

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B (1952) § 16 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1

VOB/B (1973) § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 C

BGB §§ 196, 201

- a) Beendet der Auftraggeber die Prüfung der Schlußrechnung schon vor Ablauf der Prüfungsfrist von zwei Monaten, wird der Anspruch auf die Schlußzahlung bereits mit der Mitteilung des Prüfungsergebnisses an den Auftragnehmer fällig. Die Verjährung dieses Anspruches beginnt dann mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Mitteilung dem Auftragnehmer zugeht.
- b) Ein öffentlich-rechtlicher Wasserverband betreibt kein Gewerbe i.S. des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB (im Anschluß an BGHZ 57, 191, 199).

BGH, Urt. v. 22. April 1982 - VII ZR 191/81 - OLG Hamm
LG Siegen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 191/81

URTEIL

Verkündet am

22. April 1982

Henco,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Bauunternehmers Willi P., A. L.straße H.,
2. der Firma Otto M. - Bauunternehmen -, Inhaber
Bauingenieur Dietrich M., A. L.straße H.,

als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts
(Arbeitsgemeinschaft TL 90),

Kläger, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den W. S., öffentlich-rechtliche Körperschaft, vertreten durch den Oberkreisdirektor in S. als
Verbandsvorsteher, E.straße S.,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. -
und Dr. -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch und die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

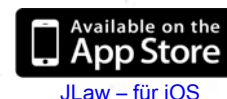
Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. März 1981 wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger, beide Bauunternehmer, hatten sich in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Arbeitsgemeinschaft TL 90, verbunden und verlegten im Auftrage des beklagten Wasserverbandes eine Trinkwassertransportleitung von N. zum Hochbehälter S. Quelle. Die Geltung u.a. der VOB (1952) war vereinbart. Die Arbeitsgemeinschaft erteilte dem Beklagten unter dem 2. November 1973 eine Schlußrechnung, mit der nach Abzug der geleisteten Abschlagszahlungen als Schlußzahlung noch 211.817,-- DM gefordert wurden. Der Beklagte kürzte bei der am 18. Dezember 1973 vorgenommenen Rechnungsprüfung die Schlußrechnung auf 172.654,38 DM und teilte dies der Arbeitsgemeinschaft durch bei dieser am 22. Dezember 1973 einge-



gangenes Schreiben vom 19. Dezember 1973 mit. Er bezahlte nur den von ihm ermittelten Restbetrag.

Die Kläger beziffern ihre Restforderung aus der Schlußrechnung noch auf 30.525,85 DM und verlangen ferner die Zahlung weiterer 5.220,93 DM gemäß "Ergänzungsrechnung" vom 31. Dezember 1973. Über den Gesamtbetrag von 35.746,78 DM nebst Zinsen haben sie im Dezember 1977 den Erlaß eines Mahnbescheides beantragt. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, die der beklagte Wasserverband zurückzuweisen bittet, verfolgen die Kläger die Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Nach Auffassung des Berufungsgericht ist die Klageforderung verjährt. Sie sei nämlich schon am 18. Dezember 1973 mit der Prüfung der Schlußrechnung fällig geworden. Die Verjährungsfrist habe daher am 31. Dezember 1973 zu laufen begonnen, was auch für die Nachtragsforderung als Teil der Vergütungsforderung aus dem einheitlichen Auftrag gelte. Die Verjährungsfrist betrage zwei Jahre. Die Kläger hätten nicht dargetan, daß der Beklagte einen Gewerbebetrieb unterhalte. Nach seiner Satzung sei sein Zweck nicht auf Gewinnerzielung gerichtet. Selbst wenn er versuchen sollte, die marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals zu erreichen, begründe das für sich allein die Annahme eines Gewerbebetriebes jedenfalls bei einem Betriebe der öffentlichen Hand nicht. Die Forderung sei daher seit Ende des Jahres 1975 verjährt. Darauf könne sich der beklagte Verband auch berufen.

Seine mit Schreiben vom 15. Dezember 1976 abgegebene Erklärung, bis zum 31. Dezember 1977 auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, sei rechtlich unwirksam. Der Beklagte habe nämlich irrig angenommen, seine Erklärung beziehe sich auf eine noch nicht verjährte Forderung. In diesem Sinne habe die Arbeitsgemeinschaft sie auch verstanden; sie sei gleichfalls der Auffassung gewesen, daß die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen sei.

Das hält der Revision im Ergebnis stand:

1. Die Verjährung der Klageforderung hat bereits mit Ablauf des Jahres 1973 begonnen.

a) Für den Beginn der Verjährungsfrist ist der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung maßgebend. Bei einem der VOB/B (1952) unterliegenden Bauvertrag richtet sich die Fälligkeit der Schlußzahlung nach § 16 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 (bei Geltung der VOB/B (1973): § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1). Danach ist die Schlußzahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der Schlußrechnung, spätestens jedoch innerhalb von zwei Monaten nach deren Einreichung zu leisten. Für die Verjährung des Anspruches auf die Schlußzahlung kommt es deshalb nicht allein auf die Einreichung der Schlußrechnung, sondern auf den nach § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) (bzw. § 16 Nr. 3 VOB/B (1973)) zu bestimmenden Fälligkeitszeitpunkt an. Die Verjährung beginnt erst mit dem nach diesem Zeitpunkt liegenden Schluß des Jahres (BGHZ 53, 222, 225 m.N.).

b) Entgegen der Auffassung der Revision tritt jedoch die Fälligkeit der Schlußzahlung nicht in jedem Falle erst mit Ablauf von zwei Monaten nach Zugang der Schlußrechnung ein. Hat der Auftraggeber die Schlußrechnung schon

vorher geprüft, den nach seiner Meinung von ihm zu zahlenden Betrag festgestellt und das Prüfungsergebnis dem Auftragnehmer mitgeteilt, dann wird die Schlußzahlung vielmehr schon mit der Mitteilung des Prüfungsergebnisses fällig.

aa) Bei Werkverträgen, die allein nach den §§ 631 ff BGB zu beurteilen sind, ist die Vergütung "bei der Abnahme des Werkes" zu entrichten (§ 641 BGB). Von diesem Zeitpunkt an kann der Unternehmer die Vergütung, notfalls mit einer Feststellungsklage, geltend machen. Die Verjährung des Werklohnanspruches beginnt bei einem derartigen Vertrag deshalb mit dem Schluß des Jahres, in dem die Abnahme erfolgt ist (BGHZ 79, 176, 178).

Demgegenüber hängt bei einem Werkvertrag, dem die VOB/B zugrunde liegt, die Fälligkeit der Schlußzahlung zusätzlich (BGHZ 79, 180) von der Erteilung einer - prüfbaren - Schlußrechnung und einer nachfolgenden Rechnungsprüfung bzw. dem Ablauf der Prüfungsfrist ab (§ 16 Nr. 2 VOB/B (1952) = § 16 Nr. 3 VOB/B (1973)). Damit wird der Auftraggeber in besonderer Weise geschützt. Er läuft keine Gefahr, mit seiner Zahlungspflicht in Verzug zu geraten, wenn er die Schlußrechnung erst nach einer - nicht verzögerten - Prüfung begleicht (Senatsurteil NJW 1969, 428 Nr. 1). Aber auch den Interessen des Auftragnehmers wird Rechnung getragen, dem daran gelegen ist, daß der Auftraggeber die Fälligkeit des Vergütungsanspruches nach Vorliegen der Schlußrechnung nicht über Gebühr hinausschiebt. Daher ist die Prüfung der Schlußrechnung nach Möglichkeit zu beschleunigen und die Schlußzahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der Schluß-

rechnung zu leisten (vgl. auch § 16 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B (1952) = § 16 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (1973)). Der Schutz des Auftragnehmers wird durch die ergänzende Regelung abgerundet, daß die Zahlungspflicht spätestens zwei Monate nach Zugang (Einreichung) der Schlußrechnung einsetzt. Der Wortlaut der Vorschrift spricht daher ebenso wie die Interessenlage dafür, daß die Fälligkeit der Werklohnforderung mit der Beendigung der Prüfung und der Feststellung der Schlußrechnung eintritt, wenn beides schon vor Ablauf der Höchstfrist von zwei Monaten erfolgt. Davon ist der Senat denn auch bisher als selbstverständlich ausgegangen (Urteil vom 8. Juli 1968 - VII ZR 65/66 = Schäfer/Finnern Z 2.331 Bl. 69, nur zum Teil abgedruckt in NJW 1968, 1962 Nr. 1; ebenso OLG München bei Schäfer/Finnern/Hochstein § 16 Nr. 3 VOB/B (1973) Nr. 4).

