

11

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B (1973) § 16 Nr. 3; ZPO § 270

§ 270 Abs. 3 ZPO ist auch auf die Vorbehaltsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) entsprechend anzuwenden, wenn der Vorbehalt durch Klageerhebung erfolgt.

BGH, Urt. v. 8. November 1979 - VII ZR 86/79 - OLG Hamm

LG Münster

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 86/79

URTEIL

Verkündet am

8. November 1979

Werner

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma N -Baugesellschaft mbH, vertreten durch
den Geschäftsführer, den Kaufmann Karl B ,
L Straße M (Ems),

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Eheleute Gottfried und Elisabeth B r ,
Li Straße, Mü -H ,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

11

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1979
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die
Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Hamm vom 12. Dezember 1978 aufge-
hoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erstellte in den Jahren 1976/77 für
die Beklagten ein Haus. Die Geltung der VOB/B (1973)
war vereinbart.

Als bald nach Erhalt der "Endabrechnung", mit der
die Klägerin die Zahlung von noch 27.477,49 DM bean-
spruchte, teilten die Anwälte der Beklagten mit
- am 4. Januar 1978 zugegangenem - Schreiben vom
3. Januar 1978 der Klägerin mit, ihr Restwerklohn



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

betrage lediglich noch 2.228,11 DM; deswegen werde mit den diese Restforderung wesentlich übersteigenden Mängelbeseitigungskosten aufgerechnet, so daß keine weiteren Zahlungen mehr geleistet würden.

Die Klägerin reichte daraufhin am 11. Januar 1978 wegen des oben bezeichneten Betrages - nebst Zinsen und Mehrwertsteuer auf diese - Zahlungsklage ein, die den Beklagten am 19. Januar 1978 zugestellt wurde.

Die Beklagten werten ihr Schreiben vom 3. Januar 1978 als eine Erklärung mit Schlußzahlungswirkung im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs 2 VOB/B (1973). Sie berufen sich darauf, daß die Klägerin den Vorbehalt ihrer Restforderung nicht rechtzeitig erklärt habe, weil ihnen die Klageschrift erst nach Ablauf der Frist von 12 Werktagen seit Zugang des Schreibens vom 3. Januar 1978 zugestellt worden sei. Deshalb sei die Klägerin mit Nachforderungen ausgeschlossen.

Die Klägerin ist demgegenüber der Auffassung, es fehle bereits an einer Schlußzahlung. In jedem Falle aber sei gemäß § 270 Abs. 3 ZPO nF die Frist für die Erklärung des Vorbehalts gewahrt, weil die Klage noch innerhalb dieser Frist eingereicht und "demnächst" zugestellt worden sei.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage wegen nicht rechtzeitigen Vorbehalts der Restforderung abgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Schreiben der Anwälte der Beklagten vom 3. Januar 1978 stehe einer Schlußzahlung gemäß § 16 Nr. 3 VOB/B (1973) gleich.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Die Revision bemängelt, daß das Schreiben der Anwälte der Beklagten vom 3. Januar 1978 nur für "unseren Mandanten" und damit nur für den beklagten Ehemann abgefaßt worden sei; die darin enthaltenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen könnten deshalb nur diesem zugerechnet werden.

Damit kann die Revision schon deshalb nicht gehört werden, weil in den Vorinstanzen zwischen den Parteien nicht streitig war, daß dieser Brief für beide Beklagten geschrieben worden ist. Das Berufungsgericht konnte daher - wie zuvor auch das Landgericht - ohne Rechtsfehler davon ausgehen, daß die in diesem Schreiben enthaltenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen für beide Beklagten abgegeben worden sind.

b) Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht hätte die in dem Schreiben vom 3. Januar 1978 enthaltenen Erklärungen nicht einer Schlußzahlung gleichsetzen dürfen. Auch darin kann ihr nicht gefolgt werden.

