

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 16 B

Die Verjährung des Anspruchs auf die Schlußzahlung (§ 16 Nr. 3 VOB/B (1973)) kann nicht vor Aufstellung der Schlußrechnung durch den Auftragnehmer oder gemäß § 14 Nr. 4 VOB/B (1973) durch den Auftraggeber beginnen.

BGH, Urt. v. 22. Dezember 1983 – VII ZR 213/82 – OLG Frankfurt a.M.
LG Limburg L.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 213/82

URTEIL

Verkündet am
22. Dezember 1983
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Firma Gebr. S [REDACTED] KG, Tiefbauunternehmen, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Günter K [REDACTED], E [REDACTED] str. [REDACTED], W [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Sc [REDACTED] Straßenbaugesellschaft mbH, vertreten durch den Geschäftsführer Werner Sc [REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED], L [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. Mai 1982 aufgehoben, soweit die Klage in Höhe von 93.106,58 DM (nebst Zinsen) abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1972 - 1974 als Subunternehmerin der Beklagten für diese in V■■■■, Ortsteil W■■■■, eine Stützmauer errichtet und einen Treppenaufgang erstellt. Die Geltung der VOB/B war vereinbart.

Für die Stützmauer haben die Tatrichter der Klägerin einen Restwerklohn von (nur) 41.099,99 DM (nebst Zinsen) zugesprochen. Darüber streiten die Parteien inzwischen nicht mehr.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Als Werklohn für den Treppenaufgang hat die Klägerin mit der Klage 97.891,58 DM (nebst Zinsen) von der Beklagten verlangt. Das Landgericht hat ihr daraus (nur) 94.155,92 DM (nebst Zinsen) zugesprochen. (Auch) dagegen hat sich die Beklagte mit der Berufung gewandt. Entsprechend einer Vereinbarung mit der Beklagten (GA 137) will sich die Klägerin davon einen Abzug von 1.049,34 DM gefallen lassen und hat deshalb vor dem Berufungsgericht als Werklohn für den Treppenaufgang zuletzt nur noch 93.106,58 DM (nebst Zinsen) von der Beklagten verlangt. Das Oberlandesgericht hat insoweit die Klage abgewiesen.

Mit ihrer - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin diesen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält den Werklohnanspruch aus der Errichtung des Treppenaufganges für verjährt. Das ist nicht richtig. Dieser Anspruch scheitert weder an der Verjährungseinrede der Beklagten noch fehlt ihm aus sonstigen Gründen die Durchsetzbarkeit.

1. a) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte der Klägerin wegen der Arbeiten an der Stützmauer und derjenigen am Treppenaufgang zwei selbständige Aufträge erteilt habe. Dieser Beurteilung schließt sich die Revision an, während die Revisionserwiderung von einem einheitlichen Werkvertrag ausgehen will.

Die vom Berufungsgericht vorgenommene, auf den Wortlaut der beiden Auftragsschreiben vom 1. August 1972 (GA 20) und vom 9. März 1973 (GA 23) gestützte tatrichterliche Auslegung der individuellen Vertragsabreden ist jedoch naheliegend, zumindest möglich und daher der weiteren Beurteilung zugrunde zu legen.

b) Unstreitig hat die Beklagte die Abnahme der Leistungen der Klägerin zum Treppenaufgang mit Schreiben vom 16. April 1974 erklärt (BU 8, GA 33, 34). Das Berufungsgericht nimmt ferner zutreffend an, daß die Klägerin der Beklagten ihren Werklohn für diese Leistungen erst mit Rechnung vom 21. Februar 1978 berechnet hat (BU 9, 10, GA 29, 30 ff). Diese Rechnung lautet über 106.318,14 DM. Die Beklagte hat die von ihr handschriftlich auf 97.891,58 DM zurückgeführte Rechnung der Klägerin mit Schreiben vom 24. Februar 1978 (GA 37) zurückgesandt. Diese hat sodann u.a. nur noch diesen herabgesetzten Betrag mit am 11. Juni 1981 zugestellten Schriftsatz vom 2. Juni 1981 geltend gemacht.

c) Das Berufungsgericht geht zutreffend für diesen Werklohnanspruch von einer vierjährigen Verjährungsfrist aus (§ 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB). Richtig sieht es, daß die Verjährung dieses Anspruches gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (1973) erst mit dem Schlusse des Jahres nach Abnahme der Werkleistungen und Mitteilung des Prüfungsergebnisses durch den Auftraggeber bzw. Ablauf der Prüfungsfrist für die Schlußrechnung beginnt (BGHZ 79, 176, 179; 83, 382, 384; NJW 1968, 1962 Nr. 1). Der Werklohnanspruch ist hier also dann nicht verjährt, wenn seine Verjährung erst mit dem auf die Einreichung der Rechnung

vom 21. Februar 1978 folgenden Schlusse des Jahres 1978 begonnen hat.

