

11

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1952) § 16 Nr. 2

Der vom Bauherrn bestellte Architekt ist jedenfalls dann der richtige Empfänger für die Vorbehaltserklärung nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952), wenn er mit der Bauabrechnung befaßt ist und mit Wissen und Wollen des Bauherrn oder zumindest unter dessen Duldung u n m i t t e l b a r mit den Bauhandwerkern die Auseinandersetzung über deren Werklohnforderung führt.

BGH, Urt. v. 12. Mai 1977 - VII ZR 270/75 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 270/75

URTEIL

Verkündet am
12. Mai 1977
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Bernhard S [REDACTED], Baugeschäft,
So [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Eheleute Manfred und Irmgard H [REDACTED], So [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 29. Juli 1975 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 führte 1971 Erd-, Abwasser-, Maurer- und Stahlbetonarbeiten zum Festpreis von 213.148 DM an einem Bauvorhaben der Beklagten aus. Die Geltung der VOB/B (1952) war vereinbart.

Unter dem 31. Dezember 1971 erteilte die Klägerin Schlußrechnung über 213.148,52 DM, auf die die Beklagten insgesamt 205.000 DM bezahlten. Den Restbetrag von 8.148,52 DM mahnte die Klägerin mehrfach an, zuletzt unter dem 30. April 1973 beim bauleitenden Architekten Kaufmann, der den Beklagten versprochen hatte, die "Restanweisung" fertigzumachen, wie die Beklagten der Klägerin kurz zuvor mitgeteilt haben.



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



Mit Schreiben vom 2. Mai 1973 übersandte Kaufmann der Klägerin eine Aufstellung über Arbeiten, die von anderen Firmen übernommen worden seien, aber von der Klägerin hätten ausgeführt werden sollen und deshalb zu ihren Lasten gingen. Die Aufstellung schließt mit einem Betrag von 6.351,54 DM ab; der auf die Klägerin entfallende, nicht bezifferte Anteil an der Bauwesenversicherung kam noch hinzu. Am Schluß des Schreibens heißt es, nach Prüfung der Aufstellung werde sicherlich ein weiteres Gespräch notwendig sein, "da ja wohl auch noch Ihrerseits ein Betrag zur Verrechnung anstehen könnte".

Eine Durchschrift dieses Schreibens und der Aufstellung übersandte Kaufmann den Beklagten zusammen mit einer Zahlungsanweisung vom 3. Mai 1973 über einen "Restbetrag" von 1.300,61 DM, der sich nach Abzug des nunmehr mit 496,31 DM bezifferten Anteils der Klägerin an der Bauwesenversicherung ergab. Mit Schreiben vom 5. Mai 1973 leiteten die Beklagten der Klägerin eine Ablichtung dieser Zahlungsanweisung, die sie als "Restanweisung" bezeichneten, und einen Verrechnungsscheck über den Endbetrag zu. Mit der Summe wurde ihr Konto am 10. Mai 1973 belastet.

Unter dem 4. Mai 1973 hatten die von der Klägerin eingeschalteten Anwälte den noch offenen Betrag von 8.148,52 DM aus der Schlußrechnung vom 31. Dezember 1971 erneut bei den Beklagten angemahnt und Klage angedroht, falls nicht bis 11. Mai 1973 bezahlt werde. Dieses Schreiben beantwortete am 8. Mai 1973 der nunmehr von den Beklagten beauftragte Anwalt dahin, daß über den

zwischenzeitlich von den Beklagten bezahlten Betrag von 1.300,61 DM keine weiteren Zahlungen geleistet wurden. Nach diesem Zeitpunkt haben die Parteien hierüber nicht mehr korrespondiert.

Die Beklagten berufen sich darauf, eine vorbehaltlose Schlußzahlung gemäß § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) geleistet zu haben. Die Klägerin behauptet demgegenüber, sofort nach Erhalt des Schreibens des Architekten Kaufmann vom 2. Mai 1973 habe der Sohn ihres Inhabers Kaufmann angerufen und ihm erklärt, er könne den Abzug von 6.351,54 DM nicht anerkennen. Die Parteien hätten sich im Februar oder März 1972 dahin geeinigt, daß die Beklagten trotz einiger noch ausstehender Arbeiten den Restwerklohn in voller Höhe zahlen sollten und die Klägerin dafür zusätzliche Sonderwünsche der Beklagten nicht berechnen würde. Zumindest in diesem Ferngespräch sei ein Vorbehalt gegen die Schlußzahlung der Beklagten zu erblicken.

Die Klägerin hat die 6.351,54 DM nebst Zinsen eingeklagt. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen (das Urteil des Berufungsgerichts ist abgedruckt in Baurecht 1975, 431). Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin die Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält jeden weiteren Werklohnanspruch der Klägerin nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) nicht mehr für durchsetzbar, weil sich die Klägerin bei Annahme der von den Beklagten geleisteten Schlußzahlung Nachforderungen nicht vorbehalten habe.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

1. Zutreffend sieht das Berufungsgericht allerdings in der Übersendung des Verrechnungsschecks über den Restbetrag von 1.300,61 DM eine Schlußzahlung der Beklagten. Das steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (BGH NJW 1970, 706 Nr. 8; 1970, 1185; 1972, 51; 1972, 2267; 1977, 531 jeweils mit weiteren Nachweisen) und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Die Zahlung gilt mit der Entgegennahme des Schecks durch die Klägerin als erfolgt (BGH NJW 1970, 706 Nr. 8).

2. Richtig ist ferner der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß an die Vorbehaltserklärung gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (BGH NJW 1970, 706 Nr. 8; Urteil vom 14. März 1974 - VII ZR 192/72 = BauR 1974, 349). Die Bestimmung ist mit Zurückhaltung auszulegen und anzuwenden, soweit sie an die Versäumung gewisser Handlungen einen Rechtsverlust knüpft (BGHZ 62, 15, 18; BGH NJW 1965, 536; 1970, 1185; Urteil vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282). Deshalb bedarf der Vorbehalt keiner Form, sondern kann

auch mündlich oder fernmündlich erklärt werden (BGH NJW 1970, 706 Nr. 8; 1972, 2267).

Das muß aber bei Annahme der Schlußzahlung geschehen, also in engem zeitlichen Zusammenhang mit deren Eingang (BGH NJW 1972, 2267; Urteil vom 11. Januar 1965 - VII ZR 139/63 = Schäfer/Finnern Z 2.330 Bl. 14 insofern nicht abgedruckt in NJW 1965, 536). Ein früher ausgesprochener Vorbehalt genügt nicht (BGH Urteil vom 5. Mai 1966 - VII ZR 148/64 = Schäfer/Finnern Z 2.330 Bl. 17). Etwas anderes gilt nur in Ausnahmefällen (BGH NJW 1970, 1185). Ein solcher Fall liegt hier, wie das Berufungsgericht - entgegen der Ansicht der Revision - mit Recht angenommen hat, schon deshalb nicht vor, weil nach den zahlreichen Mahnungen der Klägerin, die den Restbetrag aus der Schlußrechnung vom 31. Dezember 1971 betrafen, mit der Abrechnung des Architekten der Beklagten vom 2. Mai 1973 eine neue Lage eingetreten ist. In dieser Abrechnung machte der Architekt zum ersten Mal Abzüge geltend, von denen bis dahin nicht die Rede war und von denen die Klägerin sogar einen gelten ließ, nämlich ihren Anteil an der Bauwesenversicherung. Die Beklagten mußten infolgedessen keineswegs davon ausgehen, die Klägerin werde sich nach ihrem vorangegangenen Verhalten sicherlich mit der Schlußzahlung nicht begnügen (BGH NJW 1970, 1185, 1186 r.Sp.).

Aus dem gleichen Grund ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem Mahnschreiben der Anwälte der Klägerin vom 4. Mai 1973 allein Vorbehaltswirkung nicht beilegen will. Dieses Schreiben ist den Beklagten frühestens am 5., möglicherweise erst am

(Montag den) 7. Mai 1973 zugegangen. Insofern könnte zwar der notwendige zeitliche Zusammenhang gegeben sein, weil sich Mahnschreiben und Schlußzahlung "gekreuzt" haben. Es fehlt aber die Verknüpfung mit der Schlußzahlung, also der notwendige innere Zusammenhang, damit die Mahnung als Vorbehalt gelten könnte. Das Anwaltschreiben vom 4. Mai 1973 war ersichtlich vor Eingang des Verrechnungsschecks abgeschickt worden und schloß sich seinem Inhalt nach aus der Sicht der Beklagten an die frühere Mahnungen auf der Grundlage der ungeprüften Schlußrechnung der Klägerin vom 31. Dezember 1971 an. Damit gab es aus sich heraus für die Beklagten keinen Aufschluß darüber, ob die Klägerin nach der Abrechnung, auf der die Schlußzahlung beruht, noch etwas fordern wollte.

3. Diese Voraussetzung erfüllt dagegen das von der Klägerin behauptete und unter Beweis gestellte Telefongespräch, das der Sohn ihres Inhabers mit Architekt Kaufmann auf dessen Abrechnung vom 2. Mai 1973 hingeführt haben soll. Das nimmt das Berufungsgericht denn auch an, die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin unterstellt. Zutreffend hält es außerdem eine weitere Begründung des Vorbehalts hier nicht für erforderlich (vgl. BGH NJW 1965, 536; 1977, 531, 532).

Seine Bedenken dagegen, selbst insofern die enge zeitliche Beziehung zur Schlußzahlung herstellen zu können, teilt der Senat nicht. Das Berufungsgericht hebt, das ist der Revision zuzugeben, zu sehr auf die einzelnen Vorgänge und zu wenig auf deren Zusammenspiel ab. Die Abrechnung des Architekten Kaufmann ist der

Klägerin nach dem eigenen Vortrag der Beklagten nicht früher als ihnen selbst, also am 4. Mai 1973, einem Freitag, zugegangen. Frühestens an diesem Tag konnte also das besagte Telefongespräch stattgefunden haben. Die Schlußzahlung der Beklagten in Form des Verrechnungsschecks dürfte bei der Klägerin am Montag, den 7. Mai 1973, eingegangen sein. In dem Begleitschreiben wird die Schlußzahlung über die beigelegte Ablichtung der Zahlungsanweisung des Architekten von den Beklagten selbst mit der vorangegangenen Abrechnung des Architekten verknüpft.

Damit aber richten sich alle Einwendungen der Klägerin gegen diese Abrechnung auch gegen die Schlußzahlung. Daß die Klägerin mehr als den von den Beklagten zugestandenen Schlußbetrag fordert, wird durch das oben erwähnte Mahnschreiben ihrer Anwälte unterstrichen, das in den gleichen Tagen den Beklagten zugegangen sein muß. Alle diese Vorgänge sind in ihrem Gesamtzusammenhang zu würdigen. Sie greifen so ineinander über, daß sie als ein einheitliches Ganzes erscheinen. Zwischen dem angeblichen Telefongespräch und dem Eingang des Verrechnungsschecks liegt lediglich ein arbeitsfreies Wochenende. Dieser zeitliche Zusammenhang ist noch so eng, daß in dem von der Klägerin behaupteten Telefongespräch ein rechtzeitiger Vorbehalt gegen die Schlußzahlung gesehen werden muß.

4. Es kommt daher alles darauf an, ob der Architekt der Beklagten der richtige Empfänger für die Vorbehalts-erklärung der Klägerin war. Das Berufungsgericht verneint auch das. Es meint, da die Klägerin die Aufstel-

lung des Architekten gar nicht rechnerisch in Zweifel ziehe, sondern sich ihre Einwendung gegen den Abzug auf eine mit den Beklagten ohne Beteiligung des Architekten getroffene Vereinbarung gründe, falle die Auseinandersetzung der Parteien über die restliche Vergütung aus dem Tätigkeits- und Pflichtenkreis des Architekten heraus. Damit habe er sich im Rahmen der Rechnungsprüfung nicht mehr zu befassen gehabt (ähnlich derselbe Senat des Berufungsgerichts BauR 1975, 429).

Dem kann nicht gefolgt werden, wie die Revision zu Recht rügt.

a) Das Schrifttum hält verbreitet den Architekten, dem der Bauherr die Bauführung und damit die Rechnungsprüfung übertragen hat, als in aller Regel auch zur Entgegennahme des Vorbehalts für befugt (Ingenstau/Korbion VOB 7. Aufl. B § 16 Rdn. 61; Kaiser BauR 1976, 232, 235 unter III 1; Werner/Pastor Der Bauprozess 2. Aufl Rdn. 707; a.A. wohl Jagenburg NJW 1976, 2321, 2325 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Berufungsgerichts). Der Bundesgerichtshof hat dazu bisher noch nicht Stellung genommen (vgl. für einen besonders gelagerten Fall das Senatsurteil Schäfer/Finnern Z 2.330 Bl. 14). Die Frage bedarf keiner abschließenden Behandlung.

Denn der vom Bauherrn bestellte Architekt ist jedenfalls dann der richtige Empfänger für die Vorbehalts-erklärung nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952), wenn er mit der Bauabrechnung befaßt ist und mit Wissen und Willen des Bauherrn oder zumindest unter dessen Duldung unmittelbar mit den Bauhandwerkern die Auseinandersetzung

über deren Werklohnforderung führt. Dann ist der Architekt die - nach außen in Erscheinung getretene - maßgebende Stelle für alle die Abrechnung des Bauvorhabens betreffenden Angelegenheiten. Dazu gehört auch die Erklärung des Vorbehalts durch den Auftragnehmer bei Entgegennahme der Schlußzahlung des Auftraggebers.

Dabei macht es - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - keinen Unterschied, ob der Auftragnehmer, der sich mit dem Vorbehalt gegen einen vom Architekten vorgenommenen Abzug an der Schlußrechnung wehrt, bloß rechnerische Einwände erhebt oder ob er sich auf eine dem Abzug entgegenstehende Vereinbarung mit dem Bauherrn beruft, an der der Architekt nicht beteiligt war. Das spielt auch sonst bei der Rechnungsprüfung des Architekten und der Aufstellung von Gegenrechnungen durch ihn keine Rolle. Der Architekt muß nicht selten bei der Bauabrechnung Vorgänge berücksichtigen, von denen er keine eigene Anschauung hat, etwa bei der Geltendmachung von Verzugsschäden, beim Verfall von Vertragsstrafen, aber auch wenn der Bauhandwerker unmittelbar mit dem Bauherrn besondere Preise ausgehandelt hat und dergleichen mehr.

Entscheidend ist, daß es Sinn des Vorbehalts nur ist, die Nachforderungen erneut anzumelden, nicht aber, einen mit dem Vorbehalt erhobenen Einwand schon gegenüber dem Empfänger tatsächlich zu klären. Der umstrittene Punkt wird lediglich als klärungsbedürftig angekündigt. Das ist auch so, wenn die Vorbehaltserklärung gegenüber dem Bauherrn selbst abgegeben wird. Auch dann ist der Bauherr vielfach nicht in der Lage, die vom

Auftragnehmer erhobenen Einwände selbst zu beurteilen, sondern ist dazu auf seinen Architekten angewiesen. Umgekehrt kann es nicht anders sein. Das steht der Befugnis zur Entgegennahme des Vorbehalts nicht entgegen. Auf den Inhalt des jeweils erhobenen Einwands dafür abzustellen, wem gegenüber der Vorbehalt erklärt werden muß, würde zudem eine ungerechtfertigte Unsicherheit in die Regelung des § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) tragen, die gerade der Rechtsklarheit und dem Rechtsfrieden dienen soll (BGHZ 62, 15, 18; BGH NJW 1972, 51, 52; 1977, 531).

b) Hier ist die Klägerin, als sie sich wieder einmal wegen des noch offenstehenden Betrags aus der Schlußrechnung an die Beklagten gewandt hatte, von diesen damit getröstet worden, daß die Restanweisung vom Architekten fertiggestellt werde. Als die Klägerin darauf den Architekten anschrieb, erhielt sie von diesem unmittelbar die Aufstellung mit den Abzügen von insgesamt 6.351,54 DM für Arbeiten, die von Dritten ausgeführt, aber ihr angelastet wurden. Am Schluß des Begleitschreibens wies der Architekt selbst darauf hin, daß er auf ein weiteres Gespräch mit der Klägerin eingestellt sei, weil er noch zur Verrechnung zu bringende Gegenforderungen der Klägerin erwarte. Dieses Begleitschreiben ist in Durchschrift auch den Beklagten zugegangen. Sie haben der Klägerin mit dem Verrechnungsscheck auch noch eine Ablichtung der "Restanweisung" des Architekten übersandt, in der auf die der Klägerin vom Architekten unmittelbar zugeleiteten Aufstellung Bezug genommen ist.

Unter diesen Umständen war hier der Architekt auch zur Entgegennahme des Vorbehalts nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) befugt (vgl. auch das Senatsurteil Schäfer/Finnern Z 2.330 Bl. 14). Er blieb auch nach der Aufstellung der "Restanweisung" die nach außen in Erscheinung getretene maßgebende Stelle für die weitere Bauabrechnung. Das war er übrigens von Anfang an. Schon im Bauvertrag der Parteien heißt es ausdrücklich, "Zahlungsaufforderungen und Rechnungen" seien an ihn, den Architekten, einzureichen. Darunter fällt auch ein Vorbehalt gegen die Schlußzahlung. Die Beklagten müssen sich daher den von der Klägerin gegenüber dem Architekten erklärten Vorbehalt zurechnen lassen. Die Klägerin brauchte den Vorbehalt nicht mehr gegenüber den Beklagten selbst zu wiederholen.

5. Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben. Ob die mit der Klage geltend gemachte Forderung entgegen § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) noch durchsetzbar ist, hängt von dem Telefongespräch ab, das nach der Behauptung der Klägerin der Sohn ihres Inhabers mit Architekt Kaufmann sofort nach Erhalt des von diesem stammenden Schreibens vom 2. Mai 1973 geführt hat. Daß das Gespräch geführt worden ist, hat die Klägerin zu beweisen (BGH NJW 1972, 2267). Das Berufungsgericht wird die von der Klägerin dazu angeordneten Beweise zu erheben haben.

Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Bliesener