

13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V e r s ä u m n i s -

VII ZR 329/81

URTEIL

Verkündet am

24. März 1983

Werner,

Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der G [REDACTED] D [REDACTED] B [REDACTED] mbH & Co. Bauführungs KG,
W [REDACTED] Straße 58, Be [REDACTED], vertreten durch die G [REDACTED]
D [REDACTED] Baugesellschaft mbH, diese vertreten durch den
Geschäftsführer G [REDACTED] D [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die M & M M [REDACTED] und M [REDACTED] GmbH, G [REDACTED]
weg 127/129, B [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer, den Bauingenieur Br [REDACTED] S [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Obenhaus, Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. November 1981 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 hatte 1978/79 für die Beklagte Maurer-, Beton- und Putzarbeiten an drei Bauvorhaben in B-
-, nämlich R- Straße, U- weg hinten und Uhrmacherweg vorne auszuführen. Die Geltung der VOB/B (1973) war vereinbart. Die Bauverträge wurden nach Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien gekündigt, und zwar für die R- Straße durch Schreiben vom 24. Oktober 1979, für den U- weg durch Schreiben vom 6. November 1979.

Die von der Klägerin unter dem 7. Februar 1980 erteilten Schlußrechnungen weisen - nach Abzug geleisteter

- 3 -

Zahlungen und des Sicherheitseinbehalts - für Rudower Straße noch 15.159,33 DM, für Uhrmacherweg hinten noch 30.107,86 DM und für Uhrmacherweg vorne noch 29.934,04 DM aus, insgesamt also restliche 75.201,23 DM.

Die Beklagte prüfte die Schlußrechnungen, korrigierte sie und nahm Verrechnungen mit Gegenforderungen vor, die jeweils einen Saldo zu ihren Gunsten ergaben. Ihre daran anschließenden Zahlungsverweigerungen, in denen auf die Rechnungsabzüge und Gegenforderungen Bezug genommen ist, tragen das Datum vom 27. März 1980 für R[REDACTED] Straße, vom 9. April 1980 für U[REDACTED]weg hinten und vom 10. April 1980 für U[REDACTED] vorne. In allen diesen Schreiben ist im Hinblick auf die Gegenforderungen angefügt, gesonderte Rechnung gehe der Klägerin noch zu.

Unter dem 8. April 1980 ließ die Klägerin ein anwaltschaftliches Mahnschreiben mit Zahlungsfrist von fünf Tagen über alle drei Schlußrechnungen an die Beklagte übersenden. Diese antwortete auf das Schreiben am 11. April 1980, ohne die bereits vorgenommene Prüfung der Schlußrechnungen zu erwähnen, es sei

"... vereinbart worden, daß die Schlußrechnung erst geprüft wird, wenn die Schlußabnahme mit den Eigentümern erfolgt ist. Die Prüfung der Schlußrechnung erfolgt sofort nach Abnahme des gesamten Bauvorhabens. Die Abnahme des gesamten Bauvorhabens ist zum 01.04.1980 erfolgt. Von jetzt ab beginnt die VOB zur Prüfung der Schlußrechnung D[REDACTED] zu laufen

Da die gesamten Kosten erst nach Fertigstellung aller Gewerke festzustellen waren und die Gesamtkosten erst jetzt nach der Schlußabnahme des gesamten Bauvorhabens festgestellt werden können, werden wir uns bemühen, diese Rechnung nach VOB-Termin zu prüfen."



In weiteren Schreiben vom 29. April 1980 (Formularschreiben mit jeweils eingesetztem Betrag für den Sicherheitseinbehalt) teilte die Beklagte mit, der Sicherheitseinbehalt könne ab 24. März 1982 abgefordert werden. In diesen Schreiben heißt es unter anderem:

"Die Restforderungen ... werden mit diesem Betrag verrechnet.

Restzahlungen aus der Schlußrechnung werden erst ausgezahlt, wenn uns eine unterschriebene Bescheinigung der Eigentümer eingereicht wird, aus der hervorgeht, daß Ihre Arbeiten mängelfrei beendet sind."

Mit der Klage fordert die Klägerin die von ihr errechnete restliche Vergütung von 75.201,23 DM nebst Zinsen. Die Beklagte hat die Einrede der einer vorbehaltlosen Schlußzahlung gleichgestellten endgültigen Zahlungsverweigerung erhoben. Sie hat ferner eingewendet, sie sei zur Kündigung der Bauverträge wegen Verzuges der Klägerin berechtigt gewesen. Außerdem hat sie einzelne Positionen der Schlußrechnung beanstandet und schließlich mit angeblichen Ansprüchen auf Vertragsstrafe, Schadensersatz und Erstattung von Mehrkosten aufgerechnet.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter. Die Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten. Die Klägerin beantragt daher den Erlaß eines Versäumnisurteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind infolge einer endgültigen schriftlichen Zahlungsverweigerung der Beklagten auf die von der Klägerin erteilten Schlußrechnungen mangels hinreichenden Vorbehalts weitere Forderungen der Klägerin aus den Werkverträgen nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (1973) "ausgeschlossen".

1. Daß die Beklagte im Hinblick auf geleistete Zahlungen erkennbar endgültig die Zahlung verweigern wollte, entnimmt das Berufungsgericht den Schreiben der Beklagten vom 27. März sowie vom 9. und 10. April 1980. Geleistete Zahlungen seien neben Abschlagszahlungen auch zur Verrechnung und Aufrechnung gestellte Gegenforderungen. Dabei sei unerheblich, ob diese zutreffend ermittelt oder begründet seien. Zwar sei § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) restriktiv auszulegen, doch bleibe hier kein Zweifel an der Endgültigkeit der Zahlungsverweigerung. Im Schreiben vom 11. April 1980 sei eine erneute Prüfung nicht in Aussicht gestellt worden, vielmehr handele es sich lediglich um einen Hinweis auf die Rechtslage, ohne daß konkret zur Prüfung der Schlußrechnung Stellung genommen werde. Noch weniger sei aus den Formularschreiben vom 29. April 1980 zu erkennen, daß die Beklagte etwa doch zu weiteren Zahlungen bereit wäre.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Dem Berufungsgericht ist allerdings darin zu folgen, daß eine Zahlungsverweigerung unter Bezug auf zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen selbst dann einer Schlußzahlung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (1973) gleichstehen kann, wenn die Gegenforderungen noch nicht ermittelt oder auch nicht begründet sind (Senatsurteil vom 31. Januar 1980 - VII ZR 245/79 = ZfBR 1980, 140 = BauR 1980, 278, 279 m.w.N.).

Zu Unrecht hat aber das Berufungsgericht hier den Erklärungen der Beklagten die Wirkung einer Schlußzahlung beigelegt. Wie auch das Berufungsgericht nicht erkennt, muß die endgültige Ablehnung weiterer Zahlungen für den Empfänger der Erklärung unmißverständlich sein (vgl. BGHZ 68, 368, 369; 75, 307, 308; BGH NJW 1972, 51; 1977, 1294, 1295; 1979, 2310, 2311; Urteile vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282 und ZfBR 1980, 140 = BauR 1980, 278, 279 m.w.N.).

b) Daran fehlt es hier. Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht zu geringe Anforderungen an die Unmißverständlichkeit der Zahlungsverweigerung stellt. Zwar ist seine Würdigung nicht zu beanstanden, daß die Erklärungen der Beklagten vom 27. März sowie vom 9. und 10. April 1980 - für sich genommen - als endgültige Zahlungsverweigerungen hätten verstanden werden können. Nicht gefolgt werden kann ihm aber insoweit, als es annimmt, dies werde durch das Schreiben der Beklagten vom 11. April 1980 an den Anwalt der Klägerin nicht in Frage gestellt. In diesem sich unmittelbar anschließenden Schreiben wird zumindest der irreführende Eindruck erweckt, als stehe eine weitere Prüfung der Schlußrechnungen

durch die Beklagte noch aus, die dann erst zu ihrer endgültigen Beurteilung der Sachlage führen werde. Im Zusammenhang gesehen - und nur eine solche Würdigung ist geboten - konnten die Erklärungen der Beklagten jedenfalls bei der Klägerin und ihrem Anwalt Zweifel daran aufkommen lassen, ob die Beklagte schon das letzte Wort habe sprechen wollen. Die Zweifel mußten noch bestärkt werden durch die Formularschreiben der Beklagten vom 29. April 1980, in denen wiederum von "Restzahlungen aus der Schlußrechnung" die Rede ist, zu denen es noch kommen könnte.

Unter diesen Umständen kann aus der allein maßgeblichen Sicht der Klägerin die von der Beklagten erklärte Zahlungsverweigerung hier nicht als "unmißverständlich endgültig" angesehen werden.

2. Mit Erfolg wendet sich die Revision aber auch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die von ihm angenommene, einer Schlußzahlung gleichzustellende endgültige Zahlungsverweigerung sei ohne Vorbehalt der Klägerin geblieben, ein solcher Vorbehalt sei auch nicht entbehrlich gewesen.

a) Die Bestimmung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) macht berechnete Forderungen aus formalen Gründen nicht mehr durchsetzbar (BGHZ 62, 14). Nach Treu und Glauben dürfen deshalb an einen Vorbehalt keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (BGH NJW 1970, 706 Nr. 8; 1977, 1634 m.w.N.). Wenn innerhalb der Vorbehaltsfrist für den Auftraggeber klar erkennbar wird, daß der Auftragnehmer sich mit der Zahlungsverweigerung nicht abfinden will, so hat er einen hinreichenden Vorbehalt erklärt.

Diesen Anforderungen genügt das vom Berufungsgericht als Zahlungsaufforderung gewürdigte Anwaltsschreiben vom 8. April 1980. Aus der Zahlungsaufforderung ergibt sich hier ohne weiteres, daß die Verweigerung weiterer Zahlungen nicht hingenommen wird. Die Verwendung des Wortes "Vorbehalt" ist ebensowenig erforderlich wie eine Auseinandersetzung mit der Zahlungsverweigerung oder gar mit den für sie angegebenen Gründen (Senatsurteil vom 8. November 1979 - VII ZR 113/79 = BauR 1980, 178, 180 = ZfBR 1980, 33).

Der durch das Schreiben vom 8. April 1980 erklärte Vorbehalt betrifft allerdings als solcher nur das Bauvorhaben R[REDACTED] Straße, für das allein eine Zahlungsverweigerung der Beklagten vorher eingegangen war.

b) Gegenüber den erst 2 bis 4 Tage nach dem Anwaltsschreiben der Klägerin übermittelten Zahlungsverweigerungen wegen der anderen Bauvorhaben am Uhrmacherweg war jedoch ein weiterer "Vorbehalt" nach Treu und Glauben entbehrlich (vgl. dazu BGH NJW 1970, 1185; 1972, 2267, 2268; 1979, 2310; BauR 1975, 282, 283; 1980, 278, 279 = ZfBR 1980, 140).

Beide Parteien haben diese Bauvorhaben einheitlich und in enger zeitlicher Aufeinanderfolge mit dem Bau an der R[REDACTED] Straße behandelt. So lauten z.B. die Schlußrechnungen der Klägerin alle vom gleichen Tag, dem 7. Februar 1980. Die Beklagte hat sie sämtlich innerhalb eines Zeitraums von nicht einmal zwei Wochen nacheinander geprüft und korrigiert an die Klägerin zurückgesandt. Auch ihr Antwortschreiben vom 11. April 1980 an den Anwalt

der Klägerin bezieht sich unterschiedslos auf alle drei Bauvorhaben. Unter diesen Umständen mußte für die Beklagte klar sein, daß die Klägerin sich mit der Zahlungsverweigerung der Beklagten insgesamt nicht zufrieden geben wolle. Daher wirkte die kurz zuvor übersandte - alle drei Bauvorhaben betreffende - anwaltschaftliche Zahlungsaufforderung im Zeitpunkt der Zahlungsverweigerung als Vorbehalt jeweils auch für die Bauvorhaben Uhrmacherweg. Es wäre unangemessen und mit Treu und Glauben unvereinbar, hier von der Klägerin für diese Zahlungsverweigerungen, die innerhalb der noch laufenden, in dem anwaltschaftlichen Mahnschreiben gesetzten Zahlungsfrist eingegangen waren, einen erneuten Vorbehalt zu fordern. Das kann umso weniger verlangt werden, als dieser Vorbehalt nach Lage der Dinge wieder nur in einer Zahlungsaufforderung hätte bestehen müssen.

c) Die Klägerin brauchte den Vorbehalt auch nicht zu begründen, wie das Landgericht gemeint hat. Da sich ihre Forderungen auf die bereits übersandten prüfbaren Schlußrechnungen beschränkten, war eine weitere Begründung nicht notwendig (BGHZ 68, 38, 42; 68, 368, 370; BGH NJW 1965, 536; 1977, 1634; BauR 1980, 178, 179 = ZfBR 1980, 33).

II.

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Es ist - wegen der Säumnis der Beklagten durch Versäumnisurteil - aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich nunmehr

sachlich mit der Klageforderung, den Einwendungen der
Beklagten hierzu und den zur Aufrechnung gestellten Gegen-
forderungen zu befassen haben wird.

Girisch

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer

Quack