

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 16 Nr. 2

Die Aufrechnung mit einer Vertragsstrafe steht der
Schlußzahlung gleich (im Anschluß an BGH NJW 1972,
51). Das gilt auch dann, wenn die Vertragsstrafe
nicht vorbehalten war.

BGH, Urt. v. 31. März 1977 - VII ZR 51/76 - OLG Hamm
LG Detmold

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 51/76

URTEIL

Verkündet am
31. März 1977
Blust,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Ernst S [REDACTED], Bauunternehmung,
Inhaber: Kaufmann Ernst S [REDACTED], L [REDACTED] - Li [REDACTED],
O [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Heinz S t [REDACTED], La [REDACTED], F [REDACTED]straße,

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 1977 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogt sowie der Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 25. November 1976 wird aufrechterhalten.

Die Klägerin hat auch die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

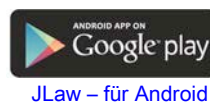
Die Klägerin hat im Auftrag des Beklagten, unter Vereinbarung der VOB/B, in den Jahren 1971/72 Bauarbeiten an einem Neubau des Beklagten ausgeführt und dafür 239.487,38 DM verlangt. Der Beklagte hat 200.000 DM gezahlt.

Die Klägerin hat die restlichen 39.487,38 DM nebst Zinsen eingeklagt. Der Beklagte hat u.a. mit einer Vertragsstrafenforderung von 40.946,90 DM aufgerechnet. Er meint, diese Aufrechnung sei als Schlußzahlung zu werten, der gegenüber die Klägerin sich ihre Forderung nicht vorbehalten habe. Die Klägerin könne deswegen ihre Forderung nicht mehr geltend machen.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.



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



Der Senat hat die Revision der Klägerin durch Versäumnisurteil vom 25. November 1976 zurückgewiesen. Mit ihrem Einspruch verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter. Der Beklagte beantragt, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Entscheidungsgründe:

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat die Abweisung des Restwerklohnanspruches der Klägerin allein darauf gestützt, daß der Beklagte sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/B berufen könne. Es hat weder die Einwendungen des Beklagten zur Höhe der Restwerklohnforderung geprüft noch untersucht, ob dem Beklagten tatsächlich ein aufrechenbarer Vertragsstrafanspruch gegen die Klägerin zusteht. Zur von ihm angenommenen Schlußzahlung des Beklagten hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Beklagte, vertreten durch seine bevollmächtigte Ehefrau, sich der Klägerin gegenüber mit Schreiben vom 6. August 1973 darauf berufen habe, daß die Klägerin mit den Verklinkerungsarbeiten 38 Arbeitstage in Verzug geraten sei und damit eine Konventionalstrafe von 40.946,90 DM verwirkt habe. In der in diesem Schreiben weiter enthaltenen Gegenüberstellung der Restforderung der Klägerin von 39.487,38 DM und der Vertragsstrafenforderung sowie der weiteren Erklärung, daß sich

somit keine Forderung der Klägerin an den Beklagten mehr ergebe, hat das Berufungsgericht sowohl die Geltendmachung der Aufrechnung mit der Vertragsstrafenforderung als auch die Erklärung des Beklagten gesehen, keine weitere Zahlung auf die Schlußrechnung mehr leisten zu wollen. Damit seien die Wirkungen der Schlußzahlung im Sinne des § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B selbst dann eingetreten, wenn die Vertragsstrafenforderung mangels Vorbehalts bei der Abnahme der Werkleistungen nicht bestanden haben sollte, denn die Klägerin habe erst Anfang 1974 und damit verspätet zu erkennen gegeben, daß sie weiterhin auf Bezahlung des Restbetrages bestehen wolle.

Soweit die Klägerin erstmals in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht behauptet hat, ihr erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter habe dem Schreiben vom 6. August 1973 alsbald widersprochen, hat das Berufungsgericht dieses Vorbringen gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil die Klägerin aus grober Nachlässigkeit diesen Vortrag in der ersten Instanz versäumt habe.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand. Allerdings ist zugunsten der Revision zu unterstellen, daß sich die Klägerin die Vertragsstrafe nicht vorbehalten hat. Aber auch in einem solchen Fall steht die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe der Schlußzahlung gleich.

1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht in dem Schreiben des Beklagten vom 6. August 1973 sowohl die Geltendmachung einer Vertragsstrafenforderung von 40.946,90 DM als auch die Erklärung der Aufrechnung mit

dieser gegen die im Zeitpunkt der Abfassung dieses Schreibens der Höhe nach nicht beanstandete Restwerklohnforderung der Klägerin gesehen und schließlich auch die bestimmte Erklärung des Beklagten, weitere Erfüllungsleistungen nicht mehr erbringen zu wollen.

2. Das Berufungsgericht ist weiter zutreffend davon ausgegangen, daß dem Schreiben des Beklagten die Wirkung einer Schlußzahlung zukommt. Denn der Beklagte hatte mit diesem Schreiben unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß er weitere freiwillige Zahlungen auf die Schlußrechnung der Klägerin nicht mehr erbringen wollte, und darauf allein kommt es an (vgl. Senatsurteil vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = Baurecht 1975, 282).

Entgegen den Ausführungen der Revision ist es insoweit ohne Belang, daß der Beklagte keine eigentliche Zahlung erbracht, sondern die Aufrechnung mit einer (höheren) Gegenforderung erklärt hat. Eine andere Beurteilung würde zu willkürlichen Ergebnissen führen und solche Auftraggeber bevorzugen, deren Gegenforderungen zufällig die Restwerklohnforderung unterschreiten, und die deshalb zu deren Ausgleich außer zu der Aufrechnungserklärung noch zu einer (vielleicht sehr geringfügigen) Zahlung veranlaßt sind (vgl. insoweit auch Senatsurteil vom 21. Oktober 1971 NJW 1972, 51).

3. Daß es unerheblich ist, ob die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung bestritten oder anerkannt ist, hat der Senat bereits in dem Urteil Baurecht 1975, 282 dargelegt. Von dieser Auffassung abzugehen, besteht kein Anlaß. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob der

Auftraggeber gerade wegen der Aufrechnung mit dieser Gegenforderung zu weiteren Leistungen auf die Restwerklohnforderung nicht mehr willens ist und das ausreichend deutlich zu erkennen gibt, wie das hier der Fall ist. Deswegen spielt es auch keine Rolle, ob sich etwa schon aus der Darstellung des Auftraggebers für den Rechtskundigen die Unbegründetheit der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung ergibt. Auch insoweit ist allein auf die Erklärungen des Auftraggebers abzustellen, keine weiteren Leistungen erbringen zu wollen. Der Auftragnehmer muß sich auch in diesem Falle seine Restwerklohnforderung dadurch vorbehalten, daß er der Aufrechnung widerspricht.

4. Schließlich ist auch ohne Belang, daß der Beklagte mit seinem Schreiben vom 6. August 1973 die Restwerklohnforderung als solche nicht, auch nicht teilweise, angegriffen, sondern seine Weigerung, weitere Zahlungen zu erbringen, allein auf die Aufrechnung mit der nicht vorbehaltenen Vertragsstrafe gestützt hat. Es kann nicht von Bedeutung sein, ob ein Teil der Werklohnforderung der Höhe nach angegriffen und nur der Rest durch Aufrechnung getilgt werden soll. Bereits im erwähnten Urteil Baurecht 1975, 282 hat der Senat die Schlußzahlungswirkung einer auf Aufrechnung gegründeten Ablehnung weiterer Zahlungen in dem Falle bejaht, in dem der Auftraggeber eine Restwerklohnforderung von ca. 28.000 DM im Umfange von etwa 5.000 DM der Höhe nach bestritten, auf die er sodann ca. 3.000 DM gezahlt und gegen die er im übrigen mit einer bestrittenen Gegenforderung von ca. 20.000 DM aufgerechnet hatte. In jenem Falle blieb die Restwerklohnforderung jedenfalls in Höhe von ca. 20.000 DM unstreitig, und insoweit war die Zahlungs-

verweigerung allein auf die Aufrechnung mit der Gegenforderung gestützt. Von der Zufälligkeit, ob der Auftraggeber einen vielleicht nur geringen Teil des Schlußrechnungsbetrages auch der Höhe nach angreift, kann die Beurteilung nicht abhängen. Dementsprechend muß auch die allein auf die Aufrechnung mit einer nicht vorbehaltenen Vertragsstrafe gestützte Weigerung, weitere Zahlungen zu erbringen, wie eine Schlußzahlung behandelt werden.

5. Hat das Berufungsgericht danach zutreffend angenommen, daß das Schreiben des Beklagten vom 6. August 1973 Schlußzahlungswirkung hat, so brauchte es die Höhe der Restwerklohnforderung und die Begründetheit der Vertragsstrafe nicht zu prüfen. Denn wenn die Klägerin sich ihre Restwerklohnforderung nicht vorbehalten hat, kann sie sie schon aus diesem Grunde nicht mehr durchsetzen.

6. Die Revision erhebt in diesem Zusammenhang allerdings die Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe § 529 Abs. 2 ZPO zu Unrecht angewandt. Das Berufungsgericht habe die in der letzten mündlichen Verhandlung aufgestellte Behauptung der Klägerin, sie habe dem Schreiben des Beklagten vom 6. August 1973 sofort widersprochen, nicht als verspätet zurückweisen dürfen. Der Senat hat diese Rüge geprüft, aber für unbegründet erachtet (§ 565 a ZPO).

II.

Nach alledem ist das Versäumnisurteil mit der
Kostenfolge des § 97 ZPO aufrechtzuerhalten.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus