

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 16 C, D; BGB § 212

- a) Auch wenn der Auftragnehmer (nur) eine nicht prüfbare Schlußrechnung erteilt hat, kann der Auftraggeber mit den sich aus § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) ergebenden Folgen Schlußzahlung leisten oder endgültig weitere Zahlungen ablehnen.
- b) Der mit Erhebung einer Klage oder Zustellung eines Mahnbescheids rechtzeitig erklärte Vorbehalt verliert seine Wirkung nicht, wenn später die Klage zurückgenommen wird.

BGH, Urt. v. 22. Januar 1987 - VII ZR 96/85 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

2

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 96/85

Verkündet am:
22. Januar 1987
Henco,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Installateurmeisters Paul M. [REDACTED], O. [REDACTED] Straße [REDACTED],
Köln 91,

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma H. [REDACTED], Aktiengesellschaft für Hoch- und Tief-
bauten, vertreten durch ihren Vorstand, N. [REDACTED] Straße [REDACTED],
K. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WI

2

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Dezember 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 321.635,77 DM nebst 7,5 v.H. Zinsen seit dem 1. Oktober 1976 abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Kläger verfolgt eine gegen die Beklagte gerichtete Restwerklohnforderung der Firma S., die er pfänden und sich zur Einziehung überweisen ließ.

Die Beklagte hatte die Firma S. aufgrund deren Angebotes vom 4. März 1975 am 11. April 1975 mit der Ausführung sämtlicher Armierungsarbeiten für den Bau des Kernkraftwerks M.-K. beauftragt. Dabei wurde die Geltung der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der Beklagten vereinbart, die ihrerseits u.a. die VOB/B zum Vertragsbestandteil erklären.

Die Firma S. hatte erst einen Teil dieser Arbeiten ausgeführt, als sie am 31. März 1976 die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen beantragte. Daraufhin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 9. April 1976 den Vertrag mit der Firma S. und bat, die ausgeführten Leistungen unverzüglich abzurechnen sowie eine prüfbare Rechnung vorzulegen. Zugleich kündigte sie an, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Die Beklagte ließ dann die restlichen Armierungsarbeiten von einem anderen Unternehmen durchführen. Im Juni 1976 erhielt sie verschiedene rückdatierte Teilschlußrechnungen der Firma S., mit denen alle ausgeführten Arbeiten abgerechnet wurden. Danach standen noch rd. 320.000 DM offen. Mit Schreiben vom 14. Juni 1976 bestätigte die Beklagte den Eingang der Rechnungen der Firma S. vom 31. März 1976 und teilte mit, die abschließende Prüfung werde noch einige Zeit in Anspruch nehmen, danach werde eine Abrechnung erstellt, wobei sich jedoch kaum ein Guthaben der Firma S. ergeben werde.

Am 15. Juni 1976 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Firma S. eröffnet. Mit Schreiben vom 5. Juli 1976 teilte die Beklagte dem Konkursverwalter unter Übersendung einer an die Firma S. gerichteten Rechnung vom selben Tage die Mehrkosten mit, die durch die Nichterfüllung des Vertrages entstanden seien; die Rechnung - Nr. [REDACTED] - endet mit einer Gesamtsumme von 1.153.162,25 DM. Mit Schreiben vom 23. August 1976 meldete die Beklagte beim Konkursgericht eine Forderung in Höhe von 842.240,66 DM unter Bezugnahme auf die Rechnung Nr. 3127 an.

Auf sein Mahngesuch vom 2. September 1976 erwirkte der Konkursverwalter gegen die Beklagte am 28. September 1976 einen der Beklagten am 4. Oktober 1976 zugestellten Zahlungsbefehl über 321.635,77 DM nebst Zinsen. Aus der Anlage zum Zahlungsbefehl ist ersichtlich, daß sich die Forderungssumme aus den 4 Teilbeträgen der Rechnungen der Firma S. an die Beklagte Nr. [REDACTED]-[REDACTED]/[REDACTED]/[REDACTED], sowie [REDACTED]/[REDACTED]/[REDACTED] ergibt. Mit an den Konkursverwalter gerichteten Schreiben vom 9. November 1976 sowie vom 2. Dezember 1976 verdeutlichte die Beklagte nochmals ihren Standpunkt, zeigte sich aber auch vergleichsbereit. Gegen den Zahlungsbefehl hatte die Beklagte Widerspruch eingelegt. In dem danach an das Landgericht Köln verwiesenen Rechtsstreit hat der Konkursverwalter mit Schriftsatz vom 13. September 1977 die Klage zurückgenommen. Mit Beschluß vom 11. November 1977 hob das Amtsgericht Köln das Konkursverfahren über das Vermögen der Firma S. auf.

Der vorliegende Rechtsstreit wurde eingeleitet durch einen auf Antrag des Klägers vom 30. Dezember 1978 er-

lassenen Mahnbescheid vom 9. Februar 1979 über eine Gesamtsumme von 452.459,59 DM nebst Zinsen. Nach dem am 8. März 1979 eingegangenen Widerspruch der Beklagten wurde das Verfahren zunächst nicht weiter betrieben. Erst mit Schriftsatz vom 30. Dezember 1982 nahm der Kläger das ruhende Verfahren auf und bat um Terminsbestimmung.