Auch das Schrifttum vertritt, soweit ersichtlich, einhellig diesen Standpunkt (vgl. z.B. Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 16, Rdn. 45; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., B § 16, Rdn. 74; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 2. Aufl., Rdn. 358; Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB, Teil B, ErlZ B 16.30; Miklisch/Weick, VOB, Teil B § 16 Rdn. 36).

bb) Die gegen diese Auffassung von der Revision geäußerten Bedenken greifen nicht durch. Es trifft nicht zu, daß sie zu Unklarheiten über den Beginn der Verjährungsfrist führt. Die den Verjährungsbeginn bestimmende Fälligkeit der Schlußzahlung tritt jedenfalls dann ein, wenn der Auftraggeber die Schlußrechnung abschließend geprüft, den aus seiner Sicht berechtigten Rechnungsbeitrag festgestellt und dem Auftragnehmer mitgeteilt hat. Inwieweit Teilprüfungen ausreichen (vgl. § 16 Nr. 4 VOB/B)

braucht nicht untersucht zu werden. Darum geht es hier nicht.

Ungewißheit über den Verjährungsbeginn kann auch dann nicht eintreten, wenn der Auftraggeber auf einen Vorbehalt des Auftragnehmers (§ 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) = § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973)) gegen das Ergebnis der Rechnungsprüfung seine Auffassung (teilweise) ändert. An der Fälligkeit des Anspruchs auf die Schlußzahlung einschließlich des zunächst bestrittenen Teils seit der Prüfung und der Feststellung der Schlußrechnung ändert sich dadurch nichts. Mit der Vorlage der Schlußrechnung und der Rechnungsprüfung haben beide Vertragspartner ihre Ansicht über die Höhe der zu zahlenden Vergütung dargelegt. Das rechtfertigt es, die Fälligkeit der Schlußzahlung, mit der der Verjährungsbeginn verknüpft ist, auch schon vor Ablauf der Prüfungsfrist von zwei Monaten eintreten zu lassen. Die Möglichkeiten gütlicher Einigung ohne gerichtliche Hilfe werden dadurch entgegen der Auffassung der Revision nicht beeinträchtigt.

c) Der Anspruch auf die Schlußzahlung ist nach alledem noch im Dezember 1973 fällig geworden. Seine Verjährung hat daher mit dem Ende des Jahres 1973 begonnen. Das gilt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt und die Revision ausdrücklich hinnimmt, auch für die erst mit der Zusatzrechnung vom 31. Dezember 1973 geltend gemachte Forderung, die bereits in der Schlußrechnung hätte enthalten sein können (BGHZ 53, 222, 225/226).

2. Die Verjährungsfrist betrug zwei Jahre (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die Leistungen der Klägerin nicht für einen Gewerbebetrieb des beklagten Verbandes erbracht worden sind.

a) Als Gewerbebetrieb im Sinne des § 196 BGB ist jeder berufsmäßige Geschäftsbetrieb zu verstehen, der von der Absicht dauernder Gewinnerzielung beherrscht ist (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 74, 273, 276 m.w.N.). Auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft kann ein Gewerbe betreiben, wenn sie dabei zugleich in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen gemeinnützigen Aufgabe tätig wird. Dann muß es sich aber um ein wirtschaftliches Unternehmen handeln. Es muß eine Tätigkeit ausgeübt werden, die nicht nur allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird. Eine solche Tätigkeit ist keine Gewerbeausübung (BGHZ 53, 222, 223; 57, 191, 199). Wirtschaftliche Unternehmen einer Gemeinde - wie auch anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts - sind jedoch nur solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können und gelegentlich auch betrieben werden (BGHZ 53, 222, 223/224 m.N.). Das ist beispielsweise bei einer Anlage zur Abwasserbeseitigung nicht der Fall, weil die Beseitigung von Abwässern durch eine von der Gemeinde errichtete und unterhaltene Anlage eine rein öffentlich-rechtliche gemeinnützige Aufgabe ist (BGH aaO).

b) Ebenso ist es bei den Aufgaben, die der Beklagte wahrnimmt.

Der Beklagte ist nach § 1 Abs. 2 seiner Satzung ein Wasser- und Bodenverband im Sinne der ersten Verordnung über Wasser- und Bodenverbände (WVVO) vom 3. September 1937 (RGBl. I S. 933, auch GVBl. NW 1970, Sonderband).

