

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 298/78

URTEIL

Verkündet am
22. November 1979
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Georg B [REDACTED],
Ba[REDACTED]straße [REDACTED], P[REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

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

gegen

Johann M [REDACTED], Johann-H[REDACTED]-Straße [REDACTED], P[REDACTED]

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. September 1978 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger erbrachte im Jahre 1973 für den Beklagten Bauarbeiten zur Errichtung eines Zweifamilienhauses, die nicht frei von Mängeln waren. Der Umfang der geleisteten Arbeiten war streitig. Von März 1974 an erteilte der Kläger mehrere Rechnungen über Rohbau-, Ausbau-, Putz- und Nachtragsarbeiten sowie Materiallieferungen, ohne eine Massenberechnung beizufügen. Eine Rechnungsaufstellung (Zusammenstellung aller zuvor erteilten Rechnungen) vom 12. Februar 1975 weist eine Restwerklohnforderung von 51.104,24 DM aus.

- 3 -

Über diesen Betrag nebst Zinsen erwirkte der Kläger am 8. April 1975 einen Zahlungsbefehl, gegen den der Beklagte am 14. April 1975 Widerspruch einlegte. Der Kläger begründete die Klage mit Schriftsatz vom 22. Januar 1976.

Das Landgericht hat dem Kläger unter Berücksichtigung der Werkmängel 48.491,10 DM nebst Zinsen zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den vom Landgericht zuerkannten Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien die Geltung der VOB/B (1952) vereinbart hätten und daß die dem Zahlungsbefehl zugrundeliegende, vom Kläger als Schlußrechnung bezeichnete Rechnungsaufstellung vom 12. Februar 1975 mangels Massenberechnung nicht den an eine prüfbare Rechnung gemäß §§ 14 Nr. 1, 16 Nr. 2 Abs. 3 VOB/B (1952) zu stellenden Anforderungen genüge; erst mit der im Prozeß am 8. September 1976 vorgelegten Massenberechnung sei die Schlußrechnung prüfbar geworden.

Diese Feststellungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen und werden von der Revision auch nicht angegriffen. Beide Parteien haben sich in ihrer vorprozessualen Auseinandersetzung auf Bestimmungen der VOB/B berufen. Die im Jahre 1974



erteilten, jeweils nur Teilleistungen betreffenden Rechnungen waren, obwohl zum Teil als Endabrechnung bezeichnet, ersichtlich keine Schlußrechnungen. Sie wurden auch später zum Teil ergänzt. Erst mit der Rechnungsaufstellung vom 12. Februar 1975 gab der Kläger deutlich und abschließend zu erkennen, welche Vergütung er insgesamt für seine Leistung fordert. Sie stimmt überein mit der dem Landgericht am 25. Januar 1977 vorgelegten Rechnungsaufstellung (Anlage zu GA 64), welche somit keine neue Schlußrechnung darstellt. Vom Kläger nachgereicht ist allein die Massenerrechnung (Anlage zu GA 61), welche die Schlußrechnung erst prüfbar machte.

II.

Das Berufungsgericht sieht in dem Widerspruch des Beklagten gegen den Zahlungsbefehl eine der Schlußzahlung gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) gleichkommende Zahlungsverweigerung. Daraufhin habe der Kläger sich den streitigen Restvergütungsanspruch zwar mit Rücksicht auf dessen Anhängigkeit nicht mehr vorzubehalten brauchen (BGHZ 68, 38). Das Mahnverfahren habe ihn aber nicht von der Obliegenheit befreit, binnen 12 Werktagen, nachdem er vom Widerspruch erfahren hatte, eine prüfbare Rechnung vorzulegen oder den Vorbehalt eingehend zu begründen (§ 16 Nr. 2 Abs. 3 VOB/B (1952)). Da er dieser Obliegenheit nicht nachgekommen sei, sei der aus dem Zahlungsbefehl sich ergebende Vorbehalt hinfällig geworden.

Dieser Auffassung des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden.

Ob eine nicht prüfbare Schlußrechnung die rechtliche Wirkung einer vorbehaltlosen Schlußzahlung auszulösen vermag (offen gelassen in der Senatsentscheidung vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282, 283), ob im Widerspruch gegen einen auf die Schlußrechnung gestützten Zahlungsbefehl überhaupt eine der Schlußzahlung gleichkommende endgültige Zahlungsverweigerung gesehen werden kann und ob gegebenenfalls der Auftragnehmer dann binnen der Frist des § 16 Nr. 2 Abs. 3 VOB/B (1952) seinen Anspruch eingehend begründen muß, falls eine prüfbare Schlußrechnung noch nicht vorliegt (offen gelassen in BGHZ 68, 38, 42), braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn der Widerspruch des Beklagten gegen den Zahlungsbefehl vom 8. April 1975 kommt jedenfalls einer Schlußzahlung nicht gleich.

Der Beklagte hat nämlich in seiner Widerspruchsschrift vom 11. April 1975 zwar die Abweisung der Klage beantragt, jedoch mit dem Zusatz: "Begründung folgt, nachdem der Forderungsanspruch begründet ist". Er hat sich damit nicht endgültig geweigert, den verlangten Restwerklohn zu zahlen, sondern seine Entscheidung über weitere Zahlungen von der noch ausstehenden Klagebegründung abhängig gemacht. Wie er in seinen an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers gerichteten Schreiben vom 9. und 13. Februar 1975 ausgeführt hat, sah er sich mangels einer spezifizierten Massenberechnung außerstande, die Berechtigung der Restforderung des Klägers zu prüfen. Seine Zahlungsverweigerung war somit nur vorläufiger Art und kann nicht als eine die Schlußzahlung ersetzende endgültige Erklärung gewertet werden (vgl. die Senatsentscheidungen NJW 1972, 51; 1977, 1294, 1295; BauR 1975, 282, 283). Weder hatte der Kläger Anlaß, den Wider-

spruch als Schlußzahlungersatz zu werten, noch dachte ersichtlich der Beklagte selber an eine derartige Bedeutung seines Widerspruchs. Erst der Hinweis des Berufungsgerichts auf die mögliche Einrede des § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) hat ihn dazu veranlaßt, sie zu erheben.

III.

Nach alledem ist der Kläger mit seinem Klageanspruch nicht gemäß § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) ausgeschlossen.

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

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Bliesener