Der Kläger fordert von der Beklagten Bezahlung folgender Rechnungen der Firma S.:

Rechnung Nr. ■/■/■ ("9. Teilschlußrechnung") vom 31. März 1976	247.815,15 DM
Rechnung Nr. ■/■/■ vom 31. März 1976	10.362,96 DM
Rechnung Nr. ■/■/■ vom 31. März 1976	36.399,84 DM

Weiterhin verlangt der Kläger Begleichung von geltend gemachten Forderungen der Firma S.:

für behauptete Überlassung von Bindendraht und Kleinwerkzeugen	1.615,45 DM
	2.833,28 DM
sowie für die behauptete Verlegung von ca. 41 t Eisen durch die Firma S. am 1. April 1976	20.153,64 DM.

Außerdem verlangt er eine weitere Erschwerniszulage in Höhe von	<u>138.695,04 DM</u>
	457.875,36 DM

Er erkennt eine Gegenforderung der Beklagten gegen die Firma S. in Höhe von	<u>5.915,41 DM</u>
an und fordert somit insgesamt	451.959,95 DM
	=====

Hilfsweise verlangt er die Begleichung der "6. Teilschlußrechnung" der Firma S. vom 18. Februar 1976
- ■/■/■ - in Höhe von 27.057,82 DM.

Die Beklagte bestreitet die Höhe der Klageforderung und erhebt die Einrede der Schlußzahlung. Sie wertet schon das Schreiben vom 05. Juli 1976, jedenfalls aber die Anmeldung ihrer Forderung zur Konkurstabelle als Schlußzahlungserklärung. Vorsorglich hat sie auch die Einrede der Verjährung erhoben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage im Hinblick auf den Schlußzahlungseinwand der Beklagten abgewiesen. Mit seiner Revision hat der Kläger seine zweitinstanzlichen Anträge zunächst voll weiterverfolgt.

Mit Beschluß vom 9. Oktober 1986 hat der Senat die Revision jedoch nur im Kostenpunkt und insoweit angenommen, als die Klage in Höhe von 321.635,77 DM nebst 7,5 v.H. Zinsen seit dem 1. Oktober 1976 abgewiesen worden ist. Soweit das Berufungsgericht wegen eines Betrages von (451.959,95 DM - 321.635,77 DM =) 130.324,18 DM (nebst Zinsen) die Klage abgewiesen hat, ist die Revision nicht angenommen worden.

In Höhe des angenommenen Teils der Revision verfolgt der Kläger sein Rechtsmittel weiter, während die Beklagte insoweit um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht erachtet den Schlußzahlungseinwand der Beklagten nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) für begründet. Es wertet im Zusammenhang mit dem Schreiben der Beklagten vom 5. Juli 1976, das auf die Rechnung über entstandene Mehrkosten in Höhe von über 1,15 Mio. DM verweist, die mit der Anmeldung der Forderung der Beklagten von 842.240,66 DM zur Konkurstabelle am 23. August 1976 schlüssig erklärte Aufrechnung gegen Forderungen der Firma S. als Schlußzahlung. Aufgrund der gesamten Umstände sei für die Firma S. und den Konkursverwalter erkennbar gewesen, daß die Beklagte am 23. August 1976 eine bestehende Restschuld habe tilgen und weitere Zahlungen nicht mehr leisten wollen. Aus der Sicht des Konkursverwalters habe ihr Verhalten bei einer verständigen, an der beiderseitigen Interessenlage orientierten Betrachtungsweise den Willen zum Ausdruck gebracht, zunächst wegen der ihr durch die Beauftragung eines anderen Unternehmens entstandenen Mehrkosten gegen die Restwerklohnforderung der Firma S. aufrechnen zu wollen, um nicht auch wegen dieses Teils ihrer Forderung nur Befriedigung in Höhe einer möglicherweise geringen Konkursquote zu erlangen. Der Konkursverwalter habe durch die gerichtliche Geltendmachung der Restwerklohnforderung der Firma S. gegenüber der Beklagten gezeigt, daß er die Konkursanmeldung auch als Schlußzahlungserklärung aufgefaßt habe. Andererseits habe der vom Konkursverwalter erwirkte Zahlungsbefehl die Schlußzahlungseinrede letztlich nicht zu beseitigen vermocht. Zwar könne ein Vorbehalt auch in Form eines Mahngesuchs erklärt werden. Die Wirkungen des so erklärten Vorbehalts seien hier jedoch durch die Klagerücknahme vom 13. September 1977 entfallen.

Die Klagerücknahme habe in entsprechender Anwendung des § 212 Abs. 1 BGB zur Folge, daß der Vorbehalt als nicht erhoben gelte.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg. Die Beklagte kann sich in Höhe des der Annahme der Revision zugrunde liegenden Teilbetrags von 321.635,77 DM aus dem Restwerklohnanspruch nicht auf die "Ausschluß"wirkung nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (1973) berufen. Denn gegenüber der wirksamen Schlußzahlung ist ein Vorbehalt erklärt worden, der in diesem Umfange seine Wirkung auch nicht verloren hat.

I.

