ihrerseits ein Haftgeld von 10 v. H. habe hinterlegen sollen.

Hiermit hat das Berufungsgericht ersichtlich auf folgende, von ihm wörtlich wiedergegebene Vertragsklausel Bezug genommen.

"Der Unternehmer haftet für die einwandfreie Ausführung der Arbeiten auf die Dauer von 2 Jahren vom Tag der Abnahme und hat während dieser Zeit ein Haftgeld von 10 % der Abrechnungssumme zu hinterlegen."

b) Für den Beginn der Verjährungsfrist ist der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung maßgebend. Die Fälligkeit einer Werklohnforderung aufgrund eines Bauvertrages, der der Verdingungsordnung für Bauleistungen unterliegt, richtet sich nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB (B). Danach ist die Schlußzahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der Schlußrechnung, spätestens jedoch innerhalb von zwei Monaten nach deren Einreichung zu leisten. Daraus ergibt sich, daß bei einem solchen Vertrag die Verjährungsfrist für die Schlußzahlung des Werklohnes erst mit dem Ende des Jahres beginnt, in das der nach § 16 Nr. 2 VOB (B) zu bestimmende Fälligkeitszeitpunkt fällt. Dies hat der erkennende Senat, worauf die Revision zutreffend hinweist, wiederholt ausgesprochen (vgl. u. a.

BGHZ 53, 222, 225 m.w.N.). Davon abzuweichen, besteht kein Anlaß.

Diese Auffassung schließt jedoch nicht die Befugnis der Parteien aus, eine von der genannten Bestimmung abweichende Vereinbarung zu treffen. Indessen wird die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten in dem Bauvertrag vereinbart, daß der gesamte Lohnanspruch bei Abnahme habe fällig sein sollen, durch die von ihm wörtlich angeführte, oben wiedergegebene Vertragsklausel nicht gerechtfertigt. Sie befaßt sich nur mit der Gewährleistung des Bauunternehmers, wie sie ähnlich und eingehender in §§ 13, 17 VOB (B) geregelt ist, nicht dagegen mit seinem Werklohn. Insofern ist sie eindeutig und einer Auslegung nicht zugänglich. Eine von der Regelung in § 16 Nr. 2 VOB (B) abweichende Fälligkeitsvereinbarung ist auch sonst nicht ersichtlich, so daß das Revisionsgericht von der genannten Fälligkeitsregel auszugehen hat.

c) Aus dem von der Klägerin im Berufungsrechtzug vorgelegten Prüfbericht der mit der Oberleitung beauftragten Firma Dr. Ing. Br. [REDACTED] vom 9. Februar 1967 ergibt sich, daß die Rechnung Nr. 6107 a vom 9. Dezember 1965 von der Beklagten gegen Ende Februar 1966 eingereicht wurde, nach eingehenden Verhandlungen vereinbarungsgemäß wegen "der erheblichen Änderungen" neu ausgefertigt werden sollte und dann am 16. Oktober 1966 vorgelegt wurde. Die Schlußrechnungen Nr. 6107 a und b vom 9. Dezember 1965 enthalten den Prüfungsvermerk vom 21. Februar 1967. Nach dem Vorbringen der Klägerin ist davon auszugehen, daß auch die Schlußrechnung Nr. 6107 b vom 9. Dezember 1965 und die Schlußrechnungen

vom 6. Juli 1966 (II. Bauabschnitt) im Jahre 1966 bis zum 16. Oktober 1966 vorgelegt und am 21. Februar 1967 geprüft sowie festgestellt wurden. Hiernach ist die gesamte Restforderung im Jahre 1966 spätestens am 16. Dezember 1966 fällig geworden, so daß ihre Verjährung am 31. Dezember 1966 begann (§ 201 BGB).

d) Die Revision meint zwar, daß der 31. Dezember 1966 nur als frühester Zeitpunkt des Verjährungsbeginns in Betracht zu ziehen sei. Die Klägerin müsse nach dem Grundsatz von Treu und Glauben wegen der erst im Februar 1967 von ihr abgeschlossenen Rechnungsprüfung eine in diesem Zeitpunkt eingetretene Fälligkeit gelten lassen. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Der erkennende Senat hat allerdings in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 1968 - VII ZR 141/66 - (NJW 69, 428) ausgesprochen, daß die Schlußzahlung später als zwei Monate nach Einreichung der Schlußrechnung fällig wird, wenn die Schlußrechnung aus sachlichen, nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht innerhalb der Frist von zwei Monaten geprüft und festgestellt werden kann. Indessen sind Umstände, die eine solche Ausnahme von der in § 16 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB (B) bestimmten Fälligkeitsregel zu rechtfertigen vermögen, den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen und von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht vorgebracht worden. Die Verzögerung der Rechnungsprüfung und -feststellung allein rechtfertigt nicht, die Fälligkeit als hinausgeschoben anzusehen.

3. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Verjährung durch die in dem am 22. März 1968 zugestellten Zahlungsbefehl enthaltene und im Schriftsatz vom 30. April 1968 wiederholte Verrechnung des restlichen Werklohnes mit dem angeblichen Anspruch auf Vertragsstrafe unterbrochen worden sei. Ihrer Auffassung, daß in dieser Verrechnung ein Anerkenntnis im Sinne von § 208 BGB liege, kann nicht gefolgt werden.

Ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis ist nur dann anzunehmen, wenn sich aus dem - rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen - Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger eindeutig sein Bewußtsein vom Bestehen der Forderung ergibt (vgl. u. a. BGH LM Nr. 1 bis 5 zu § 208 BGB; Augustin bei Soergel/Siebert 10. Aufl., BGB § 208 Rn. 9). Die Klägerin brachte mit ihrer "Abrechnung" und der darin enthaltenen "Verrechnung", die rechtlich als eine Aufrechnungserklärung aufzufassen ist, unmißverständlich das Gegenteil zum Ausdruck, nämlich daß nicht die Beklagte gegen sie, sondern sie gegen die Beklagte einen Zahlungsanspruch habe. Hierbei hatte die Aufrechnungserklärung zwar die restliche Werklohnforderung zum Gegenstand. Die Klägerin bezeichnete sie jedoch als durch Aufrechnung (Verrechnung) getilgt und folglich als nicht mehr bestehend. Unbeachtlich ist, daß sie sich über die Wirksamkeit der Aufrechnung und damit über die Tilgung und das "Nichtbestehen" der zugegebenermaßen entstandenen restlichen Werklohnforderung irrte. Aus ihrer unzutreffenden Erklärung, daß sie der Beklagten nichts mehr schulde, kann nicht ein zum Ausdruck gebrachtes Bewußtsein vom Gegenteil entnommen werden. Die unwirksame Aufrechnung

mit der bestrittenen, in Wirklichkeit nicht entstandenen Forderung gegen die unbestrittene Werklohnforderung enthält daher kein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis im Sinne von § 208 BGB (vgl. auch Celle OLGZ 70, 5, 6; Soergel/Siebert aaO).

4. Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe seine Aufklärungspflicht wegen der widersprüchlichen Vereinbarungen über die Gewährleistung verletzt (§ 139 ZPO) und dadurch zu Unrecht die Stundung des zur Sicherheit einbehaltenen restlichen Werklohnes verneint. Die Aufklärung hätte ergeben, daß der zur Sicherheit einbehaltene Betrag erst zwei Jahre nach Abnahme der Bauleistungen fällig geworden sei.

Diese Rüge ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil auch der Vortrag der Revision eine Vereinbarung über eine Stundung oder spätere Fälligkeit eines zur Sicherheit einbehaltenen Betrages nicht erkennen läßt. Wenn auch die Klägerin vereinbarungsgemäß (s. Nr. 18 der "Zusätzlichen Vertragsbestimmungen") auf die Teilabrechnungen (Zwischenabrechnungen) jeweils nur 85 v. H. des Rechnungsbetrages auszahlte, so kann daraus doch nicht entnommen werden, daß sie auch vereinbarungsgemäß 10 v. H. des sich aus den Schlußrechnungen ergebenden Betrages zur Sicherheit einbehalten habe. Die im Bauvertrag enthaltenen Regelungen einschließlich der von der Revision erwähnten "Zusätzlichen Vertragsbestimmungen" gaben der Klägerin ähnlich wie § 17 VOB (B) verschiedene Möglichkeiten, Sicherheit nach Einreichung der Schlußrechnungen zu leisten. Es ist aber nicht ersichtlich, daß die Parteien hierfür den Einbehalt eines Betrages vom 10 v. H. der Schlußrechnungssumme vereinbart hatten. Auch in den

Schlußrechnungen vom 9. Dezember 1965 ist ein solches Angebot nicht enthalten. Aus dem von der Revision vorgelegten Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 22. Februar 1967 ergibt sich vielmehr, daß die Beklagte die von der Bauleitung verlangte Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000 DM durch Vorlage einer Bankbürgschaft erbringen wollte, und daß gerade nicht ein entsprechender Betrag einbehalten werden sollte. Demgemäß wurde auch verfahren, wie die ebenfalls von der Revision vorgelegte Abrechnung der Klägerin vom 14. März 1967 ergibt.

5. Zu Recht beanstandet die Revision dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich nicht, daß die Verjährungseinrede gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße.

Die Beklagte hat insoweit behauptet, die Parteien hätten im Jahre 1968 Verhandlungen geführt, bei denen sämtliche Rechnungs differenzen mit der einzigen Ausnahme der Vertragsstrafe geklärt worden seien. Nachdem eine gütliche Einigung über die Frage der Vertragsstrafe nicht möglich gewesen sei, habe die Klärung im Prozeßwege erfolgen sollen. Hierbei sei klar gewesen, daß die Entscheidung über den von der Gemeinde eingeklagten Spitzenbetrag auch über den bereits berechneten Betrag habe gelten sollen. Bei Feststellung, daß die Vertragsstrafe nicht gerechtfertigt sei, hätten die berechneten Beträge, die nunmehr Gegenstand der Widerklage seien, an die Beklagte gezahlt werden sollen. Für die Richtigkeit dieser Behauptungen hat sich die Beklagte auf das Zeugnis des Bürgermeisters Tr[REDACTED] berufen.

Nach diesen Behauptungen ist die Einrede der Verjährung möglicherweise als eine unzulässige, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende Rechtsausübung (§ 242 BGB) anzusehen. Aufgrund der vor Ablauf der Verjährungsfrist (31. Dezember 1968) getroffenen Vereinbarung, den zwischen den Parteien allein streitigen Punkt der Vertragsstrafe im Prozeßwege zu klären, und aufgrund der Tatsache, daß die Klägerin den nach ihrer Abrechnung verbleibenden Restbetrag der Vertragsstrafe bereits im März 1968 gerichtlich geltend machte, durfte die Beklagte davon ausgehen, daß mit der Entscheidung über die Klage wegen des Teilbetrages der Vertragsstrafe der Streit über die gesamte Vertragsstrafe erledigt werden sollte. Das bedeutet aber, daß die Klägerin das von ihr selbst hervorgerufene Vertrauen verletzt, wenn sie sich auf den durch den Prozeß bedingten Zeitablauf zum Nachteil der Beklagten beruft.

Hat jedoch die Vereinbarung, was die Behauptungen der Beklagten nicht klar erkennen lassen, nicht nur den Eindruck bei der Beklagten erwecken müssen, sondern zum Inhalt gehabt, daß die Zahlung des restlichen Werklohns von der gerichtlichen Entscheidung über die Vertragsstrafe abhängen sollte, so könnte darin ein bis zu dieser Entscheidung befristeter Verzicht auf die Geltendmachung des restlichen Werklohnes (*pactum de non petendo*) gesehen werden, der eine Hemmung der Verjährung nach § 202 BGB zur Folge hat (vgl. u. a. BGH LM Nr. 3, 5 zu § 202 BGB; RGZ 142, 263). Die Hemmung würde ihr Ende frühestens mit der einverständlichen Aufhebung dieser Vereinbarung gefunden haben, die in der Erhebung der Widerklage durch die Beklagte nach der hilfsweisen Geltendmachung

eines Schadensersatzanspruchs durch die Klägerin gesehen werden kann. In diesem Falle würde die Verjährung bei Erhebung der Widerklage nicht vollendet gewesen sein. Hier- nach hätte das Berufungsgericht den angetretenen Beweis er- heben müssen.

II.

Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der dargelegten Auffassungen insbesondere Feststellungen über die behauptete Vereinbarung der Parteien im Jahre 1968 zu treffen und über die Widerklage erneut sowie über die Ko- sten des Rechtsstreites einschließlich der der Revision zu entscheiden haben.

Rietschel	Vogt	Schmidt
Girisch	Meise	