Wasser- und Bodenverbände sind öffentlich-rechtliche Körperschaften (§ 1 Abs. 1 WVVO). Der denkbare Kreis ihrer Aufgaben ist vorgeschrieben (§ 2 WVVO). Die WVVO stellt einen einheitlichen Organisationsrahmen zur Verfügung, mit dem die zuständigen staatlichen Behörden eine funktionsfähige Daseinsvorsorge in einem Bereich sicherstellen können, der von grundlegender Bedeutung für die Lebensmöglichkeiten ist (BVerfG NVwZ 1982, 29, 30 r.Sp.). Diese Aufgaben sind - solange ein Wasser- und Bodenverband nicht besteht - nicht Gegenstand wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinde; sie müssen vielmehr aus Gebühren und Beiträgen oder allgemeinen Haushaltsmitteln finanziert werden (Linckelmann in: Kaiser/Linckelmann/Schleberger, Wasserverbandsverordnung, 3. Aufl., 1967, S. 80).

Der Beklagte trägt nach § 3 seiner Satzung zur Ordnung und Verbesserung der Wasser- und Bodenverhältnisse bei und hat insbesondere die Aufgabe,

1. den Wasserschatz der S. und deren Zuflüsse durch den Bau und Betrieb von Talsperren und Hochwasserrückhaltebecken zu bewirtschaften, sowie Grundwassergewinnungsanlagen zu bauen und zu betreiben,
2. seinen Mitgliedern Trink- und Brauchwasser zu beschaffen und zur Verfügung zu stellen und den Grundwasserstrom anzureichern,
3. das Niedrigwasser durch Zuschußwasser aus den Talsperren zu erhöhen,
4. zum Hochwasserschutz regelnd beizutragen.

Diesen Aufgaben kann kein privater Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung nachkommen. Das wird auch daran deutlich, daß nach § 151 Abs. 1 WVVO entsprechende privatrechtliche Körperschaften, die zur Zeit des Inkrafttretens der Verordnung noch bestanden, durch ministerielle Anordnung in Wasser- und Bodenverbände umgewandelt werden können und derartige Umwandlungen heute im wesentlichen abgeschlossen sein dürften (Dornheim, Das Recht der Wasser- und Bodenverbände, 2. Aufl., S. 21 Fußn. 12).

Der beklagte Verband betreibt demnach kein wirtschaftliches Unternehmen. Seine Tätigkeit dient vielmehr allein und herkömmlich der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Schon deshalb sind die Leistungen der Kläger nicht für einen Gewerbebetrieb des Beklagten erfolgt. Auf die von der Revision noch behandelte und vom Berufungsgericht verneinte Frage, ob der Zweck des Beklagten auf Gewinnerzielung gerichtet sei, kommt es danach für die Länge der Verjährungsfrist nicht mehr an.

3. Die somit zweijährige Verjährungsfrist, die mit dem Schluß des Jahres 1973 zu laufen begonnen hat, ist demnach mit dem Ende des Jahres 1975 abgelaufen. Das im Dezember 1977 von den Klägern eingeleitete Mahnverfahren konnte die Verjährung nicht mehr unterbrechen.

4. Der beklagte Verband darf sich auf die Einrede der Verjährung auch berufen. Seine - nach Ablauf der Verjährungsfrist abgegebene - schriftliche Erklärung vom 15. Dezember 1976, auf die Einrede vorübergehend zu verzichten, steht dem nicht entgegen. Diese Erklärung ist nicht wirksam geworden.

a) Nach Ablauf der Verjährungsfrist kann der Schuldner zwar darauf verzichten, die Einrede der Verjährung zu erheben (BGHZ 57, 204, 209 m.w.N.). Ein solcher Verzicht ist nach ständiger Rechtsprechung jedoch nur wirksam, wenn der Schuldner bei Abgabe seiner Erklärung wußte oder zumindest für möglich hielt, daß die Verjährungsfrist schon abgelaufen und die Verjährung deshalb bereits eingetreten war (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH Urteile vom 29. Oktober 1959 - II ZR 8/58 = VersR 1959, 1019, 1021; vom 13. Oktober 1960 - II ZR 75/59 = VersR 1960, 1076, 1078; vom 24. Juni 1974 - VII ZR 49/73 = WM 1974, 929; vom 8. Mai 1979 - VI ZR 207/77 = VersR 1979, 646, 647 r.Sp.).