§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (1973), wonach die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung Nachforderungen "ausschließt", verstößt nicht gegen § 10 Nr. 5 AGBG und hält der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand, wenn - wie im vorliegenden Fall - die VOB/B ohne Einschränkungen Vertragsbestandteil geworden ist (BGHZ 86, 135). Daran ist festzuhalten, auch wenn diese Regelung im Schrifttum zum Teil als "die wohl bedenklichste Vorschrift der VOB/B" bezeichnet wird (so Peters NJW 1983, 798; Heiermann NJW 1984, 2489). Der Senat hat allerdings in ständiger Rechtsprechung darauf hingewiesen, daß § 16 Nr. 3 VOB/B (1973/1979), der im wesentlichen der Vorschrift des § 16 Nr. 2 VOB/B (1952) entspricht, wegen der einschneidenden Folgen zurückhaltend auszulegen ist (zuletzt Senatsurteil NJW 1986, 2050, 2051). Zweck der Regelung ist, Rechtsfrieden und Rechtsklarheit zwischen den Parteien zu schaffen (BGHZ 86, 135, 140

m.w.N.). § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B macht berechnete Forderungen aus formalen Gründen nicht mehr durchsetzbar (BGHZ 62, 15; Senatsurteil vom 24. März 1983 - VII ZR 329/81 - = BauR 1983, 476 = ZfBR 1983, 234). Deshalb dürfen beispielsweise an die Vorbehaltserklärung keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (Senat aaO). Die Regelung ist gleichwohl für den Auftragnehmer jedenfalls tragbar, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart worden ist, weil ihm dann auch Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen des Werkvertragsrechts zugute kommen, die allein seinem Vorteil dienen (vgl. etwa Senatsurteil BGHZ 96, 129).

II.

Zutreffend hat das Berufungsgericht eine Schlußzahlung der Beklagten im Sinne des § 16 Nr. 3 VOB/B angenommen.

1. Eine Schlußzahlung setzt eine Schlußrechnung voraus (Senatsurteile NJW 1975, 1833; NJW 1981, 1040 Nr. 8; 1984, 1757, jeweils m.w.N.).

Eine Schlußrechnung im Sinne des § 16 Nr. 3 VOB/B braucht nicht ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Es genügt, daß sie alle vom Auftragnehmer übernommenen und ausgeführten Arbeiten enthält, so daß sich eine weitere Rechnung erübrigt (Senatsurteil NJW 1975, 1701, 1702). Eine Schlußabrechnung kann auch so vorgenommen werden, daß die Werkleistung in mehreren Teilrechnungen erkennbar abschließend und umfassend abgerechnet wird (OLG Köln

MDR 1985, 496; Ingenstau/Korbion VOB, 10. Aufl., B § 16 Rdn. 36a; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 4. Aufl., B § 16 Rdn. 60). Würde man fordern, daß eine Schlußabrechnung immer in einer einzigen Rechnung zu erfolgen hätte, könnte sich ein Auftragnehmer durch Aufteilung in zwei oder mehrere Rechnungen ohne weiteres der Schlußzahlungseinrede des Auftraggebers entziehen. Dafür besteht nach der Interessenlage der Bauvertragsparteien kein rechtfertigender Grund.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erhielt die Beklagte mehrere rückdatierte Teilschlußrechnungen der Firma S., mit denen alle ausgeführten Arbeiten abgerechnet wurden und aus denen noch rd. 320.000 DM offen standen. Mit- hin ist von einer Schlußrechnung als Voraussetzung für eine Schlußzahlung auszugehen.

2. Zutreffend verneint das Berufungsgericht, daß es sich bei der Schlußrechnung um eine prüfbare Rechnung als notwendige Voraussetzung für den Schlußzahlungseinwand handeln muß.

a) Die Frage, ob die Schlußzahlungsregelung in § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B die Erteilung einer prüfbaren Schlußrechnung voraussetzt, hat der Bundesgerichtshof bisher noch nicht entschieden (so zutreffend Werner/Pastor, Der Bau- prozeß, 5. Aufl., Rdn. 1630; Heiermann NJW 1984, 2489, 2490 Fußn. 12; unzutreffend Hochstein in Schäfer/Finnern/Hoch- stein (S/F/H) Nr. 12 zu § 16 Ziff. 2 VOB/B (1952)). Zwar wird in dem von Hochstein behandelten Senatsurteil vom 5. April 1979 (- VII ZR 87/78 - = BauR 1979, 342

= ZfBR 1979, 159) ausgeführt, daß ein bestimmtes Schreiben des Auftragnehmers, in dem überschlägig eine Summe errechnet worden war, keine prüfbare Schlußrechnung darstelle. Damit wurde jedoch nicht zum Ausdruck gebracht, daß allgemein die Schlußrechnung als Voraussetzung für eine Schlußzahlung prüfbar im Sinne des § 14 Nr. 1 VOB/B sein muß. Vielmehr wurde in jenem Senatsurteil nur entschieden, daß eine vor Erteilung einer Schlußrechnung erklärte Zahlungsverweigerung einer Schlußzahlung nicht gleichsteht und daß die überschlägige Errechnung einer Summe keine prüfbare Schlußrechnung darstellt (vgl. im übrigen auch Senatsurteile vom 13. Februar 1975 - VII ZR 120/74 = BauR 1975, 282, 283 u. vom 22. November 1979 - VII ZR 298/78 = BauR 1980, 177, 178).

Einige Oberlandesgerichte (OLG Düsseldorf BauR 1982, 383; OLG Köln S/F/H Nr. 11 zu § 16 Nr. 3 VOB/B (1973) und ein Teil des Schrifttums (Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 54; Peters NJW 1983, 798, 799 Fußn. 9; Hochstein aaO u. in Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 4. Aufl., Rdn. 363) fordern das Vorliegen einer prüfbaren Schlußrechnung.

Demgegenüber ist der überwiegende Teil des Schrifttums der Meinung, daß auch eine nicht prüfbare Schlußrechnung die Wirkungen einer vorbehaltlosen Schlußzahlung auslösen kann (Werner/Pastor aaO Rdn. 1630, 1631; Kaiser BauR 1976, 232, 233; Leineweber BauR 1980, 303, 304; Heiermann NJW 1984, 2489, 2490 und in Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab aaO Rdn. 75; Tempel JuS 1979, 643, 644).

b) Der Senat folgt der überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung aus folgenden Gründen:

Gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 5 VOB/B (1973) wird ein fristgerecht vom Auftragnehmer gegenüber einer Schlußzahlung oder der ihr gleichstehenden Zahlungsverweigerung erklärter Vorbehalt hinfällig, wenn innerhalb von weiteren 24 Werktagen er nicht eingehend begründet oder eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht wird. Erst zur Begründung des Vorbehalts wird also eine prüfbare Rechnung gefordert. Daraus ist zu schließen, daß zunächst eine nicht notwendig prüfbare Rechnung als Schlußrechnung ausreicht, um eine wirksame Schlußzahlungserklärung des Auftraggebers zu ermöglichen. So hat der Senat auch entschieden, daß der Auftragnehmer, der bereits eine prüfbare Rechnung vorgelegt hat, nicht erneut eine Rechnung einreichen oder den Vorbehalt begründen muß (BGHZ 68, 38, 42; zuletzt Senatsurteil vom 20. Mai 1985 - VII ZR 324/83 - = BauR 1985, 576 = ZfBR 1985, 216 m.w.N.).

Der Senat hat ferner entschieden, daß die Fälligkeit einer Schlußrechnungsforderung die Erteilung einer prüfbaren Schlußrechnung sowie die Abnahme der Bauleistung durch den Bauherrn voraussetzt (BGHZ 79, 180; BGH NJW 1981, 1448). Für die Frage der Wirksamkeit der Schlußzahlung und deren vorbehaltlosen Annahme kommt es jedoch weder auf die Fälligkeit noch auf die Abnahme des Werkes und dann auch nicht auf die Prüfbarkeit der Schlußrechnung an.

Es wäre nicht sach- und interessengerecht, wenn der Auftragnehmer, der (nur) eine nicht prüfbare Schlußrechnung erteilt, gegenüber demjenigen, der eine prüfbare Schlußrechnung vorlegt, bevorzugt würde, indem er sich der Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung entziehen könnte,

obwohl er für die mangelnde Prüfbarkeit seiner Schlußrechnung selbst verantwortlich ist. Er könnte daraus Vorteil ziehen, daß er seine Verpflichtung aus § 14 VOB/B verletzt, grundsätzlich prüfbare Rechnungen zu erstellen. Demgegenüber erscheint der von der Gegenmeinung ins Feld geführte Gesichtspunkt, es bestehe für den Auftraggeber kein Bedürfnis, "darauf loszuzahlen", nur um die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung durch den Auftragnehmer zu erreichen (Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 54), nicht der Interessenlage angemessen. Es geht allein darum, daß der Auftraggeber, der seine Zahlung auf die in aller Regel vom Auftragnehmer selbst erstellte Schlußrechnung erbringt (der Ausnahmefall des § 14 Nr. 4 VOB/B kann hier außer Betracht bleiben), darauf vertrauen darf, nach vorbehaltloser Annahme seiner Schlußzahlung (serklärung) vor Nachforderungen des Auftragnehmers sicher zu sein. Die Schlußzahlungsregelung bezweckt, alsbald Rechtsfrieden und Rechtsklarheit zu schaffen (zuletzt Senatsurteil BauR 1985, 576 m.w.N. = ZfBR 1985, 216). Dieser Zweck darf nicht dadurch vereitelt werden, daß der Auftragnehmer nicht prüfbare Rechnungen ausstellt und damit die Schlußzahlungseinrede von vornherein nicht erhoben werden könnte. Nach alldem gibt die VOB/B dem Auftraggeber, wie im Schrifttum zutreffend hervorgehoben wird (Leineweber aaO, Werner/Pastor aaO), bei nicht prüfbaren Schlußrechnungen das Recht, über die fehlende Prüfbarkeit der Schlußrechnung hinwegzusehen, jedoch gleichwohl den Schlußzahlungseinwand zu erheben. Dies allein ist sach- und interessengerecht.

c) Nach dem insoweit unstreitigen Sachverhalt waren darüberhinaus aber hier die maßgeblichen Rechnungen sogar

prüfbar. Sie wurden auch geprüft, wie die Vermerke auf ihnen zeigen, und von den Parteien selbst bzw. den sonstigen Beteiligten (Firma S., Konkursverwalter) für prüfbar erachtet. Mindestvoraussetzung der Prüfbarkeit ist die Vorlage einer schriftlichen Rechnung (Weick in Nicklisch/Weick VOB § 14 Rdn. 5). Ferner fordert § 14 VOB/B Übersichtlichkeit der Rechnungen, wenn möglich Gleichschaltung der Rechnungen mit den Vertragsunterlagen, Beifügung von Belegen und gesonderte Abrechnung von Änderungen und Ergänzungen. Leitgedanke ist, die Kontrolle durch den Auftraggeber zu ermöglichen (Weick aaO Rdn. 7). Der Senat hat (vgl. NJW 1967, 342) schon früher verdeutlicht, daß ein Bauunternehmer gemäß § 14 VOB/B prüfbare Rechnungen, die von einem Architekten für den Bauherrn geprüft werden, nicht so auszugestalten braucht, daß sie auch ein sachkundiger Bauherr ohne weiteres prüfen kann. Entsprechendes gilt hier: Da die Beklagte als großes Bauunternehmen sachkundig ist, sind keine allzu hohen Anforderungen an die Prüfbarkeit der Rechnungen zu stellen. Die an die Prüfbarkeit einer Baurechnung zu stellenden Anforderungen dürfen ohnehin nicht überspannt werden. Aus der Tatsache, daß der Architekt ausweislich seiner Vermerke die Rechnungen geprüft hat, ist zu folgern, daß er diese auch für prüfbar gehalten hat (Senat aaO). So liegen die Dinge hier.

III.

Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte gegenüber dem richtigen Adressaten eine Schlußzahlung im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) vorgenommen hat.

1. Das Berufungsgericht würdigt dabei zutreffend die Gesamtumstände in ihrem Zusammenhang. Die isolierte Bewertung einzelner Schreiben wäre nicht sach- und interessen-gerecht.

Bei Erklärungen und Verhaltensweisen, die für § 16 Nr. 3 VOB/B von Bedeutung sind, kommt es nicht auf deren Einzelbetrachtung an, vielmehr sind bei der Würdigung der Erklärungen diese stets im Zusammenhang zu sehen (vgl. dazu auch Senatsurteil BauR 1983, 476, 477 = ZfBR 1983, 234). Danach haben die Tatrichter zu Recht das Schreiben der Beklagten vom 23. August 1976 an das Konkursgericht als Aufrechnungserklärung hinsichtlich der Gegenforderungen der Beklagten, wie sie sich aus ihrer Sicht anlässlich der Kündigung des Vertrages mit der Fa. S. als Mehrkosten ergaben, und damit als Schlußzahlungserklärung gewertet. Im Zusammenhang damit zu sehen ist hierbei insbesondere das vorangehende Schreiben der Beklagten vom 5. Juli 1976, mit dem unstreitig eine Rechnung wegen dieser Mehrkosten in Höhe von über 1,15 Mio. DM übersandt worden war. Danach konnte es sich objektiv und auch aus der Sicht des Konkursverwalters bei der Anmeldung einer Forderung von rund 840.000 DM nur um den Saldo zwischen dem von der Beklagten für berechtigt gehaltenen Restwerklohnanspruch der Firma S. und der eigenen Mehrkostenforderung handeln.

Zutreffend stellt das Berufungsgericht auch auf die Interessenlage der Parteien ab: Der Konkursverwalter konnte und mußte erkennen, daß es für die Beklagte allein sinnvoll und naheliegend war, zunächst aufzurechnen und nur den Restbetrag zur Konkurstabelle anzumelden, nämlich in der Erwartung, hieraus wohl ohnehin nur eine geringe Konkursquote zu erhalten.

2. Die Revision zieht nicht in Zweifel, daß die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus § 8 Nr. 2 VOB/B auch nach Eröffnung des Konkurses möglich war (Senatsurteile BGHZ 68, 379, 382 m.w.N.; 96, 34, 39). Nach ständiger Rechtsprechung des Senats steht eine Aufrechnungserklärung der Schlußzahlung gleich (BGHZ 68, 368, 369; 75, 307, 308; NJW 1977, 1294).

Die mit der Anmeldung einer Konkursforderung zur Tabelle beim Konkursgericht erklärte Aufrechnung wird auch dem zum Empfang der Erklärung zuständigen Konkursverwalter gegenüber vorgenommen (RGZ 56, 363, 364). Entsprechendes gilt, wenn mit der Aufrechnung zugleich eine Schlußzahlungserklärung im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B abgegeben wird. Eine Zahlungsverweigerung unter Bezugnahme auf zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen kann selbst dann einer Schlußzahlung gleichstehen, wenn die Gegenforderungen bestritten (BGHZ 68, 368, 369 m.N.), noch nicht ermittelt oder auch nicht begründet sind (zuletzt Senatsurteil BauR 1983, 476 = ZfBR 1983, 234 m.w.N.). Daher spielt es entgegen der Auffassung der Revision keine Rolle, daß die Höhe der Mehrkosten, deren Ersatz die Beklagte forderte, durch die Firma S. und dem Konkursverwalter bestritten worden war.

Freilich muß die endgültige Ablehnung weiterer Zahlungen für den Empfänger der Erklärungen unmißverständlich sein (Senatsurteile BGHZ 68, 368, 369; BGHZ 75, 307, 308; BauR 1983, 476 = ZfBR 1983, 234 m.w.N.). Das war hier der Fall. Der Konkursverwalter konnte - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei feststellt - nach den gesamten vorausge-

gangenen Umständen nicht der Auffassung sein, daß die angemeldete Forderung von 842.240,66 DM nur die unsaldierten Mehrkosten betreffen würde. Er hat denn auch durch den erwirkten Zahlungsbefehl rechtzeitig den Vorbehalt gegenüber der Schlußzahlungserklärung der Beklagten geltend gemacht (dazu im einzelnen nachstehend IV.).

3. Erfolgslos bleibt ferner der Versuch der Revision, aus einem Verhandlungsangebot der Beklagten im Schreiben vom 9. November 1976 herzuleiten, daß auch nach deren Ansicht zu jenem Zeitpunkt die Forderungen sich noch unaufgerechnet gegenübergestanden hätten. Im Bestreben doch noch eine gütliche Einigung zustande zu bringen, werden nicht selten auch bereits durch Aufrechnung erloschene oder im Hinblick auf Schlußzahlungen einwendungsbehaftete Forderungen als zumindest streitige Rechenpositionen der Abwicklung zugrunde gelegt, ohne daß deshalb bereits entstandene Rechtspositionen aufgegeben würden.

IV.

Der Konkursverwalter hat gegenüber der Schlußzahlung wirksam einen Vorbehalt erklärt, dessen Wirkungen später nicht weggefallen sind, soweit der mit der Revision jetzt noch weiterverfolgte Teil des Restwerklohnanspruchs inrede steht.

1. Rechtsfehlerfrei - und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen - sieht das Berufungsgericht in dem am 3. September 1976 eingereichten Mahngesuch des Konkursverwalters über 321.635,77 DM nebst Zinsen den Vor-

behalt gegenüber der Schlußzahlungserklärung der Beklagten vom 23. August 1976. Die gerichtliche Geltendmachung auch im Mahnverfahren ist die stärkste Verwirklichung eines Vorbehalts (Senatsurteil BGHZ 68, 38, 41).

2. Dieser Vorbehalt wurde rechtzeitig erklärt. Gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B ist der Vorbehalt innerhalb von 12 Werktagen nach Eingang der Schlußzahlung zu erklären. Die die Schlußzahlung enthaltende Anmeldung zur Konkurs-tabelle geschah mit Schreiben der Beklagten vom 23. August 1976. Der auf das am 3. September 1976 beim zuständigen Amtsgericht eingegangene Mahngesuch am 28. September 1976 erlassene Zahlungsbefehl ist der Beklagten am 4. Oktober 1976 und damit "demnächst" i.S. des § 693 Abs. 2 ZPO zuge-stellt worden (BGHZ 86, 313, 323; BGH NJW 1984, 242; Senats-urteil vom 11. Oktober 1984 - VII ZR 355/83 = WM 1985, 36, 37, jeweils m.w.N.). Das genügte (BGHZ 75, 307, 313).

3. Der Vorbehalt und die von ihm ausgelösten Wirkungen sind nicht weggefallen, soweit es um die noch weiterver-folgt 321.635,77 DM geht. Entgegen der Ansicht des Beru-fungsgerichts ließ die Klagerücknahme den Vorbehalt unbe-rührt.

a) Der Zweck der Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, Rechtsfrieden und Rechtsklarheit zwischen den Parteien zu schaffen, wird im Falle eines fristgerecht erklärten Vorbe-halts endgültig erreicht, denn der durch die Schlußrechnung über die streitige Forderung bereits hinreichend unter-richtete Auftraggeber weiß nun, daß der Auftragnehmer trotz seiner, des Auftraggebers, Einwendungen den Anspruch auf-

rechterhalten will. Ein einmal erklärter Vorbehalt braucht auch nicht erneuert oder bekräftigt zu werden (Senatsurteil NJW 1982, 1594 Nr. 12). Die VOB/B geht von einer Schlußzahlung und einem Vorbehalt aus und zieht eine mehrfache Vor- nahme dieser Vorgänge nicht in Betracht (so Ingenstau/ Korbion aaO, Rdn. 64 a.E.; Heiermann/Riedl/Rusam/ Schwaab aaO Rdn. 88).

Daraus folgt, daß der einmal erklärte Vorbehalt auch nicht ohne weiteres seine Wirkungen verliert. Allerdings wäre eine ausdrückliche Rücknahme des Vorbehalts oder ein nachträglicher Verzicht auf dessen Wirkungen ebenso möglich, wie umgekehrt der Auftraggeber auf die Rechtsfolgen des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) verzichten kann (Senatsurteil NJW 1978, 1485). Allein in der Klagerücknahme kann jedoch ein derartiger Verzicht auf den - wenn auch erst mit Klage- erhebung erklärten - Vorbehalt bzw. auf dessen Wirkungen nicht gesehen werden. Denn eine derartige Klagerücknahme kann aus den unterschiedlichsten Gründen geschehen und hindert die erneute Rechtsverfolgung grundsätzlich nicht.

Ein Verzicht auf einmal begründete Rechtspositionen ist nicht zu vermuten, sondern bedarf regelmäßig ausdrücklicher, jedenfalls eindeutiger Äußerungen. Wer eine Klage (nur) zurücknimmt, will damit gerade nicht auf den Klageanspruch verzichten, sonst könnte er dies ausdrücklich tun, was dann zu einem Verzichtsurteil (§ 306 ZPO) führen kann. Insbe- sondere will er nicht auf die künftige Durchsetzbarkeit seines Anspruchs und womöglich auf weitere Ansprüche ver- zichten. Hätte hier der Konkursverwalter nicht durch das Mahngesuch, sondern auf andere Weise rechtzeitig den Vorbe-

halt erklärt, danach Klage erhoben und diese später wieder zurückgenommen, so wäre damit noch deutlicher, daß die Klagerücknahme die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen im Sinne von § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nicht berührt.

b) Gewiße Parallelen zur Verjährung können (entgegen Berkenbrock BauR 1985, 633) eine entsprechende Anwendung des § 212 Abs. 1 BGB auf den einmal wirksam erklärten Vorbehalt gegenüber einer Schlußzahlung (serklärung) nicht rechtfertigen. Die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung führt nicht zum Erlöschen begründeter Forderungen des Auftragnehmers, sondern lediglich dazu, daß er sie - so als wäre die Forderung verjährt - nicht mehr durchsetzen kann. Bei Versäumnung des Vorbehalts finden manche Gesetzesbestimmungen über die Verjährung entsprechende Anwendung. Ähnlichkeiten in der Beurteilung der Verjährungseinrede zwingen jedoch nicht dazu, alle gesetzlichen Regelungen zur Verjährung, der Verjährungsfrist und deren Unterbrechung entsprechend auf den einmal wirksam erklärten Vorbehalt anzuwenden.

Vielmehr ist wiederum zu beachten, worauf der Senat wiederholt hingewiesen hat, daß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B mit Zurückhaltung auszulegen und anzuwenden ist, soweit diese Bestimmungen an die Versäumnung gewisser Handlungen einen Rechtsverlust knüpfen (Senatsurteile BGHZ 62, 15, 18; 75, 307, 313; NJW 1981, 1784, 1785; 1986, 2050, 2051). Gerade deshalb wird an die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung nicht das Erlöschen des Anspruchs geknüpft, sondern nur dessen Durchsetzbarkeit auf Einrede hin für ausgeschlossen erachtet. Daher hält der Senat dem Gläubiger des Anspruchs bei einer Verjährungseinrede günstige Vorschriften über-

wiegend für entsprechend anwendbar, so z.B. die §§ 222 Abs. 2 Satz 1, 223 Abs. 1, 390 Satz 2, 813 Abs. 1 Satz 2 BGB, 270 Abs. 3 ZPO (vgl. die Zusammenstellung im Senatsurteil NJW 1982, 2250, 2251). Soweit jedoch Vorschriften nicht passen, wie die Gleichstellung der Streitverkündung mit der Klageerhebung in § 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB, muß die entsprechende Anwendung unterbleiben (BGHZ 68, 368, 371; 75, 307, 314/315).

Die Interessenlage bei der Verjährung und bei dem Schlußzahlungseinwand ist zwar weitgehend, aber doch nicht in allen Punkten vergleichbar. Eben darum ist auch nicht die entsprechende Anwendung aller Verjährungsvorschriften auf die Schlußzahlungsregelung geboten. So hat der Senat schon in seiner Entscheidung BGHZ 62, 15, 18 hervorgehoben, daß insoweit, als es um die zurückhaltende Auslegung des § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B (1952) = § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) geht und um den in diesem Rahmen zu beachtenden Zweck, Rechtsklarheit und Rechtsfrieden zu schaffen, die Interessenlage derjenigen vergleichbar ist, die bei Verjährung einer Forderung besteht.

c) § 212 Abs. 1 BGB ist auf den Vorbehalt nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) nicht nur deswegen nicht entsprechend anzuwenden, weil dies der hier gegebenen Interessenlage widersprechen würde, sondern auch deshalb, weil es in einem anderen Punkt an der Vergleichbarkeit fehlt: Die §§ 211, 212 BGB betreffen die Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung und den Wegfall der Unterbrechungswirkung bei Klagerücknahme. Es geht also um den Einfluß gerichtlicher Geltendmachung auf die Verjährungs-

frist. Demgegenüber läuft nach wirksam erklärtem und nicht zurückgenommenem Vorbehalt - von dem hier nicht interessierenden Fall der Begründungspflicht nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 5 VOB/B abgesehen - keine weitere Vorbehaltsfrist, für deren Unterbrechung die entsprechende Anwendung des § 212 BGB erforderlich wäre. Die ursprüngliche Vorbehaltsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B, wird nicht etwa - wie dies das Berufungsgericht anklingen läßt - durch den Vorbehalt "unterbrochen". Ihre Funktion ist vielmehr erledigt, wenn während ihrer Dauer der Vorbehalt erklärt wurde.

Die Revisionserwiderung versucht vergeblich aus einer Entscheidung des OLG Frankfurt (BauR 1983, 372) den allgemeinen Satz abzuleiten, daß "schon das Nichtbetreiben eines Rechtsstreits der Vorbehaltswirkung entgegenstehe", und daß dies "erst recht dort gelten" müsse, "wo nicht nur ein Rechtsstreit nicht betrieben, sondern sogar beendet" werde. Dabei wird außer Acht gelassen, daß in jenem - besonders gelagerten - Falle mehr als acht Monate vor einer Schlußzahlungserklärung der Auftragnehmer einen Mahnbescheid nur über einen runden Teil seiner Werklohnforderung erwirkt und danach fast 2 Jahre lang den Rechtsstreit nicht weiter betrieben hatte, so daß jeder innere und zeitliche Zusammenhang zwischen Schlußzahlung, Vorbehalt und gerichtlicher Durchsetzung der Schlußrechnungsforderung fehlte. Hier ist dagegen der Vorbehalt nach der Schlußzahlung und zwar rechtzeitig erklärt worden.

4. Der wirksam erklärte Vorbehalt ist in Höhe des nur noch streitbefangenen Schlußrechnungsteilbetrages von

2
321.635,77 DM auch nicht nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 5 VOB/B
hinfällig geworden. Da die Schlußrechnung prüfbar war, be-
durfte es insoweit weder einer weiteren prüfbaren Rechnung
noch einer Begründung des Vorbehalts (ständige Recht-
sprechung des Senats, zuletzt = BauR 1985, 576 = ZfBR 1985,
216 m.w.N.).

Anders ist es, soweit die Revision nicht angenommen
worden ist. Das betraf - nicht in der prüfbaren Schlußrech-
nung enthaltene - Nachforderungen in Höhe von 130.324,18 DM
(nebst Zinsen). Insoweit ist innerhalb der Vorbehaltsbegrün-
dungsfrist weder eine prüfbare Rechnung nachgereicht noch
der Vorbehalt eingehend begründet worden. Bezüglich dieser
Nachforderungen ist der Vorbehalt deshalb hinfällig geworden
(§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 3-5 VOB/B).

V.

Nach alledem kann die Aberkennung des noch streitbe-
fangenen Teils des Restwerklohnanspruchs (321.635,77 DM
nebst Zinsen) nicht auf vorbehaltlose Annahme der Schluß-
zahlung gestützt werden. Das Berufungsurteil kann auch nicht
aus anderen Gründen aufrecht erhalten werden (§ 565 Abs. 3
Nr. 1 ZPO).

1. Insbesondere ist der noch anhängige Teil des Klage-
anspruchs nicht verjährt. Die Verjährungseinrede wurde zwar
in beiden Vorinstanzen erhoben. Sie greift jedoch nicht
durch.

a) Der Restwerklohnanspruch (Schlußzahlungsanspruch)
ist nach Kündigung des Werkvertrages und Erteilung der

unter dem 18. Februar und 31. März 1976 datierten Schlußrechnungen, die die Beklagte im Juni 1976 ausweislich der auf die Rechnungen gesetzten Vermerke geprüft und damit als prüfbar angesehen hat, noch im Jahre 1976 fällig geworden. Es gilt die vierjährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 1 a.E., 196 Abs. 2 BGB. Diese Frist hat mit Ablauf des 31. Dezember 1976 zu laufen begonnen (§ 201 Satz 1 BGB). Die vom Konkursverwalter am 4. Oktober 1976 bewirkte Zustellung des Zahlungsbefehls in der Mahnsache AG Köln 10 B 025895/76 hat schon deshalb den Lauf der Verjährungsfrist nicht gehindert, weil die Klage zurückgenommen und nicht innerhalb von 6 Monaten erneut erhoben worden ist (§ 212 BGB).

b) Die Verjährung wurde aber unterbrochen, als im vorliegenden Verfahren das Amtsgericht Köln den Mahnbescheid vom 9. Februar 1979 zugunsten des Klägers erließ, dem die Forderung der Fa. S. gegen die Beklagte nach Pfändung zur Einziehung überwiesen worden war (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Diese Unterbrechung endete allerdings schon mit dem Widerspruch der Beklagten vom 8. März 1979, weil das Verfahren nicht weiter betrieben wurde und damit in Stillstand geriet (§ 211 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die danach bis zum Ablauf des 8. März 1983 laufende neue Verjährungsfrist (§ 211 Abs. 2 Satz 2 BGB) ist jedoch rechtzeitig unterbrochen worden durch das Weiterbetreiben des Prozesses (§ 211 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Als solches "Weiterbetreiben" genügt jede zur Förderung des Prozesses bestimmte und nach objektiven, nicht zu engen Maßstäben geeignet erscheinende Handlung einer Partei (Senatsurteile BGHZ 55, 212, 216; 73, 8, 11, jeweils

m.w.N.). Ein fristgerechter Antrag auf Anberaumung eines Termins - wie hier der des Klägers vom 30. Dezember 1982 - reicht zwar für sich allein noch nicht aus. Vielmehr war auch die Einzahlung der zweiten Gerichtskostenhälfte erforderlich, so daß "demnächst" ein Verhandlungstermin bestimmt werden konnte. Dabei ist jedoch nach durchgeführtem Mahnverfahren und Abgabe an das Prozeßgericht ein rechtzeitiger Antrag auf Terminsbestimmung auch dann als eine den Prozeß weiterbetreibende Handlung anzusehen, wenn die fällige weitere halbe Prozeßgebühr zwar erst nach Ablauf der Verjährungsfrist aber noch so zeitig eingezahlt wird, daß "demnächst" ein Termin bestimmt werden kann (Senatsurteil BGHZ 55, 212, 216). Die für das Merkmal "demnächst" maßgebende angemessene Frist ist vom letzten Tag der Verjährungsfrist an zu rechnen (BGHZ 86, 313, 323; Senatsurteile NJW 1984, 242; WM 1985, 36, 37, jeweils m.w.N.). Hier waren bei Einzahlung der restlichen Gebühren am 15. März 1983 erst wenige Tage seit Ablauf der ursprünglich bis 8. März 1983 laufenden Verjährungsfrist verstrichen. Damit ist die Verjährung rechtzeitig unterbrochen worden.

2. Den sonstigen sachlichen Einwendungen der Beklagten gegen den noch streitbefangenen Teil des Klageanspruchs sind die Tatrichter - aus ihrer Sicht folgerichtig - bislang nicht nachgegangen. Es fehlen deshalb entsprechende Feststellungen, die schon jetzt zur vollen Abweisung der Klage führen könnten.

3. Das Berufungsurteil ist nach alledem im Umfange der Annahme der Revision aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Obenhaus

Walchshöfer

Quack