

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

2

VOB/B (1952) § 16 Nr. 2 Abs. 2  
VOB/B (1973 und 1979) § 16 Nr. 3 Abs. 2; } D  
BGB § 390 Satz 2

Mit einer gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952)  
(= § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973 und 1979))  
"ausgeschlossenen" Forderung kann der Auftragnehmer  
noch gegen eine Forderung des Auftraggebers aufrechnen,  
soweit sich beide Forderungen aufrechenbar gegenüber  
gestanden haben (im Anschluß an BGH NJW 1981, 1784).

BGH, Urt. v. 8. Juli 1982 - VII ZR 13/81 - OLG Nürnberg  
LG Nürnberg-Fürth

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 13/81

### URTEIL

Verkündet am

8. Juli 1982

Werner,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Johann B. [REDACTED] GmbH & Co KG, L. [REDACTED]weg [REDACTED],  
A. [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesell-  
schafterin die Firma J. B. [REDACTED] GmbH, ebenda, diese  
vertreten durch die Geschäftsführer Hans und Albert  
B. [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den  
Freistaat Bayern, dieser vertreten durch die Bezirks-  
finanzdirektion A. [REDACTED], Br. [REDACTED]straße [REDACTED], A. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. November 1980 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 13. März 1980 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten beider Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die Beklagte hat in den Jahren 1970/72 für die Klägerin Bauleistungen erbracht; unter anderem waren die VOB/B (1952) sowie Allgemeine, Besondere und die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen (B) ZVB (1959/63) sowie technische Vorschriften vereinbart. Auf die Schlußrechnung der Beklagten über 2.973.317,55 DM leistete die Klägerin Schlußzahlungen von 2.956.330,17 DM, die die Beklagte annahm, ohne sich weitere Forderungen vorzubehalten.



Nach späterer Überprüfung durch den Bundesrechnungshof ist zwischen den Parteien unstreitig geworden, daß der Klägerin gemäß Nr. 26 ZVB wegen Überzahlung ein mit auszugleichenden Gegenansprüchen der Beklagten saldierter Rückforderungsanspruch von 145.249,34 DM (zuzüglich Zinsen) zusteht. Die Parteien stimmen ferner darin überein, daß sich für die Beklagte eine Nachforderung von 46.007,54 DM aus zunächst nicht berücksichtigten und nicht in die Schlußrechnung eingestellten Werkleistungen errechnet. Die Beklagte hat sich mit der Klägerin über die Rückzahlung von (145.249,34 DM - 46.007,54 DM =) 99.241,80 DM geeinigt. Gegen die restliche Rückzahlungsforderung von (145.249,34 DM - 99.241,80 DM =) 46.007,54 DM hat sie mit ihrer Nachforderung aufgerechnet.

Die Klägerin meint, mangels Vorbehalts der Nachforderung bei Annahme der Schlußzahlung könne die Beklagte diese Forderung nicht mehr durchsetzen und auch nicht mehr mit ihr aufrechnen. Deshalb hat die Klägerin den restlichen Rückforderungsbetrag nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat die Aufrechnung durchgreifen lassen und die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hält die Aufrechnung für unzulässig und hat abändernd der Klage stattgegeben. Mit ihrer - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) mit ihrer Nachforderung von 46.007,54 DM "ausgeschlossen" ist, d.h. diese nicht mehr durchsetzen kann, weil sie die Schlußzahlungen der Klägerin in den Jahren 1972/73 vorbehaltlos angenommen hat.

Das ist richtig. Die Parteien waren nach Nr. 26 der ZVB zwar verpflichtet, die erst nach Annahme der Schlußzahlung festgestellten Abrechnungsfehler nachträglich auszugleichen. Das betrifft jedoch allein die in die Schlußrechnung eingestellten Werkleistungen und hat zur Errechnung des Rückzahlungssaldos zugunsten der Klägerin von 145.249,34 DM geführt. Entgegen der Auffassung der Revision bezieht sich diese Regelung nicht auf Nachforderungen. Insoweit bleibt vielmehr, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, der rechtzeitige Vorbehalt zur Vermeidung des "Ausschlusses" erforderlich.

Die Beklagte würde ihre Nachforderung daher nicht mehr durchsetzen können (BGHZ 62, 15; 75, 307, 314).

II.

Das Berufungsgericht meint darüber hinaus, der Beklagten sei auch die Aufrechnung mit der Nachforderung versagt. Die Vorschrift des § 390 Satz 2 BGB sei hier nicht anwendbar, weil sie eine Sonderregelung für den Fall der

Verjährung darstelle, die nicht auf andere "in ihrer Durchsetzbarkeit ausgeschlossene Forderungen" angewendet werden könne.

Das hält der Revision nicht stand:

1. a) Der Senat hat mehrfach ausgesprochen, daß der "Ausschluß" einer Nachforderung wegen vorbehaltloser Annahme der Schlußzahlung mit der Verjährung vergleichbar ist (BGHZ 62, 15; 75, 307, 314; BGH NJW 1978, 1485 Nr. 10; 1981, 1784). Das führt dazu, daß die Nachforderung zwar nicht als erloschen anzusehen ist, der Auftragnehmer ihre Erfüllung aber nicht mehr erzwingen kann. Diese Folge beruht beim Ausschluß nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) wie bei der Verjährung auf denselben Grundgedanken alsbaldiger Herbeiführung von Rechtsfrieden und Rechtsklarheit. Danach darf sich der Auftraggeber bei der Abwicklung eines VOB-Bauvertrages darauf einrichten, daß Nachforderung des Auftragnehmers nach Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes, nämlich nach vorbehaltloser Annahme der Schlußzahlung, gegen seinen Willen nicht mehr durchsetzbar sind (BGH NJW 1981, 1784).

b) Auf diese Weise wird die Rechtsposition des Auftragnehmers wegen seiner Ansprüche aus tatsächlich erbrachten, jedoch erst nachträglich in Rechnung gestellten Werkleistungen nicht unerheblich beeinträchtigt. Der Senat wendet deshalb in ständiger Rechtsprechung § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) (= § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973 und 1979)) mit Zurückhaltung an: Der Auftraggeber, der eine "ausgeschlossene" Nachforderung bezahlt, kann entsprechend §§ 813 Abs. 1 Satz 2, 222 Abs. 2 Satz 1 BGB

seine Leistung wie bei der Bezahlung einer verjährten Forderung nicht zurückverlangen (BGHZ 62, 15; BGH Urteil vom 8. Juni 1978 - VII ZR 176/77 = BauR 1979, 63). Der Forderungsausschluß wird wie die Verjährung nur auf in den Tatsacheninstanzen erhobene Einrede berücksichtigt (BGHZ 75, 307, 314; BGH Urteil vom 12. März 1981 - VII ZR 299/79 = BauR 1981, 374, 375). Die Vorschrift des § 270 Abs. 3 ZPO wird auf die Vorbehaltserklärung nach § 16 VOB/B ebenso angewendet wie bei der in der Auswirkung zur Unterbrechung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche führenden Aufforderung zur Mängelbeseitigung nach § 13 Nr. 5 VOB/B (BGHZ 75, 307, 314). Dem Auftragnehmer wird schließlich in entsprechender Anwendung des § 223 Abs. 1 BGB auch wegen der nicht vorbehaltenen Nachforderung wie wegen einer verjährten Forderung die Befriedigung aus einer ihm zur Sicherung des Werklohns eingeräumten Hypothek zugebilligt (BGH NJW 1981, 1784).

Aus den angeführten Entscheidungen ergibt sich zugleich, daß der Senat die nicht vorbehaltene und damit "ausgeschlossene" Nachforderung weitgehend wie eine verjährte Forderung behandelt (anders bisher nur für den Vorbehalt bei Streitverkündung, vgl. dazu BGHZ 68, 368, 371; 75, 307, 314/315).

Ob der Auftragnehmer mit einer solchen "ausgeschlossenen" Nachforderung entsprechend § 390 Satz 2 BGB noch aufrechnen kann, hat der Senat bislang nicht entscheiden müssen; er hat diese Frage jedoch beiläufig bereits bejaht (BGH NJW 1978, 1485 Nr. 10, 1486; 1981, 1784, 1785). Daran hält der Senat fest. Es ist nicht gerechtfertigt,

gerade in diesem Punkt die "ausgeschlossene" Nachforderung anders als eine verjährte Forderung zu behandeln. Mit einer nach § 16 VOB/B "ausgeschlossenen" Nachforderung kann der Auftragnehmer deshalb entsprechend § 390 Satz 2 BGB gegen eine Forderung des Auftraggebers aufrechnen, wenn beide Forderungen sich aufrechenbar gegenübergestanden haben (so auch Dähne, BauR 1974, 163, 167 f; OLG Hamm, BauR 1976, 434; Ingenstau/Korbion, VOB/B, 9. Aufl., § 16 Rdn. 54 b; Trapp, BauR 1979, 271; Niklisch/Weick, VOB/B, § 16 Rdn. 66; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 3. Aufl., Rdn. 1087; Palandt/Heinrichs, BGB, 41. Aufl., § 390 Anm. 3).

c) Die dagegen unter Berufung auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (BauR 1977, 360) gerichteten Ausführungen des Berufungsgerichtes überzeugen nicht. Dem Berufungsgericht ist zwar zuzugeben, daß Sinn und Zweck der Regelung des § 16 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (1952) (= § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973 und 1979)) gerade darin bestehen, hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Werklohnforderung des Auftragnehmers umgehend Rechtsklarheit und vor allem Rechtsfrieden zu schaffen. Deshalb sollen dem Auftragnehmer zu Auseinandersetzungen mit dem Auftraggeber führende Nachforderungen regelmäßig abgeschnitten sein, wenn er sie sich nicht rechtzeitig vorbehält. Zu endgültigem Rechtsfrieden führt das jedoch nur dann, wenn auch der Auftraggeber die mit seiner Schlußzahlung geschaffenen Lage und damit den Werklohnanspruch des Auftragnehmers jedenfalls in Höhe seiner Zahlungen (Abschlagszahlungen und Schlußzahlung) nicht mehr in Frage stellt. Tut er das nicht, verlangt er vielmehr insbesondere über-

zahlten Werklohn zurück, stört gerade er nachträglich den mit der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung geschaffenen Rechtsfrieden. Dann kann es auch dem Auftragnehmer nicht verwehrt sein, sich mit seiner zwar nicht mehr durchsetzbaren, aber gleichwohl noch bestehenden Nachforderung wenigstens einredeweise zu verteidigen. Insoweit besteht kein ins Gewicht fallender Unterschied zu dem Schuldner, dem der Gesetzgeber zur Wahrung des Rechtsfriedens die Durchsetzbarkeit einer verjährten Forderung verwehrt, gleichwohl aber - bei Vorliegen bestimmter Umstände - die Aufrechnung mit der verjährten Forderung erlaubt.

2. Die Beklagte kann demnach mit ihrer "ausgeschlossenen" Nachforderung gegen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aufrechnen, wenn sich beide Forderungen zuvor durchsetzbar gegenübergestanden haben (entsprechende Anwendung von § 390 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist bereits mit der Schlußzahlung entstanden und fällig geworden und nicht erst, wie das Berufungsgericht offen läßt, "mit der Feststellung von Fehlern der Schlußrechnung nach Annahme der Schlußzahlung". Der Nachforderungsanspruch der Beklagten war schon mit der Ausführung der Bauleistungen erwachsen und zugleich mit dem Anspruch auf die Schlußzahlung aus der ursprünglichen Schlußrechnung fällig geworden, weil er aus demselben Vertrag stammt und bereits in der ursprünglichen Schlußrechnung hätte enthalten sein können (BGHZ 53, 222, 225/226). Bei der Annahme der Schlußzahlung, als die Beklagte mit der Erklärung des Vorbehaltes den "Ausschluß" ihrer Nachforderung noch hätte verhindern können, standen sich deshalb Rückzahlungsanspruch und Nachforderung aufrechenbar ge-

genüber. Durch die auf diesen Zeitpunkt zurückwirkende Erklärung der Aufrechnung mit der Nachforderung hat die Beklagte mithin den eingeklagten Rückzahlungsanspruch im Zeitpunkt seiner Entstehung getilgt (§ 389 BGB).

III.

Das angefochtene Urteil muß nach alledem aufgehoben werden. Da weder über die Klageforderung noch über die Aufrechnung Streit besteht, kann das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und das landgerichtliche Urteil wieder herstellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

Girisch

Recken

RiBGH Bliesener ist  
in Urlaub und kann  
deshalb nicht unter-  
schreiben.

Girisch

Obenhaus

Quack