Entgegen der Meinung der Revision bezieht sich diese Rechtsprechung nicht nur auf einen konkludent erklärten, sondern auch auf einen ausdrücklich ausgesprochenen Verzicht. Die Entscheidungen VersR 1960, 1076 und 1979, 646 haben schriftliche Erklärungen zum Gegenstand, in denen der Verzicht ausdrücklich ausgesprochen wird. Das von Palandt/Heinrichs, BGB, 41. Aufl., § 222 Anm. 2 für die dort vertretene Auffassung, bei ausdrücklichem Verzicht auf die Verjährungseinrede komme es nicht auf die Kenntnis des Schuldners vom Eintritt der Verjährung an, herangezogene Senatsurteil vom 23. November 1978 - VII ZR 28/78 = WM 1979, 205 gibt dafür nichts her; das Berufungsgericht hat es deshalb mit Recht nicht für einschlägig gehalten. In dem dort entschiedenen Fall hatten die Vertragspartner die Höhe der Forderung unter beiderseitigem Nachgeben in einem Vergleich festgelegt. Der Schuldner wußte dabei nicht, daß die Forderung schon verjährt war. Der Senat hat den Vergleich dahin ausgelegt, daß er u.a. einen Ausschluß der Verjährungseinrede enthalte,

und den Schuldner wegen seines Irrtums auf eine allenfalls mögliche (aber nicht erklärte) Anfechtung verwiesen. Das war richtig, weil der Vergleich für die in ihm eingegangenen Verpflichtungen eine neue Rechtsgrundlage geschaffen hatte. Damit unterscheidet sich der dortige Sachverhalt maßgeblich von solchen Fällen, in denen es lediglich um den Verzicht auf die Verjährungseinrede geht.

Bei dem Beklagten herrschte jedoch - davon ist das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen - bei Abgabe der Verzichtserklärung am 15. Dezember 1976 die Auffassung, die Verjährungsfrist laufe erst am 31. Dezember 1976 ab.

b) Die Verzichtserklärung des Beklagten ist im übrigen schon deshalb wirkungslos, weil der Beklagte nach dem objektiven Gehalt seiner Erklärung nur die Bereitschaft gezeigt hat, sich auf die Verlängerung einer noch laufenden Verjährungsfrist einzulassen. Die Kläger haben die Erklärung so auch richtig verstanden.

Nach dem Vortrag des Beklagten, der sich auf einen seinerzeit von seinem Geschäftsführer angefertigten Vermerk stützt und dem die Kläger nicht substantiiert widersprochen haben, teilte ihm der spätere Prozeßbevollmächtigte der Kläger gegen Ende 1976 mit, daß er einen Zahlungsbefehl erwirken werde, um die Verjährung zu unterbrechen. Um das zu vermeiden, die dadurch anfallenden Kosten zunächst noch zu sparen und Spielraum für weitere vorprozessuale Verhandlungen zu schaffen, bot der Beklagte an, auf die Einrede der Verjährung vorübergehend zu verzichten. Diese eingeschränkte Bedeutung des "Verzichtes" kommt im Wortlaut seiner Erklärung vom 15. Dezember 1976 zum Ausdruck. Die Befristung des Verzichts bis zum

31. Dezember 1977 macht insbesondere deutlich, daß sich der Beklagte die Verjährungseinrede grundsätzlich erhalten wollte. Er war lediglich bereit, einer "Verlängerung" der Verjährungsfrist zuzustimmen. Das ergab keinen Sinn für den Fall, daß die umstrittene Forderung bereits verjährt war. Denn in diesem Falle hätte der Beklagte die schon sichere Einrede der Verjährung zunächst einmal wieder aufgeben müssen. Das wollte er erkennbar nicht, und er konnte in diesem Punkt von den Klägern auch nicht mißverstanden werden.

Bezog sich demnach die Erklärung lediglich auf die "Verlängerung" einer noch laufenden Verjährungsfrist, so war sie schon aus tatsächlichen Gründen gegenstandslos, weil die Verjährung in Wirklichkeit längst eingetreten war. Für eine Anfechtung der Erklärung, auf die die Revision den Beklagten verweisen will, war demgegenüber von vornherein kein Raum. Das, was der Beklagte erklärt hat und wie es die Kläger verstanden haben, wick nicht von dem ab, was er erklären wollte.

5. Nach allem ist die Klage zu Recht wegen Verjährung abgewiesen worden. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer