

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B (1952) § 16 Nr. 2 Abs. 2

Eine vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung liegt nicht vor, wenn im Zeitpunkt der Schlußzahlung die Mehrforderung bereits gerichtlich anhängig ist. Dazu genügt die Anhängigkeit im Mahnverfahren.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1976 - VII ZR 37/76 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 37/76

URTEIL

Verkündet am

20. Dezember 1976

Blust

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C. W. P. [REDACTED], Bauten- und Eisenschutz KG,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschaf-
ter Hermann P. [REDACTED], M. [REDACTED]/Ruhr, Z. [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Elke B. [REDACTED], M. [REDACTED]/Ruhr, G. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 27. Januar 1976 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 in den Jahren 1970/71 im und am Haus der Beklagten in M[REDACTED]/Ruhr, G[REDACTED]-[REDACTED] Straße [REDACTED], Anstreicherarbeiten aus. Die Geltung der VOB/B (1952) war vereinbart. Die Klägerin erteilte der Beklagten darüber eine Rechnung vom 15. August 1973 (für Innenarbeiten) über 11.536,91 DM und drei Rechnungen vom 10. September 1973 (für Außen- sowie Renovierungsarbeiten) über 5.409,35 DM, 486,16 DM und 475,72 DM. Unter Anrechnung einer Abschlagszahlung von 8.500 DM auf die Rechnung vom 15. August 1973 verlangte sie mit Anwaltsschreiben vom 10. September 1973



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



unter Androhung der Klageerhebung kurzfristige Zahlung von 3.036,91 DM Rest der Rechnung vom 15. August 1973, sowie der Beträge der drei Rechnungen vom 10. September 1973.

Über den Gesamtbetrag von 9.408,64 DM nebst Zinsen hat sie der Beklagten am 7. November 1973 einen Zahlungsbefehl zustellen lassen. Die Beklagte hat Widerspruch erhoben. Mit Schreiben vom 9. November 1973 hat sie die mit ihren Prüfungsvermerken versehenen Rechnungen der Klägerin an diese zurückgeschickt und erklärt, die Restforderung aus der Rechnung vom 15. August 1973 sei verjährt, die Forderungen aus den drei Rechnungen vom 10. September 1973 seien nur in Höhe von 2.984,15 DM, 368,45 DM und 314,37 DM berechtigt. Den sich daraus ergebenden Gesamtbetrag von 3.666,97 DM hat sie am 14. Januar 1974 an die Klägerin überwiesen. Auf dem Überweisungsträger ist vermerkt: "Betr.: BV G [REDACTED] Str. [REDACTED] - Schlußzahlung - ...". Darunter sind die von ihr gekürzten Beträge der drei Rechnungen vom 10. September 1973 aufgeführt.

Die Parteien haben den Rechtsstreit in Höhe von 3.666,97 DM in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat beantragt, die restliche Klage abzuweisen, weil die Klägerin die Schlußzahlung vorbehaltlos angenommen habe. Wegen der Restforderung aus der Rechnung vom 15. August 1973 hat sie sich auf Verjährung berufen, weil die Innenarbeiten sämtlich bereits im Jahre 1970 beendet worden seien. Schließlich hat sie die Forderungen auch der Höhe nach bestritten.

- 4 -

Das Landgericht hat der Klägerin auf die drei Rechnungen vom 10. September 1973 insgesamt 2.143,72 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch in Höhe von 5.230,63 DM nebst Zinsen weiter, nämlich in Höhe der vom Landgericht zuerkannten 2.143,72 DM sowie von 3.086,91 DM [richtig: 3.036,91 DM] aus der Rechnung vom 15. August 1973.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe durch die Banküberweisung im Januar 1974 Schlußzahlung geleistet. Die Klägerin habe die Schlußzahlung vorbehaltlos angenommen und sei deshalb gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) mit der streitigen Restforderung ausgeschlossen. Der zur Vermeidung dieses Ausschlusses erforderliche Vorbehalt bei oder in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Schlußzahlung sei nicht dadurch entbehrlich, daß die Klägerin bereits vor Schlußzahlung und vor Rechnungsprüfung die bei Erteilung der Schlußrechnungen verlangte Vergütung durch den Zahlungsbefehl vom 5. November 1973 geltend gemacht habe.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Die Beklagte hat allerdings, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei feststellt, mit der Überweisung der 3.666,97 DM im Januar 1974 Schlußzahlung im Sinne von § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) geleistet.

