

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B (1952) § 16 Nr. 2 Abs. 2

- a) Die v o r Annahme der Schlußzahlung erfolgte Streitverkündung des Auftragnehmers an den Auftraggeber macht den Vorbehalt b e i Annahme der Schlußzahlung nicht entbehrlich (Abgrenzung zu BGHZ 68, 38).
- b) § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) gilt auch für die "vorbehaltlose Schlußrückzahlung".

BGH, Urt. v. 5. Mai 1977 - VII ZR 289/74 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 289/74

URTEIL

Verkündet am
5. Mai 1977
Werner,
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Bundesrepublik D e u t s c h l a n d (Bundesstraßenbau-
verwaltung), vertreten durch das Land Nordrhein-Westfalen,
dieses vertreten durch den Landschaftsverband Rheinland,
dieser vertreten durch seinen Direktor, K[REDACTED]-Ufer [REDACTED],
K[REDACTED]-D[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Rheinische Bohrgesellschaft H. S. [REDACTED],
vertreten durch deren Gesellschafter Paul S. [REDACTED],
Kl[REDACTED]straße [REDACTED], E[REDACTED]-L[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 23. August 1974 und der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 16. November 1973 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führte in den Jahren 1964/1967 für die Beklagte umfangreiche Bohrarbeiten aus. Es ging um Bau- grunduntersuchungen, die den Bau der Bundesstraße 257 (Auftrag 5/64), der Bundesstraße 42 - neu - (Auftrag 48/65) sowie der Südbrücke Bonn (Auftrag 42/66) vorbereiten sollten. Die Geltung der VOB (1952) war vereinbart.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zur Erledigung des Auftrages 5/64 zog die Klägerin die Westdeutsche Bohrgesellschaft A. S. & Co (künftig: W.) als Subunternehmerin hinzu. Die diesen Auftrag betreffende Schlußrechnung wurde zwar zunächst ohne Abzug bezahlt; später machte die Beklagte jedoch Schadensersatzansprüche geltend, weil die Schichtenverzeichnisse unvollständig ausgefüllt gewesen und dadurch vermeidbare Mehrkosten erwachsen seien.

Mit ihren Ersatzansprüchen rechnete die Beklagte gegen diejenigen Werklohnforderungen auf, welche der Klägerin aus den beiden anderen Aufträgen zustanden. Demgemäß zog sie von der Schlußrechnung zum Auftrag 48/65 einen Teilbetrag von 20.000 DM ab und leistete am 12. Oktober 1967 nur eine entsprechend geringere "Schlußzahlung". Auf die zum Auftrag 42/66 erteilte Schlußrechnung verweigerte sie mit Schreiben vom 13. Mai 1968 nicht nur jede weitere Vergütung, sondern verlangte auch 145,75 DM als überzahlt zurück. Die Klägerin kam dieser Rückforderung nach. Sie versuchte zwar, 35.342,57 DM vom Werklohn ihrer Subunternehmerin einzubehalten, wurde aber zur Zahlung dieses Betrages verurteilt, nachdem die W. schon zuvor mit einer Klage gegen den Geologen, der die Schichtenverzeichnisse gefertigt hatte, erfolglos geblieben war.

Die Klägerin hat jetzt 35.342,57 DM Restwerklohn nebst Zinsen eingeklagt. Zur Begründung ihrer Forderung hat sie auf die Wirkung der Streitverkündungen in den beiden Vorprozessen hingewiesen. Die Beklagte hat sich vor allem darauf berufen, daß die Klägerin die Schlußzahlung sowie das jede weitere Zahlung ablehnende Schreiben vom

13. Mai 1968 vorbehaltlos angenommen und, ihrer Aufforderung entsprechend, sogar 145,75 DM zurückgezahlt habe.

Das Landgericht hat der Klage, unter Abweisung einer Zinsmehrforderung, im wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts greift § 16 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (1952) nicht ein, weil die Beklagte aus den Schlußrechnungen der Klägerin Beträge abgezogen habe, die aus einem anderen als dem jeweils abgerechneten Vertragsverhältnis herrührten.

Das beanstandet die Revision zu Recht. Bei vorbehaltloser Annahme der Schlußzahlung wird der Auftragnehmer zwar nur mit solchen Nachforderungen ausgeschlossen, die auf dem der Schlußrechnung zugrunde liegenden Bauvertrag beruhen; das ist aber hier der Fall.

1. Bei ihrer den Auftrag 48/65 betreffenden Schlußzahlung vom 12. Oktober 1967 hat die Beklagte freilich mit Ersatzansprüchen aufgerechnet, die sie aus dem Auftrag 5/64 herleitet. Das ist aber ohne Belang.

Ausschlaggebend ist, daß sie die für den Auftrag 48/65 verlangte Vergütung gekürzt hat. Die Klägerin stützt denn auch ihre Nachforderung mit auf diesen zweiten, dagegen nicht auf jenen früheren Auftrag.

Das hat das Berufungsgericht übersehen. Auf welche Weise die Beklagte den von ihr als noch geschuldet anerkannten Betrag ermittelt hat, kommt es nicht an. Unerheblich ist insbesondere, daß sie die einbehaltenen 20.000 DM wegen Schlechterfüllung des Auftrags 5/64 beansprucht hatte und ob ihre Aufrechnung gerechtfertigt war. Entscheidend ist, daß sich aus ihrem Verhalten die unmißverständliche Weigerung ergab, die von der Klägerin mit der Schlußrechnung für den Auftrag 48/65 verlangte Summe voll zu bezahlen. Dafür genügte die Aufrechnung mit einer bestrittenen Forderung (Senatsurteile vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282, 283 und vom 31. März 1977 - VII ZR 51/76 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Aus dem abgerechneten Vertragsverhältnis brauchte die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht zu stammen (vgl. auch OLG Stuttgart BauR 1976, 60, 61). Der den umgehenden Eintritt von Rechtsklarheit und Rechtsfrieden bezweckende § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) verlangt eine solche Einschränkung seines Anwendungsbereichs nicht. Ist die Gegenforderung begründet, bewirkt die Aufrechnung insoweit das Erlöschen des mit der Schlußzahlung abzuwickelnden Schuldverhältnisses. Ihren Sinn erhält die Regelung in § 16 VOB/B gerade dort, wo der Umfang der Abzüge und Gegenansprüche, aus welchen Gründen immer, umstritten ist. Die Ausführungen von Korbion (VOB, 6. Aufl., Teil B § 16 Rdn. 18 b; jetzt 7. Aufl., Teil B § 16 Rdn. 55), auf die sich das Berufungsgericht bezieht, behandeln einen anderen Fall.

Die Klägerin hätte sich daher ihre Ansprüche aus der zum Auftrag 48/65 erteilten Schlußrechnung vorbehalten müssen. Auch wenn an diesen Vorbehalt keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (Senatsurteil NJW 1970, 706, 707) und eine prüfungsfähige Schlußrechnung nicht etwa wiederholt werden muß (Senatsurteil NJW 1965, 536), wäre es zur Wahrung ihrer Rechte geboten gewesen, daß die Klägerin der Aufrechnung sogleich widersprach. Das ist unstreitig nicht geschehen.

2. Im Ergebnis nichts anderes gilt für das Schreiben vom 13. Mai 1968, mit dem die Beklagte jede weitere Vergütung derjenigen Leistungen ablehnte, welche die Klägerin aufgrund des Auftrages 42/66 erbracht hatte. Daß eine derartige Weigerung wie eine Schlußzahlung zu behandeln ist, hat der Senat bereits früher entschieden (NJW 1972, 51); § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (1973) bestimmt das jetzt ausdrücklich. Die Klägerin hätte daher auch hier sofort widersprechen und darauf bestehen müssen, daß die Beklagte zur Kürzung der Schlußrechnung nicht berechtigt, vielmehr zur Zahlung noch verpflichtet sei.

Das hat sie unterlassen. Als Vorbehalt reichte nicht etwa aus, daß die Klägerin dem für die Beklagte handelnden Landschaftsverband Rheinland am 19. Januar 1968 in dem von der W [REDACTED] gegen den Geologen O [REDACTED] geführten Prozeß (4 O 415/67 LG Köln) den Streit weiterverkündet hatte.

Sofern die Streitverkündung die Erklärung enthalten haben sollte, daß die Klägerin mit den ihr angekündigten Abzügen von der Schlußrechnung nicht einverstanden sei, würde es jedenfalls an dem für den Vorbehalt notwendigen

engen zeitlichen Zusammenhang mit dem jede Zahlung ablehnenden Schreiben der Beklagten vom 13. Mai 1968 ebenso fehlen wie bei deren Schlußzahlung vom 12. Oktober 1967.

Der Senat hat in seinem Urteil BGHZ 68, 38 zwar entschieden, daß eine vorbehaltlose Schlußzahlung nicht vorliegt, wenn die Mehrforderung im Zeitpunkt der Schlußzahlung schon gerichtlich - und sei es auch nur im Mahnverfahren - anhängig ist. Die für die Unterbrechung der Verjährung geltende grundsätzliche Gleichstellung von Klageerhebung bzw. Zustellung des Zahlungsbefehls mit der Streitverkündung (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 BGB) kann jedoch auf den Bereich des § 16 VOB/B nicht ausgedehnt werden. Ist bei der Schlußzahlung bereits die Klage erhoben oder der Zahlungsbefehl zugestellt, so hat der Auftragnehmer noch unmißverständlicher als dies durch einfachen Vorbehalt hätte geschehen können, zu verstehen gegeben, daß er auf der Durchsetzung seiner Forderung besteht. An dieser Unmittelbarkeit des gegen den Auftraggeber gerichteten Angriffs fehlt es bei der Streitverkündung, die ihre Wirkung lediglich "hilfsweise", nämlich dann entfalten soll, wenn der Vorprozeß für den den Streit Verkündenden wider Erwarten ungünstig ausgeht. Anders als bei der Klage und der Zustellung des Zahlungsbefehls wird der Anspruch mit der Streitverkündung nicht gerichtlich anhängig; ob er das jemals wird, ist vielmehr zunächst noch ganz ungewiß. Der von der Streitverkündung erfaßte Anspruch wird damit nur bedingt angekündigt.

Die Klägerin kann ihre Ansprüche schließlich auch hinsichtlich jener 145,75 DM nicht durchsetzen, welche sie der Beklagten auf deren Anforderung vom 13. Mai 1968 zurücküberwiesen hat.

Der Senat hat die Frage, ob § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) auf die "vorbehaltlose Schlußrückzahlung" anzuwenden ist, bisher nicht entschieden; in seinem Urteil vom 16. Juni 1969 (VII ZR 63/67 = Schäfer/Finnern, Rechtsprechung der Bau-Ausführung, Z 2.330 Bl. 35, 36) hat er sie offen gelassen. Auch sonst ist in der Rechtsprechung hierzu nichts ersichtlich. Mit der Neufassung der VOB (1973) wurde die Frage nicht beantwortet. Sie ist zu bejahen. Mit der Rückzahlung der 145,75 DM ist die Bereitschaft der Klägerin, sich der Auffassung der Beklagten zu fügen, noch deutlicher zum Ausdruck gelangt, als dies durch vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung oder Schweigen auf eine jede weitere Zahlung ablehnende Erklärung hätte geschehen können. Die Klägerin kann daher in bezug auf die von ihr "erstatteten" 145,75 DM nicht besser stehen als hinsichtlich der mit der Schlußrechnung zu 42/66 verlangten 15.196,82 DM, deren Zahlung die Beklagte lediglich verweigert hat (so zutreffend Ingenstau/Korbion, VOB, 7. Aufl., Teil B § 16 Rdn. 59).

II.

Mit Recht wendet sich die Revision ferner gegen die Hilferwägung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte mit ihrer auf § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) gestützten Einrede gegen Treu und Glauben verstoße, weil sie nach den Schlußzahlungen, nämlich in den Jahren 1969 und 1971, noch Vergleichsverhandlungen mit der Klägerin geführt hat.

1. Nicht jedes widersprüchliche Handeln ist mit Treu und Glauben unvereinbar. Die Rede kann davon nur sein, wenn die eine Partei zunächst einen Vertrauensstatbestand

geschaffen hat, auf den die andere sich einrichten konnte und auf den sie sich auch eingerichtet hat, oder wenn das frühere Verhalten der Partei zu ihrem späteren in unlösbarem Widerspruch steht (ständ. Rspr., vgl. z.B. BGHZ 50, 191, 196 mit Nachw.). Dafür ist nichts ersichtlich.

a) Das Berufungsgericht verkennt, daß die von ihm erwähnten Verhandlungen erst stattfanden, als die Klägerin das Recht zur Durchsetzung ihrer Werklohnansprüche mit der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlungen längst verloren hatte. Daß die Beklagte vorher den Anschein erweckt habe, sie werde sich auf eine vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung nicht berufen, hat die Klägerin nicht behauptet; dagegen sprächen auch die verschiedenen Ankündigungen der Beklagten, daß sie ihren Schaden von der Vergütung abziehen werde, welche die Klägerin aus den anderen Aufträgen zu beanspruchen habe.

b) Mit Treu und Glauben ist durchaus vereinbar, daß die Beklagte zunächst versuchte, die Klägerin von der sachlichen Berechtigung ihrer Ersatzansprüche zu überzeugen, um sich auf die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlungen erst dann zu berufen, als eine gütliche Einigung nicht mehr zu erreichen war. Das ist ein Verhalten, das auch sonst, etwa im Hinblick auf bereits verjährte Forderungen, nicht zu beanstanden ist.

2. In Betracht käme danach nur ein nachträglicher Verzicht der Beklagten auf die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung (vgl. OLG München,

BauR 1976, 61, 62; Ingenstau/Korbion, aaO, Rdn. 54; Kaiser, BauR 1976, 232, 238). Auch insoweit bieten aber weder die Feststellungen des Berufungsgerichts noch der sonstige Sachvortrag der Klägerin hinreichenden Anhalt. Der Umstand allein, daß die Beklagte zu Vergleichsverhandlungen bereit war, genügt nicht zur Annahme eines hierzu notwendigerweise auf den Verzicht gerichteten Willens.

III.

Die Klage ist nach alledem mit der sich aus § 91 ZPO ergebenden Kostenfolge abzuweisen. Auf alles weitere kommt es nicht mehr an. Der Senat braucht insbesondere nicht zu prüfen, ob die früheren Streitverkündungen die Verjährung der hier eingeklagten Ansprüche unter-

brochen haben und ob die Beklagte die in den Vorprozessen getroffenen Feststellungen gegen sich gelten lassen muß.

Vogt

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Schreibfehlerberichtigung

BGH, Urteil vom 5. Mai 1977 - VII ZR 289/74 -
Leitsatz zu VOB/B (1952) § 16 Nr. 2 Abs. 2

Auf Seite 8 des Urteils, 13. Zeile von oben,
muß es statt: "...Annahme der Schlußzahlung oder
Schweigens auf eine jede" richtig heißen:
".. Schweigen".

Bundesgerichtshof
- Geschäftsstelle -