

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 87/78

URTEIL

Verkündet am
5. April 1979
Henco,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Ernst K [REDACTED], Bauunternehmung, Im S [REDACTED],
Bad M [REDACTED]-H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

1. die Firma H ö [REDACTED] GmbH & Co KG, F [REDACTED] str. [REDACTED],
D [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich haftende
Gesellschafterin, die Beklagte zu 2,

2. die Firma Arnold K u [REDACTED] Baugesellschaft mbH,
F [REDACTED] straße [REDACTED], D [REDACTED], vertreten durch ihre
Geschäftsführer Dr. Fr [REDACTED] und T [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

1

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg vom 14. Februar 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führte in den Jahren 1973/74 als Nachunternehmerin der Beklagten zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, Bauarbeiten in Kö[REDACTED] und Mo[REDACTED] durch. Die Geltung der VOB/B (1952) ist vereinbart.

Die Klägerin erteilte über ihre Leistungen am 1. Bauabschnitt in Kö[REDACTED] Rechnung vom 28. Dezember 1973, welche die Beklagte zu 1 bis auf einen Restbetrag von 17.095,45 DM beglich. Mit Schreiben vom 8. November 1974 teilte diese mit, die Klägerin sei unter Berücksichtigung von Abzügen (wegen Mängel) für beide Bauvorhaben bereits

überzahlt; die letzte Zahlung in Höhe von 30.000 DM (Scheck vom 22.7.1974) sei als Schlußzahlung für beide Bauvorhaben anzusehen.

In einem Vorprozeß forderte die Klägerin den Restbetrag aus ihrer Rechnung vom 28. Dezember 1973. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen, weil die Klägerin die Schlußzahlung der Beklagten vorbehaltlos angenommen habe (§ 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B). Noch während des Vorprozesses erteilte die Klägerin am 4. Oktober 1976 die Rechnung Nr. 64/76 über ihre Leistungen am 2. Bauabschnitt in Königsdorf (98.554 DM) und die Rechnung Nr. 65/76 über ihre Arbeiten in Monheim (68.938,59 DM). Die Beklagte zu 1 verweigerte die Zahlung unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 8. November 1974.

Die Klägerin hat 167.492,59 DM nebst Zinsen gegen beide Beklagten eingeklagt. Das Landgericht hat auch diese Klage wegen vorbehaltloser Annahme der Schlußzahlung abgewiesen.

Mit der - angenommenen - Sprungrevision, in die die Beklagten eingewilligt haben, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Landgericht ist der Ansicht, die Klägerin sei gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) mit der Klageforderung ausgeschlossen, weil die Beklagte zu 1 (im folgenden: die Beklagte) weitere Zahlungen mit Schreiben vom 8. No-



vember 1974 endgültig abgelehnt und die Klägerin sich ihre Forderung nicht fristgemäß vorbehalten habe.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Zwar geht das Landgericht zutreffend davon aus, daß bereits unter der Geltung der VOB/B (1952), welche keine entsprechende Bestimmung enthält, die endgültige Ablehnung weiterer Zahlungen durch den Auftraggeber seiner Schlußzahlung gleich steht, so daß eine vorbehaltlose Hinnahme der Zahlungsverweigerung durch den Auftragnehmer Nachforderungen ausschließt (BGH NJW 1972, 51; 1977, 1294, 1295). Das Landgericht übersieht jedoch, daß eine mit der Ausschlußwirkung des § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B 1952 verbundene Schlußzahlung die vorherige Erteilung einer Schlußrechnung gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B voraussetzt (BGH NJW 1975, 1833).

Erst mit der Erteilung seiner Schlußrechnung gibt der Auftragnehmer dem Auftraggeber zu erkennen, welchen Werklohn er insgesamt für seine Leistung fordert. Solange der Auftragnehmer die Höhe seiner Werklohnforderung noch nicht endgültig errechnet und dem Auftraggeber mitgeteilt hat, hat er an diesen noch keine Forderung gestellt, zu der dieser durch Schlußzahlung oder der Schlußzahlung gleichstehende Zahlungsverweigerung Stellung nehmen könnte. Deshalb kann in einem solchen Fall auch die aus der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung herzuleitende Ausschlußwirkung nicht eintreten.

Folgte man der Auffassung des Landgerichts, so würde eine Mitteilung des Auftraggebers, er werde nichts mehr zahlen, den Auftragnehmer nötigen, zur Wahrung seiner

Rechte alsbald einen Vorbehalt gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) zu erklären. Das hätte aber zur Folge, daß er binnen 12 Tagen nach Empfang der Mitteilung die prüfbare Schlußrechnung einreichen oder - wenn das nicht möglich wäre - den Vorbehalt eingehend begründen müßte (§ 16 Nr. 2 Abs. 3 VOB/B (1952)). Damit geriete der Auftragnehmer in eine unzumutbare Zwangslage. In einem solchen Fall ist der Auftraggeber nach § 14 Nr. 4 VOB/B nur befugt, selbst die prüfbare Rechnung aufzustellen.

Der Auftraggeber ist zwar nicht gehindert, bereits vor Erhalt der Schlußrechnung zu erklären, er werde, etwa wegen Werkmängel, nichts mehr zahlen. Eine solche vor Erteilung der Schlußrechnung erklärte Zahlungsverweigerung steht jedoch einer Schlußzahlung im Sinne des § 16 Nr. 2 VOB/B 1952 nicht gleich.

2. Das Landgericht geht davon aus, daß es sich bei den der Klage zugrunde liegenden Rechnungen vom 4. Oktober 1976 um die Schlußrechnungen der Klägerin für den 2. Bauabschnitt in Königsdorf und für Monheim handelt.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Die in der Revisionserwiderung vorgetragene Ansicht der Beklagten, es handele sich um nachgeschobene Schlußrechnungen, findet im unstreitigen Sachverhalt keine Stütze. In dem Schreiben der Klägerin vom 31. Juli 1974 (GA 45), das die Beklagten als Schlußrechnung behandelt haben wollen, ist ausdrücklich unterschieden zwischen der "Schlußrechnung" 1973 über die Baustelle Königsdorf (d.h. den 1. Bauabschnitt), einer weiteren Rechnung Nr. 37/74 für Königsdorf und einem Betrag für die Baustelle Monheim. In dem

1

Schreiben geht es allein um den Vorschlag der Beklagten, den gesamten Restwerklohn mit 93.000 DM abzugelten (im Schreiben vom 29. Juli 1974 - GA 44). Zur Begründung ihrer Ablehnung hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 31. Juli 1974 überschlägig errechnet, daß ihr noch etwa 200.000 DM zustünden. Eine prüfbare Schlußrechnung ist dieses Schreiben nicht. Die darin erwähnten Rechnungen für den 2. Bauabschnitt in Königsdorf und für Monheim dienten nur der Anforderung von Abschlagszahlungen, wie auch die Beklagten nicht in Frage gestellt haben.

3. Nach alledem ist die Klägerin mit ihrer Restwerklohnforderung nicht gemäß § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) ausgeschlossen.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landgericht zurückzuweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Doerry