d) Das Berufungsgericht verkennt schließlich auch nicht, daß der Auftraggeber seinerseits die Verjährungsfrist in Gang setzen kann, wenn der Auftragnehmer die alsbaldige Erstellung der Schlußrechnung unterläßt. Der Auftraggeber darf in einem solchen Falle nach erfolgloser Fristsetzung selbst die Schlußrechnung aufstellen (§ 14 Nr. 4 VOB/B (1973)) und damit den für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Zeitpunkt bestimmen, in dem die Schlußzahlung verlangt werden kann (BGHZ 79, 176, 179).

2. Das Berufungsgericht meint jedoch, hier habe die Beklagte als Auftraggeberin mit ihrem Schreiben vom 3. April 1975 "im Ergebnis" selbst eine Schlußrechnung zum Treppenaufgang aufgestellt, die noch im Jahre 1975 zur Fälligkeit des diesbezüglichen Werklohnanspruches geführt habe. Damit habe dessen vierjährige Verjährung mit dem Schlusse des Jahres 1975 begonnen und sei mit dem Schlusse des Jahres 1979, also vor Klageerhebung, beendet gewesen.

Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Die Beklagte hatte zwar schon im Schreiben vom 16. April 1974 neben der Abnahme des Treppenaufganges auch erklärt, von der (damals noch ausstehenden) Schlußrechnung die Kosten der Beseitigung der der Klägerin angelasteten Mängel und eine Vertragsstrafe einbehalten zu wollen (Anl.Heft A, S. 16, 17). Sie hat der Klägerin auch mit mehreren Rechnungen erhebliche Mängelbeseiti-

gungskosten und Eigenleistungen in Rechnung gestellt (vgl. die Schreiben vom 19. Juni 1974 und 27. März 1975, Anl.Heft A S. 18-22). Ferner hat sie mit Schreiben vom 24. August, 24. September und 29. Oktober 1973 (Anl.Heft A S. 10, 11, 13) die Aufstellung der Schlußrechnung für den Treppenaufgang angemahnt und angekündigt, die Schlußrechnung selbst aufstellen zu wollen.

Letzteres hat sie aber gerade nicht getan. Insbesondere ist ihr vom Berufungsgericht in dieser Richtung gewertetes Schreiben vom 3. April 1975 nebst der diesem Schreiben beigefügten "Gegenüberstellung" (Anl.Heft A S. 23, 24) nicht als von ihr selbst aufgestellte Schlußrechnung bezüglich des Treppenaufganges zu werten.

Mit diesem Schreiben, das die Überschrift "Gegenüberstellung Ihrer Forderungen und unsere Gegenforderungen für die Baumaßnahme Treppenaufgang ..." trägt, hat die Beklagte der Klägerin eine Ablichtung der von ihr, der Beklagten, herabgesetzten Schlußrechnung bezüglich der Stützmauer vom 20. Dezember 1973, zwei Gegenrechnungen und die "Gegenüberstellung" gegenseitiger Ansprüche übersandt, in der sie zu einem Saldo von 934,13 DM zu ihren Gunsten gelangt. Darin liegt jedoch keine von der Beklagten als Auftraggeberin aufgestellte Schlußrechnung über die Leistungen der Klägerin zum Treppenaufgang. Denn unter "A" der "Gegenüberstellung" befaßt sich die Beklagte nur mit den von ihr auf insgesamt 62.149,33 DM herabgeführten Rechnungen der Klägerin vom 1. Oktober 1973 (GA 26) und vom 20. Dezember 1973 (GA 27 ff), die beide nur Einfriedungsmauern und die Stützmauer, nicht aber den Treppenaufgang betreffen.

Unter "B" dieser "Gegenüberstellung" setzt die Beklagte diesem Betrag ihre zu dem Saldo von 934,13 DM führenden Gegenforderungen entgegen, die sich allerdings nahezu vollständig auf die Beseitigung von Mängeln und auf Eigenleistungen der Beklagten zum Treppenaufgang beziehen.

Die Beklagte mag damit ihr möglicherweise zustehende Gegenansprüche aus dem Werkvertrag über den Treppenaufgang berechnet haben. Sie mag auch deutlich zum Ausdruck gebracht haben, der Klägerin weder für die Stützmauer noch für den Treppenaufgang noch irgend etwas bezahlen zu wollen. Eine Berechnung der Leistungen, die die Klägerin zur Erstellung des Treppenaufganges unstreitig erbracht hat, liegt darin aber nicht, auch nicht im Zusammenhang mit allen sonstigen Erklärungen der Beklagten. Die von der Klägerin zum Treppenaufgang erbrachten Leistungen werden vielmehr überhaupt nicht erwähnt.

Die Beklagte hat demnach ihr Recht aus § 14 Nr. 4 VOB/B nicht wahrgenommen. Auszugehen ist mithin davon, daß erst die Klägerin, wenn auch verspätet, unter dem 21. Februar 1978 eine Schlußrechnung hinsichtlich des Treppenaufganges aufgestellt hat.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung muß die Klägerin das Schreiben der Beklagten vom 3. April 1975 auch nicht wie eine Schlußrechnung gegen sich gelten lassen.

Dafür besteht kein Anlaß. Ein Auftraggeber kann dadurch, daß der Auftragnehmer die Schlußrechnung nicht

rechtzeitig erstellt, im wesentlichen nur den Nachteil erleiden, daß der Beginn der Verjährung des Werklohn- (Schlußzahlungs-)Anspruchs hinausgezögert wird. Im übrigen schadet der Auftragnehmer sich durch die verzögerliche Aufstellung der Schlußrechnung weitgehend selbst. Den ihn treffenden Nachteil hinausgeschobenen Verjährungsbeginns kann der Auftraggeber aber dadurch vermeiden, daß er selbst - auf Kosten des Auftragnehmers - die Schlußrechnung aufstellt (§ 14 Nr. 4 VOB/B). Dabei braucht er in die von ihm selbst aufgestellte Schlußrechnung nur die ihm zugänglichen Leistungen des Auftragnehmers einzustellen. Es ist dann Sache des Auftragnehmers, nach Prüfung der vom Auftraggeber aufgestellten Schlußrechnung deren Berichtigung zu verlangen, wobei er das durch Zeitablauf entstandene höhere Beweisrisiko genauso trägt, wie er auch bei rechtzeitiger Aufstellung der Schlußrechnung seine Leistungen nach Massen und Preisen darlegen und beweisen muß. Der Beklagten kann im übrigen nicht zugegeben werden, daß es ihr nicht möglich gewesen sei, die Schlußrechnung selbst aufzustellen. Nach ihrem eigenen Vortrag hat sie ihr fehlende Abrechnungsunterlagen angefertigt, um gegenüber ihrem Auftraggeber abrechnen zu können. Die Aufwendungen dafür will sie sogar von der Klägerin ersetzt haben. Es ist nicht einzusehen, warum sie dann nicht auch in der Lage gewesen sein soll, im Verhältnis zur Klägerin die Schlußrechnung aufzustellen, wie sie das in ihrem Schreiben vom 24. September und 29. Oktober 1973 auch angekündigt hatte.

3. a) Die Erklärungen der Beklagten im Schreiben vom 3. April 1975 lassen sich schließlich nicht als

sozusagen "vorweggenommene", eine Schlußzahlung ersetzende, zum "Ausschluß" des Schlußzahlungsanspruches führende Zahlungsverweigerung des Auftraggebers im Sinne von § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) werten. Denn eine derartige Erklärung setzt in jedem Falle eine Schlußrechnung des Auftragnehmers voraus, an der es hier gerade fehlt (st. Rspr. des Senats, vgl. Senatsurteil NJW 1981, 1040, 1041 Nr. 8 m.w.N.).

Die Revisionserwiderung beruft sich vergeblich darauf, die Beklagte habe die beiden Rechnungen vom 1. Oktober und 20. Dezember 1973 auch als Schlußrechnung über die Leistungen der Klägerin zum Treppenaufgang ansehen dürfen. Es habe mithin bei der etwa als Schlußzahlungersatz anzusehenden Zahlungsverweigerung vom 3. April 1975 nicht an einer Schlußrechnung gefehlt. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Beklagte mit ihren Schreiben vom 24. August, 24. September und 29. Oktober 1973 die Erstellung einer besonderen Schlußrechnung für den Treppenaufgang angemahnt hat und im übrigen auch die im einzelnen spezifizierten Rechnungen vom 1. Oktober 1973 (für die Herstellung von Einfriedungsmauern) und vom 20. Dezember 1973 (über die Herstellung der Schwer-
gewichtsstützmauer) keineswegs als Rechnung über den Treppenaufgang ansehen konnte.

b) Die Beklagte hat allerdings auch noch nach Erhalt der Rechnung vom 21. Februar 1978 über den Treppenaufgang mit Schreiben vom 24. Februar 1978 jegliche Zahlung auf diese Rechnung verweigert (Anl.Heft A, S. 31). Darin liegt jedoch ebenfalls keine die Schlußzahlung ersetzende Erklärung der Beklagten im Sinne von § 16 Nr. 3

Abs. 2 VOB/B, die mangels rechtzeitigen Vorbehalts der Klägerin dazu geführt haben könnte, daß der Werklohnanspruch aus der Schlußrechnung nicht mehr durchsetzbar ist. Denn mit diesem Schreiben hat die Beklagte die Bezahlung der Schlußrechnung nicht mit dem Hinweis auf geleistete Zahlungen verweigert, sondern lediglich Bezug genommen auf ihr Schreiben vom 18. Dezember 1975 (Anl.Heft A, S. 30), worin sie nur erklärt hat, sie werde "die Angelegenheit als endgültig erledigt betrachten", wenn die Klägerin bis zum 15. Januar 1976 nicht die "noch ausstehenden Bescheinigungen und Erklärungen" vorlege. Das reichte nach § 16 Nr. 3 VOB/B nicht als Schlußzahlungsersatz aus. Erforderlich ist es, auf geleistete Zahlungen oder ein Erfüllungssurrogat (wie Aufrechnung, Verrechnung, Hinterlegung) zu verweisen. Macht der Auftraggeber einen anderen Einwand geltend, ist das nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B kein Schlußzahlungsersatz.

II.

Das Berufungsgericht hält den Werklohnanspruch für den Treppenaufgang auch für verwirkt.

Es führt aus, die Klägerin habe damit, daß sie die Schlußrechnung vom 21. Februar 1978 erst über vier Jahre nach der Beendigung der Arbeiten aufgestellt und danach nochmals länger als drei Jahre mit deren klageweisen Geltendmachung zugewartet habe, der Beklagten gegenüber zu erkennen gegeben, daß sie diesen Anspruch nicht mehr durchsetzen wolle.

Auch darin kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden:

1. Noch im Jahre 1975 hat die Beklagte damit gerechnet, von der Klägerin auf Werklohn für den Treppenaufgang in Anspruch genommen zu werden. Deshalb hat sie selbst die "Gegenüberstellung" vom 3. April 1975 gefertigt und noch mit Schreiben vom 18. Dezember 1975 der Einreichung weiterer Abrechnungsunterlagen entgegenge-
sehen. Der Zeitraum von Ende 1975 bis zur Einreichung der Schlußrechnung vom 21. Februar 1978 (gut zwei Jahre), während dessen die Klägerin nicht auf Bezahlung ihres Werklohns gedrängt hat, reicht für die Verwirkung des Werklohnanspruches nicht aus. Nachteile hätte die Beklagte im übrigen dadurch vermeiden können, daß sie selbst die Schlußrechnung aufgestellt hätte, wie sie es der Klägerin mehrfach angekündigt hatte.

2. Seit Einreichung der Schlußrechnung vom 21. Februar 1978 hatte die Beklagte außerdem Gewißheit, daß der Werklohnanspruch noch nicht erledigt war und daß dessen Verjährung nunmehr erst mit Ablauf des Jahres 1978 beginnen und erst mit Ablauf des Jahres 1982 enden würde. Der seit Einreichung der Schlußrechnung bis zur Zustellung des klageerweiternden Schriftsatzes vom 2. Juni 1981 am 11. Juni 1981 verstrichene Zeitraum von knapp 3 1/2 Jahren reicht unter den gegebenen Umständen ebenfalls nicht zur Annahme der Verwirkung des Anspruchs aus.

3. Ob es darüber hinaus, wie die Revision hervorhebt, auch noch an weiteren Umständen fehlt, die etwa

hinzukommen müßten, um eine Verwirkung des Anspruches bejahen zu können, braucht nicht mehr erörtert zu werden.

III.

Das Berufungsgericht durfte den Werklohnanspruch für den Treppenaufgang nach alledem weder als verjährt noch als verwirkt beurteilen, ebensowenig ist dieser Anspruch gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B (1973) nicht mehr durchsetzbar. Sonstige Gesichtspunkte, aus denen die klageabweisende Entscheidung des Berufungsgerichtes gehalten werden könnte, fehlen.

Das Berufungsurteil muß danach insoweit aufgehoben werden, als die Klage hinsichtlich des Werklohnanspruches zum Treppenaufgang abgewiesen worden ist.

Da das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - die bestrittene (BU 14, 22) Höhe dieses Anspruches nicht geklärt hat, kann das Revisionsgericht nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist vielmehr zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Girisch

Doerry

Bliesener

Obenhaus

Quack