Eine Erklärung des Auftraggebers mit Schlußzahlungswirkung liegt nach ständiger Rechtsprechung des Senats zu § 16 VOB/B (1952) dann vor, wenn der Auftragnehmer ihr klar entnehmen kann, daß der Auftraggeber eine nach seiner Auffassung noch bestehende Rechtsschuld tilgen und weitere Zahlungen nicht mehr leisten will (vgl. z.B. BGH NJW 1972, 51, BGH Urt. v. 12. Juli 1979 - VII ZR 174/78 = WM 1979, 1046). Für die Annahme einer Schlußzahlung ist es ohne Bedeutung, ob der Auftraggeber eine Zahlung in Geld leistet oder die Aufrechnung mit einer höheren Geldforderung erklärt. Eine andere Beurteilung würde zu willkürlichen Ergebnissen führen und solche Auftraggeber bevorzugen, deren Gegenforderungen die Restwerklohnforderung unterschreiten und die deshalb zu deren Ausgleich außer der Aufrechnungserklärung noch einen vielleicht nur geringfügigen Betrag zahlen. Es macht auch keinen Unterschied, ob mit einer unbestrittenen oder einer bestrittenen Forderung aufgerechnet wird. Im letzteren Falle ist es Sache des Auftragnehmers, sich seine von der Aufrechnungserklärung betroffene Forderung dadurch vorzubehalten, daß er der Aufrechnung widerspricht (BGH NJW 1977, 1294 f; Senatsurteil vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282, 283).

An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch für die in § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (1973) getroffene Neuregelung fest. Weder deren Wortlaut noch ihre

Entstehungsgeschichte lassen den Schluß zu, daß eine Aufrechnungserklärung nicht die Wirkung einer Schlußzahlung im Sinne dieser neuen Regelung haben könnte oder sollte. Diese Regelung verlöre vielmehr weitgehend ihren Sinn, wollte man eine derartige Gleichstellung nicht zulassen. Denn viele Kürzungen, welche die Auftraggeber an den Schlußrechnungen vornehmen, werden hergeleitet aus der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen, die der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer aus Vertragsverletzungen hat oder zu haben glaubt.

II.

Die Frist von 12 Werktagen des § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B (1973) lief am 18. Januar 1978 ab. Die am 19. Januar 1978 bewirkte Zustellung der Klage geschah also nicht mehr innerhalb dieser Frist. Davon geht auch die Revision aus. Sie meint aber, es komme nicht auf die Zustellung, sondern auf die Einreichung der Klage an, die noch innerhalb der Frist lag.

Das Berufungsgericht ist demgegenüber mit dem Landgericht Köln (Schäfer/Finnern Z 2.330.2 Bl. 24) der Auffassung, daß mit der erst am 19. Januar 1978 erfolgten Zustellung der schon am 11. Januar 1978 und damit noch innerhalb der Vorbehaltsfrist eingereichten Klage die bis zum 18. Januar 1978 laufende Vorbehaltsfrist nicht gewahrt worden sei. Hier sei eine Rückbeziehung im Sinne von § 270 Abs. 3 ZPO nF auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage nicht möglich,

weil diese Vorschrift nur dann anzuwenden sei, wenn eine Frist allein durch Klageerhebung gewahrt werden werden könne. In den Fällen des § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B (1973) könne der Auftraggeber die Frist jedoch schon durch mündliche Erklärung oder durch einfaches Schreiben wahren.

Das ist nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bislang nicht erörterte Frage, ob § 270 Abs. 3 ZPO auch für die Erklärung des Vorbehalts nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) Geltung hat, wird im Schrifttum überwiegend bejaht (Ingenstau/Korbion, 8. Aufl., § 16 VOB/B Rnd. 62; Hochstein, Anm. zu LG Köln, Schäfer/Finnern Z 2.330.2 Bl. 24 und zum BGH-Urteil vom 20. Dezember 1976, Schäfer/Finnern Z 2.330.2 Bl. 39; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 2. Aufl., § 16 Rdn. 96; Werner/Pastor, Bauprozeß, 3. Aufl., Rdn. 1093). Lediglich Jagenburg vertritt beiläufig in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Auffassung, daß § 270 Abs. 3 ZPO für die Vorbehaltserklärung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) keine Anwendung finde, weil diese ohne Mitwirkung des Gerichts erfolgen könne (Jagenburg, BauR 1975, 356, 357).

2. Der Meinung, daß § 270 Abs. 3 ZPO auch für die Vorbehaltserklärung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) gilt, gebührt der Vorzug. Daß diese Erklärung auch ohne Einschaltung des Gerichts wirksam hätte abgegeben werden können, steht dem nicht entgegen.

a) Aus der Entstehungsgeschichte des § 270 Abs. 3 ZPO läßt sich die Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Vorbehaltsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) nicht herleiten.

Der Wortlaut des § 270 Abs. 3 ZPO (261 b Abs. 3 ZPO aF) stimmt mit demjenigen des § 496 Abs. 3 ZPO aF überein, der im Zusammenhang mit der im Jahre 1909 erfolgten Einführung des Amtsbetriebes im amtsgerichtlichen Verfahren in die ZPO eingefügt wurde. In der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs war ausgeführt, da Zustellungen mit der Einführung des Amtsbetriebes der Einwirkung und insbesondere der Beschleunigung seitens der Parteien entzogen würden, habe dafür Sorge getragen werden müssen, daß "in den Fällen, in welchen die Zustellung zur Wahrung einer Frist oder zur Unterbrechung der Verjährung erforderlich ist, der Zeitraum, den die Ausführung der Zustellung nach der Einreichung oder Anbringung des Antrages oder der Erklärung durch die Partei noch in Anspruch nimmt, dieser nicht zum Nachteile gereiche" (Verhandlungen des Reichstages, Bd. 246 S. 4568). Nachdem der Amtsbetrieb auch für das landgerichtliche Verfahren eingeführt worden war, wurde im Jahre 1950 die bisher nur für die Amtsgerichte getroffene Regelung in § 261 b Abs. 3 ZPO auch für das landgerichtliche Verfahren übernommen (vgl. die amtliche Begründung der Vereinheitlichungsnovelle von 1950, BTDrucks. 1. Wahlperiode, Anl. 1 a der Drucks. Nr. 530). Diese Regelung hatte somit den Zweck, den Parteien, die bis dahin die Zustellungen im Prozeß selbst besorgten und deshalb deren Zeitpunkt zuverlässig selbst

bestimmen konnten, das von ihnen nicht mehr kalkulierbare Risiko einer Verspätung der amtlichen Zustellung abzunehmen, indem bestimmt wurde, daß die Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags bei Gericht zurückwirken sollte.

b) Unter Berücksichtigung dieser Entstehungsgeschichte des § 270 Abs. 3 ZPO wird teilweise im Schrifttum (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 37. Aufl., § 270 Anm. 4; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 261 b Rdn. C I b 4; für die ältere Literatur Förster/Kann, ZPO, 3. Aufl., § 496 Anm. 4 b; § 207 Anm. 2 b; a.A. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 496 Anm. 6; für die ältere Literatur Skonietzki/Gelpcke, ZPO, § 207 Anm. 4), vor allem aber in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts die Meinung vertreten, die in § 270 Abs. 3 ZPO vorgesehene Rückwirkung der Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage gelte nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift nur für die Fälle, in denen eine Frist lediglich durch Klageerhebung gewahrt werden könne (BGH NJW 1975, 39, 40; BGH Urteil vom 10. Februar 1971 - VIII ZR 208/69 = LM § 125 BGB Nr. 32; BAG AP § 496 ZPO Nr. 3; BAG AP § 345 ZPO Nr. 4; BAG AP § 496 ZPO Nr. 4).

Ob an dieser Auffassung in so allgemeiner Form festzuhalten ist, kann dahinstehen. Der Grundsatz, daß § 270 Abs. 3 ZPO nur dann Anwendung findet, wenn zur Fristwahrung die Einschaltung des Gerichts unumgänglich ist, kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn die

gesetzliche oder vertragliche Regelung, aus der sich die zu wahrende Frist ergibt, einer derart eingeschränkten Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO entgegensteht.

So hat der erkennende Senat die Auffassung vertreten, die Dreimonatsfrist für die Geltendmachung des Anspruchs aus § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB sei gemäß § 261 b Abs. 3 ZPO aF gewahrt, wenn die Klage innerhalb dieser Frist eingereicht werde, die Zustellung aber erst nach Ablauf dieser Frist erfolge. Daß dieser Anspruch auch außergerichtlich durch ein einfaches Schreiben wirksam hätte geltend gemacht werden können, ändere daran nichts. Nach § 89 b Abs. 4 Satz 2 HGB sei dem Gläubiger ausdrücklich die Möglichkeit gegeben, seinen Anspruch wahlweise gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen. Es müsse ihm deshalb auch die in § 261 b Abs. 3 ZPO enthaltene Regelung zugute kommen, wenn er die Form der gerichtlichen Geltendmachung wähle. Es sei nämlich nicht einzusehen, daß es ihm in diesem Falle, der im allgemeinen sogar geeignet sei, schneller zum Ziel zu führen, zum Nachteil ausschlagen solle, wenn die Klage aus Gründen, die er nicht zu vertreten habe, erst nach Ablauf der Frist zugestellt werde (BGHZ 53, 332, 338).

Umgekehrt hat das Bundesarbeitsgericht unter Hinweis auf diese Entscheidung des Senats wesentlich darauf abgehoben, daß bei der fristgerechten Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis jedenfalls deshalb etwas anderes gelten müsse, weil es dem Gläubiger

in diesem Falle nach dem Sinn und Zweck der tarifvertraglichen Regelung gerade nicht freistehe, ob er seine Ansprüche durch einfaches Schreiben oder durch Erhebung der Klage geltend mache. Beide Formen stünden hier nicht gleichberechtigt nebeneinander. Der Gläubiger müsse vielmehr zweistufig vorgehen. Er sei zunächst gehalten, den Antrag schriftlich geltend zu machen; erst wenn dies erfolglos bleibe, sei Klage geboten. Es sei deshalb unangebracht, dem Gläubiger, der unter Mißachtung dieser Reihenfolge unmittelbar Klage erhebe, über § 270 Abs. 3 ZPO das Risiko des verspäteten Zugangs der Klage beim Schuldner abzunehmen (BAG AP 496 ZPO Nr. 4).

3. Sinn und Zweck der in § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) getroffenen Regelung erfordern die Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO, wenn der Vorbehalt durch eine innerhalb der Frist von 12 Werktagen eingereichte, dem Auftraggeber aber erst nach Ablauf dieser Frist zugestellte Klage erklärt wird.

a) Vom Auftragnehmer verlangt § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) mit dem Ziel, schnell Klarheit und Rechtsfrieden zu schaffen, daß er sich nach der Schlußzahlung seine Forderungen alsbald durch Erklärung gegenüber dem Auftraggeber vorbehält und den Vorbehalt gegebenenfalls anschließend noch begründet. Tut der Auftragnehmer dies nicht, so werden seine Forderungen undurchsetzbar. Angesichts dieser einschneidenden Folgen ist die in § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) getroffene Regelung deshalb, wie der Senat schon mehrfach betont hat, mit Zurückhaltung anzuwenden (BGH NJW 1965, 536; BGH NJW 1970, 706, 707; BGHZ 62, 15, 18). Die Interessenlage, die

zu einer zurückhaltenden Anwendung dieser Vertragsbestimmung nötigt, gebietet auch die Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO, wenn der Auftragnehmer den Vorbehalt in einer Klageschrift erklärt hat, die innerhalb der Vorbehaltsfrist bei Gericht eingereicht, aber erst nach deren Ablauf dem Auftraggeber zugestellt worden ist.

Macht der Auftragnehmer, wie im vorliegenden Fall der Kläger, seine Ansprüche klageweise geltend, so hat er mit der Anrufung des Gerichts aus seiner Sicht das Erforderliche getan, um dem Auftraggeber in der nachdrücklichsten Weise vor Augen zu führen, daß er gegen diesen noch Forderungen erhebt. Tut er dies innerhalb der sehr kurzen Vorbehaltsfrist nach der Schlußzahlung, so ist damit dem in § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) verfolgten Zweck genügt, alsbald Klarheit und Rechtsfrieden zu schaffen. Da die Zustellung nach § 270 Abs. 3 ZPO demnächst erfolgt sein muß, ist die Gewähr dafür gegeben, daß der Auftraggeber in angemessener Zeit von dem Vorbehalt erfährt. Nichts spricht dafür, daß nach der VOB für den Vorbehalt nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 der Weg des § 270 Abs. 3 ZPO verschlossen sein sollte. Die gerichtliche Geltendmachung ist vielmehr die stärkste Verwirklichung des Vorbehalts (BGHZ 68, 38, 41).

b) Hinzu kommt, daß durch die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung die weitergehenden Ansprüche des Auftragnehmers nicht erlöschen; es fehlt ihnen lediglich die Durchsetzbarkeit, wenn der Auftraggeber die Einrede der vorbehaltlosen Schlußzahlung erhebt (BGHZ 62, 15).

Die Rechtslage entspricht damit derjenigen, die besteht, wenn die Einrede der Verjährung erhoben wird. Diese Gleichartigkeit der Rechtslage rechtfertigt die Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO auf die Vorbehaltserklärung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973).

Nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (1973) wird die Verjährung der Mängelbeseitigungsansprüche des Auftraggebers über die im BGB getroffene Regelung hinaus bereits durch die schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung unterbrochen. Der Auftraggeber kann danach bei Geltung der VOB die Verjährung dieser Ansprüche auf zweierlei Weise bewirken. Er kann schriftlich Mängelbeseitigung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (1973) verlangen oder - nach den allgemeinen Regeln - Klage erheben; im letzteren Falle tritt die Unterbrechung der Verjährung nach § 209 BGB ein, wobei § 270 Abs. 3 ZPO nach seinem Wortlaut ohne weiteres Anwendung findet.

Für die Fälle der Vorbehaltserklärung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) kann nichts anderes gelten. Angesichts der Gleichartigkeit der Einrede der Verjährung und der Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung wäre es unverständlich, wollte man § 270 Abs. 3 ZPO nur bezüglich der Verjährung der Mängelbeseitigungsansprüche zugunsten des Auftraggebers anwenden, nicht aber zugunsten des Auftragnehmers, wenn es um den Vorbehalt seiner weiteren Werklohnansprüche geht.

Der Senat hat auch sonst die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung wie die Einrede der Verjährung behandelt (vgl. BGH NJW 1978, 1485 für den Verzicht auf die Einrede). Soweit das nicht geschehen ist, wie bei der Streitverkündung (BGHZ 68, 368, 371), liegt der Grund darin, daß nicht jede die Verjährung unterbrechende Rechtshandlung ihrem Inhalt nach den an einen Vorbehalt zu stellenden Anforderungen genügt.

III.

Nach allem können die Beklagten dem Kläger die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung nicht entgegensetzen.

Das Urteil des Berufungsgerichts kann somit keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Das Berufungsgericht

wird nun zu klären haben, ob dem Kläger die beanspruchte Zahlung von 27.477,79 DM zusteht.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Obenhaus