a) Eine Schlußzahlung liegt nach erteilter Schlußrechnung vor, wenn der Auftraggeber bei der Zahlung klar erkennbar macht, daß er damit seine nach seiner Auffassung noch bestehende (Rest-)Schuld tilgen und darüber hinaus nichts mehr zahlen will. Ob eine Zahlung als Schlußzahlung gelten soll, bestimmt somit der Auftraggeber, der dies gegenüber dem Auftragnehmer zum Ausdruck bringen muß (vgl. BGH NJW 1965, 536; 1970, 706; 1972, 51; Urteil vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282).

b) Eine für die Klägerin klar erkennbare Bestimmung als Schlußzahlung für alle Leistungen der Klägerin beim Bauvorhaben der Beklagten traf die Beklagte hier mit ihrem Vermerk auf dem Überweisungsträger, indem sie darin die Zahlung ausdrücklich als "Schlußzahlung" bezeichnete, auf das Bauvorhaben der Beklagten ("Betr.: BV G [REDACTED] Str. [REDACTED]") Bezug nahm und die einzelnen Beträge angab, die sie bereits in ihrem Schreiben vom 9. November 1973 als Restschulden bezeichnet hatte.

Diese vom Berufungsgericht getroffene Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Es durfte auch für unerheblich ansehen, daß die Beklagte in dem Vermerk

die Rechnung vom 15. August 1973 nicht erwähnte; denn auf diese Rechnung wollte sie nichts mehr bezahlen.

2. Die Klägerin hat außergerichtlich weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten erklärt, daß sie auf Bezahlung der vollen Vergütung bestehe. Es kommt daher darauf an, ob das von der Klägerin vor Rechnungsprüfung und Schlußzahlung eingeleitete Mahnverfahren den Vorbehalt entbehrlich machte. Das ist zu bejahen.

a) Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage bisher nicht Stellung genommen. Das Oberlandesgericht Hamm hat in der Entscheidung vom 31. August 1973 (Schäfer/Finnern Z 2.310 Bl. 32 ff, mit zustimmender Anmerkung von Hochstein aaO Bl. 37) die Einrede vorbehaltlos angenommener Schlußzahlung (§ 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B) dann für unzulässig angesehen, wenn der Auftragnehmer im Zeitpunkt der Schlußzahlung bereits Zahlungsklage eingereicht hatte. Diese Entscheidung hat im Schrifttum Zustimmung (vgl. Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 1976, Rn. 365 a.E.; Kaiser, BauR 1976, 232, 236), aber auch Ablehnung (Jagenburg, NJW 1975, 2041, 2043; derselbe, BauR 1975, 356, 357) gefunden. Dabei wird auch darüber gestritten, ob die Entscheidung BGHZ 62, 328 vergleichbar ist, nach der es eines Vorbehalts, die Vertragsstrafe zu verlangen (§ 341 Abs. 3 BGB), bei der Annahme der Leistung dann nicht bedarf, wenn in diesem Zeitpunkt der Anspruch im Prozeßweg verfolgt wird.

b) Der Senat ist der Auffassung, daß nach Sinn und Zweck des § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) eine vor-

behaltlose Annahme der Schlußzahlung dann nicht vorliegt, wenn im Zeitpunkt der Schlußzahlung der Anspruch bereits gerichtlich anhängig ist. Dazu genügt die Anhängigkeit im Mahnverfahren.

Die genannte Bestimmung soll schnell Klarheit und Rechtsfrieden schaffen. Das kann nicht mehr erreicht werden, wenn der Auftragnehmer den Vergütungsanspruch bereits gerichtlich geltend gemacht hat. Der Vorbehalt stellt klar, daß der Auftragnehmer auch nach der Schlußzahlung seine Mehrforderung weiterhin verfolgen und sie notfalls gerichtlich geltend machen will. Dasselbe Ziel ist aber auch dann erreicht, wenn der Auftragnehmer seine Forderung im Zeitpunkt der Schlußzahlung bereits gerichtlich geltend gemacht hat. Ein Vorbehalt ist dann nicht mehr nötig. Die gerichtliche Geltendmachung ist nämlich die stärkste Verwirklichung eines Vorbehalts.

c) Eine gerichtliche Geltendmachung in diesem Sinne ist auch dann gegeben, wenn das Verfahren auf Grund eines Zahlungsbefehls bei Gericht anhängig ist. Die Anhängigkeit nimmt einer in dieser Zeit geleisteten Schlußzahlung die in § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (1952) vorgesehene Präklusionswirkung. Es ist also nicht so, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, daß der vor der Schlußzahlung erlassene Zahlungsbefehl im Zeitpunkt der Schlußzahlung einen Vorbehalt nicht mehr ersetzen könnte.

Das Berufungsgericht meint allerdings, die Geltendmachung im Mahnverfahren reiche auch aus einem weiteren Grunde als Vorbehalt nicht aus. Mit dem Zah-

lungsbefehl stehe es für den Schuldner noch keineswegs fest, wie sich der Gläubiger auf die spätere - nach Zustellung des Zahlungsbefehls geleistete - Schlußzahlung verhalten werde und ob er nur deswegen, weil er seine Forderung bereits im Mahnverfahren anhängig gemacht habe, an dieser Forderung in der die Schlußzahlung übersteigenden ursprünglichen Höhe unabänderlich festhalten werde.

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Sie verkennen, daß ein Zahlungsbefehl nicht nur eine besonders eindringliche Mahnung darstellt, sondern in seiner Bedeutung - durch die Inanspruchnahme des Gerichts zur Durchsetzung der Forderung - ein erheblich größeres Gewicht hat und in einigen Auswirkungen der Klageerhebung gleichsteht, so z. B. für die Unterbrechung der Verjährung (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Daß bei einem durch Klageerhebung rechtshängigen Anspruch eine Vorbehaltserklärung nicht erforderlich ist, nimmt anscheinend auch das Berufungsgericht an. Dann kann aber verständigerweise der Zustellung eines Zahlungsbefehls keine geringere Wirkung beigemessen werden. Der Schuldner kann nicht annehmen, die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs durch Zahlungsbefehl sei vom Gläubiger weniger ernst gemeint, als wenn der Gläubiger Klage erhebt. Denn das Zahlungsbefehlsverfahren geht in den Fällen, in denen der Schuldner Widerspruch erhebt, ins normale Prozeßverfahren über. Im Interesse der Rechtsklarheit ist hier eine gewisse Schematisierung geboten, welcher Zeitpunkt maßgebend sein soll. Das ist sinnvollerweise der Zeitpunkt der Klagezustellung bzw. der Zustellung des Zahlungsbefehls; denn in diesem Zeitpunkt erfährt der Schuldner, daß

der Gläubiger nunmehr seine Forderung gerichtlich durchsetzen will.

d) Im Zeitpunkt der Schlußzahlung war hier auch noch der Teil der in Rechnung gestellten Vergütung anhängig, den die Beklagte bestritten und mit der zwischenzeitlichen Schlußzahlung nicht getilt hatte. Daher war ein Vorbehalt im Zeitpunkt der Schlußrechnung entbehrlich.

e) Es kann dahinstehen, ob und inwieweit auch bei gerichtlicher Geltendmachung des Vergütungsanspruchs § 16 Nr. 2 Abs. 3 VOB/B (1952) eingreift, wonach der Vorbehalt hinfällig wird, wenn nicht innerhalb von 12 Werktagen nach Annahme der Schlußzahlung eine prüfungsfähige Rechnung über die vorbehaltene Forderung eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird. Einer Begründung des Vorbehalts bedarf es nämlich, entgegen der Ansicht der Revisionsbeklagten, dann nicht, wenn eine auch die Mehrforderungen enthaltende prüfungsfähige Rechnung bereits erteilt ist (vgl. BGH NJW 1965, 536). Das ist hier der Fall. Die geltendgemachten Mehrforderungen sind in den Rechnungen vom 15. August 1973 und 10. September 1973 aufgeführt. Die Prüfungsfähigkeit dieser von der Beklagten geprüften Rechnungen steht nicht in Frage.

3. Die Beklagte hat, soweit die Klägerin aus der Rechnung vom 15. August 1973 noch 3.086,91 DM /richtig: 3.036,91 DM/ verlangt, die Einrede der Verjährung erhoben. Auch das führt nicht dazu, das angefochtene Urteil in diesem Umfang aufrecht zu erhalten. Die Einrede ist nicht begründet. Die Beklagte übersieht, daß diese Forderung, auch wenn sie selbständige

- 10 -

Bedeutung (als Forderung aus einem Einzelvertrag über die Innenarbeiten) haben sollte, gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B (1952) nicht schon mit der Abnahme der Bauleistung, sondern erst nach Prüfung und Feststellung der Schlußrechnung, spätestens zwei Monate nach deren Einreichung, fällig geworden ist. Die Verjährung hätte daher erst mit dem Ende des Jahres 1973 beginnen können (§§ 197 Abs. 1 Nr. 1, 201 BGB; vgl. u. a. BGHZ 53, 222, 225). Die Restforderung war aber zu dieser Zeit durch Zustellung des Zahlungsbefehls bereits anhängig und wurde kurze Zeit nach Verweisung des Rechtsstreits ans Landgericht bei diesem rechtshängig. Sie konnte daher nicht verjähren.

II.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, ob die Klägerin die bestrittenen Leistungen erbracht und zutreffend abgerechnet hat.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus