

VII ZR 24/61

Verkündet

am 5. Februar 1962

■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Beamten-Wohnungsgesellschaft mbH. in M ■, ■, 5, vertreten durch ihren Geschäftsführer
Direktor Dr. B ■,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

g e g e n

die Firma Anton W ■, Hoch- und Tiefbau
KG, R ■, Ra ■ Str. ■, vertreten durch
deren persönlich haftenden geschäftsführenden
Gesellschafter, Architekt Hermann W ■, R ■,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1962 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel,
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Karlsruhe vom 23. November 1960 wird zurückge-
wiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1949 bis 1954 für die Beklagte in R [REDACTED] und Baden-Baden mehrere Wohngebäude und Gaststätten (Bauvorhaben I - VIII) gebaut und hierfür zuletzt 753.200,08 DM Werklohn berechnet. Die Beklagte hat insgesamt 661.348,05 DM gezahlt.

Mit der Klage verlangt die Klägerin für die Bauvorhaben VII und VIII noch restliche 91.857,29 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat behauptet, sie habe für die Bauvorhaben I - VI bereits zu viel gezahlt; mit dem ihr daraus zustehenden Anspruch habe sie gegen die Forderungen der Klägerin aus den Bauvorhaben VII und VIII aufgerechnet; die Klägerin habe bei sämtlichen Bauten in betrügerischer Absicht Arbeiten doppelt berechnet und nicht ausgeführte Arbeiten in Rechnung gestellt; sie habe auch unrichtige Maße und andere als die vereinbarten Einheitspreise eingesetzt.

Die Klägerin hat diese Behauptungen bestritten. Darüber hinaus vertritt sie die Ansicht, daß die Beklagte durch ihre Zahlungen die Rechnungen über die Bauvorhaben I - VI anerkannt habe; diese hätten teilweise schon über 6 Jahre vorgelegen, bevor die Beklagte Einwendungen erhoben habe; das Recht, sie zu beanstanden, habe sie durch ihr Verhalten verwirkt.

- 3 -

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 91.852,03 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen, als das Landgericht sie zur Zahlung von 67.542,76 DM verurteilt hat.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist mit dem Landgericht der Ansicht, daß die Beklagte das Recht, die Rechnungen zu den Bauvorhaben I - VI noch zu beanstanden, verwirkt hat. Ob die Klägerin auch die von der Beklagten bei den Bauvorhaben VII und VIII bestrittenen Beträge von 18.000 DM und 6.309,27 DM beanspruchen kann, hat das Berufungsgericht noch nicht entschieden; unter Abzug dieser Beträge von den vom Landgericht der Klägerin zugesprochenen 91.852,03 DM hat es durch das mit der Revision angegriffene Teilurteil die Verurteilung der Beklagten in Höhe von 67.542,76 DM aufrecht erhalten.

II.

1. Das Berufungsgericht übernimmt die vom Landgericht getroffenen Feststellungen, die sich auf das Gutachten des Prof. Eichkorn stützen.



a) Danach hat die Klägerin die Schlußrechnungen zu den Bauvorhaben I - VI alsbald nach Fertigstellung der Bauten ausgestellt. Die Beklagte hat sie erhalten zum Bauvorhaben I bis 31. Januar 1951, zum Bauvorhaben II spätestens Ende Januar 1951, zu dem verschiedene Bauten umfassenden, sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Bauvorhaben III im wesentlichen bis 20. April 1950 - einige kleinere Rechnungen noch 1953 und 1954 -, zu dem Bauvorhaben V am 7. Dezember 1953 und zum Bauvorhaben VI Ende September 1953. Die Hauptrechnung zu dem im Frühjahr 1953 beendeten Bauvorhaben IV hat die Klägerin erst am 15. September 1953 geschickt, weil, wie das Landgericht feststellt, bei diesem Bauvorhaben eine einheitliche Planung der Beklagten gefehlt habe und umfangreiche Rechnungen hätten aufgestellt werden müssen.

b) Die Rechnungen waren nach der Auffassung der Vorinstanzen auch prüfungsfähig; die dazu erforderlichen Unterlagen waren ihnen beigelegt. Die Beklagte hat aber bis zum Jahre 1956 keine der Rechnungen beanstandet und zurückgeschickt, wie es sonst bei ihr üblich war. Sie hat vielmehr auf die Bauvorhaben I - VIII von 1948 - Januar 1955 über 660.000 DM an die Klägerin gezahlt. Erst als sie von der Klägerin anfangs 1956 gemahnt wurde, die noch offenstehenden Rechnungen über die Bauvorhaben VII und VIII zu begleichen, hat sie Rechnungen zu den Bauvorhaben I - VI beanstandet. Mängelrügen hat sie nicht erhoben.

2. Die Ansicht des Landgerichts und des Berufungsgerichts, die Beklagte habe damit das Recht verwirkt, die Rechnungen zu I - VI noch zu beanstanden, greift die Revision zu Unrecht an.

Wartet jemand mit der Geltendmachung eines Rechts so lange, daß er durch sein Schweigen beim Gegner das berechnigte Vertrauen erweckt, er werde das Recht nicht mehr ausüben, so kann der Gegner, wenn er später dennoch mit Ansprüchen hervortritt, ihm den Einwand der Verwirkung entgegenhalten, falls die verspätete Rechtsausübung nach dem das Verkehrsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben allgemein als illoyal empfunden wird. Der Zeitablauf allein genügt nicht. Es müssen noch Umstände hinzutreten, auf Grund deren die verspätete Rechtsausübung als treuwidrig anzusehen ist. Der Gegner muß bei objektiver Beurteilung der Sachlage dem Verhalten des Berechnigten zu Recht entnommen haben, daß dieser das Recht nicht mehr ausüben wolle, und er muß sich hierauf eingerichtet haben.

Diese in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs für den Verwirkungseinwand entwickelten Voraussetzungen (RGZ 155, 148, 151; BGHZ 25, 47, 52; LM Nr. 6 zu § 242 (Cc) BGB) haben die Vorinstanzen bei der Prüfung, ob die Beklagte das Recht zur Beanstandung der Rechnungen über die Bauvorhaben I - VI verwirkt hat, nicht verkannt.

a) Die Beklagte hat die Rechnungen für die in den Jahren 1949 bis 1954 ausgeführten Bauten alsbald nach deren Fertigstellung von der Klägerin erhalten. Ob sie die prüfungsfähigen Rechnungen sofort geprüft, aber nicht beanstandet hat oder ob sie, ohne die zahlreichen Rechnungen im einzelnen zu prüfen, der Klägerin insgesamt die die Rechnungsbeträge zu den Bauvorhaben I - VI übersteigenden Beträge von

mehr als 660.000 DM gezahlt hat, bleibt sich gleich. Von wesentlicher Bedeutung für den Einwand der Verwirkung ist, daß die Beklagte erstmals im Jahre 1956, als sie von der Klägerin an die Begleichung der Rechnungen zu VII und VIII gemahnt wurde, Rechnungen über die Bauvorhaben I - VI beanstandet hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe aus dem Umstand, daß die Beklagte die Rechnungen so lange unbeanstandet gelassen und fortlaufend darauf Zahlungen geleistet habe, entnehmen dürfen, die Beklagte wolle gegen die Rechnungen nichts einwenden, ist rechtlich unbedenklich.

Daß die Beklagte meistens keine bestimmten Rechnungen sondern runde Beträge bezahlt hat, schließt, entgegen der Meinung der Revision, diese Folgerung nicht aus. Zwar hat der Auftraggeber nach § 16 Ziff. 1 VOB (B) bei Vorlage prüfungsfähiger Aufstellungen entsprechend dem Fortschreiten der Arbeiten Abschlagszahlungen zu bewirken. Leistet er aber solche über Jahre hinweg auf eine Reihe von Bauvorhaben, und zwar in einem die Rechnungsbeträge übersteigenden Umfang, ohne die Rechnungen zu beanstanden, so ist dies ein wesentliches Anzeichen für den Vertragsgegner, daß er gegen die Rechnungen nichts einzuwenden hat.

b) Dem Beweisantritt der Beklagten im Berufungsverfahren (Schriftsatz vom 17. Januar 1959, S. 12), sie habe sich ihre Ansprüche ausdrücklich vorbehalten, brauchte das Berufungsgericht nicht zu entsprechen.

Seiner Meinung, ein solcher Vorbehalt wäre wirkungslos geworden, weil die Klägerin zwei bis fünf

Jahre lang davon keinen Gebrauch gemacht habe, kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Zum anderen ist das angeführte Beweiserbieten aber auch nicht schlüssig. Es enthält nichts darüber, wann, unter welchen Umständen, ob bei jedem Bauvorhaben und wem gegenüber die Beklagte sich vorbehalten haben will, die jahrelang zurückliegenden und bezahlten Rechnungen zu prüfen und zu beanstanden.

Demnach stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, daß das Berufungsgericht den Zeugen Bannert nicht vernommen hat.

c) Daraus, daß die Parteien viele Jahre lang geschäftliche Beziehungen unterhalten haben, mußte die Klägerin nicht, wie die Revision meint, schließen, die Beklagte dürfe sich das Recht vorbehalten, die bezahlten Rechnungen der umfangreichen, längst beendeten Bauvorhaben noch nach Jahren zu beanstanden.

d) Mit dem Bauvorhaben VII hat die Beklagte die Klägerin am 30. Januar 1953, mit dem Bauvorhaben VIII am 9. September 1953 beauftragt. Die Schlußrechnung zu VI hat die Beklagte Ende September 1953 erhalten. Die Angabe der Revision, die beiden letzten Bauvorhaben seien, lange bevor die Klägerin die Schlußrechnung VI geschickt habe, eingeleitet gewesen, trifft demnach nicht zu.

Daraus, daß die Beklagte die Aufträge VII und VIII schon vor Erstellung der Schlußrechnung VI erteilt hat, brauchte die Klägerin nicht zu entnehmen, die

Beklagte wolle zunächst noch die Bauvorhaben VII und VIII durchführen und erst dann die Rechnungen aus allen Vorhaben prüfen und beanstanden. Diese Auffassung könnte zutreffen, wenn die Klägerin in den Jahren 1949 - 1954 ein Bauwerk in mehreren Abschnitten ausgeführt hätte, für das die Gesamtrechnung noch offenstand; tatsächlich hat sie aber von 1949 bis 1954 an verschiedenen Orten selbständige Bauwerke errichtet, der Beklagten darüber getrennte Abrechnungen einschließlich der Schlußrechnungen geschickt und die Beklagte hat auf diese Rechnungen laufend und vorbehaltlos Zahlungen geleistet.

e) Die Klägerin müßte an sich das Bestehen ihrer Werklohnforderungen, soweit die Beklagte sie bestreitet, beweisen. Daß nach Ablauf vieler Jahre mangels eines gemeinsamen Aufmaßes der Klägerin die Beweisführung erheblich erschwert wäre und daß dies auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführen ist, hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen. Sein Hinweis, der Bauleiter und Architekt der Beklagten Hermann Trick, und der frühere Inhaber der Klägerin, Anton Weißbecher, seien inzwischen gestorben, stellt in diesem Zusammenhang keine sachfremde Erwägung dar. Es liegt auch auf der Hand, daß an den bewohnten Bauten heute das Aufmaß nicht mehr mit der Genauigkeit wie am Rohbau genommen werden kann. Die Revision kann der Klägerin ferner nicht entgegenhalten, sie habe nicht rechtzeitig zusammen mit der Beklagten das Aufmaß genommen; denn die Beklagte hat während der Baujahre nicht darauf hingewirkt.

f) Die Revision will die Folgen der Verwirkung allenfalls dahin beschränkt wissen, daß die Beklagte

die Berechnungen der Klägerin nur insoweit gegen sich gelten lassen müsse, als genaue Feststellungen nicht mehr zu treffen seien.

Auch dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Beklagte hat nicht nur das von der Klägerin "am Bau" genommene Aufmaß beanstandet. Sie hat im Rechtsstreit den Standpunkt vertreten, daß anhand der Pläne und Werkzeichnungen hätte aufgemessen werden müssen. Gerade ein solcher nachträglicher, für die Abrechnung grundlegender Einwand und auch die übrigen Beanstandungen bleiben der Beklagten als Folge der Verwirkung versagt.

g) Die Beklagte hatte im Berufungsverfahren beantragt, den damals erkrankten und vernehmungsunfähigen Inhaber der Klägerin eidlich darüber zu vernehmen, daß sie wiederholt den Geschäftsführer der Klägerin aufgefordert habe, die bis dahin erbrachten Leistungen insgesamt abzurechnen.

Das Berufungsgericht hat dem nicht entsprochen. Einmal seien, so führt es aus, nach dem Gutachten des Prof. Eichkorn die Rechnungen prüfungsfähig gewesen, die Beklagte habe sie aber erst im Jahre 1956 beanstandet. Zum andern habe sich Hermann W [REDACTED], als die Beklagte im Jahre 1956 Einwendungen erhoben habe, mit deren Techniker B [REDACTED] zusammengesetzt, um die Rechnungen durchzusprechen.

Mit dieser Begründung konnte das Berufungsgericht den Beweisantrag ablehnen. Die Beklagte hat ihr Beanstandungsrecht schon dadurch verloren, daß sie die prüfungsfähigen Rechnungen jahrelang unbeanstandet

ließ. Zudem war aber auch in dem Beweisantrag (Schriftsatz der Beklagten vom 17. Januar 1959 (S. 4)) nichts darüber gesagt, daß die Beklagte die Klägerin zu einem früheren Zeitpunkt als im Jahre 1956 zu einer Erörterung der Rechnungen aufgefordert haben will.

h) Die Revision vermißt zu Unrecht die Feststellung, daß sich die Klägerin darauf eingerichtet habe, die Beklagte werde die Rechnungen nicht mehr beanstanden.

Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, die Klägerin habe in der Annahme, daß die Beklagte gegen die Rechnungen keine Einwendungen zu erheben habe, ihre geschäftlichen Dispositionen getroffen und auf Grund der nach ihrer Meinung noch offen stehenden Forderungen für die Bauvorhaben VII und VIII einen Baukredit von 90.000 DM aufgenommen.

Letztere Feststellung ist zwar im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich wiederholt. Das ist aber unerheblich. Die Umstände, aus denen sich ergibt, daß sich der Gegner auf das Verhalten des Berechtigten eingerichtet hat, bedürfen zwar dann, wenn der Berechtigte ein Recht oder einen Anspruch nicht mehr soll geltend machen dürfen, der besonderen Feststellung. Handelt es sich dagegen, wie hier, darum, daß ein Bauherr ihm vor Jahren übersandte Rechnungen nicht beanstandet und laufend darauf Zahlungen geleistet hat, dann darf sich der Bauunternehmer nicht nur für befugt erachten, mit den gezahlten Beträgen zu verfahren, als ob sie ihm endgültig zuständen, sondern auch Kredite für die nach seiner Meinung noch unbezahlten Rechnungen aufnehmen.

4. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe eine Reihe von Umständen, die gegen eine Verwirkung des Rechts der Beklagten sprächen, die Rechnungen zu I - VI zu beanstanden, nicht oder nicht richtig gewürdigt (§ 286 ZPO).

a) Wann die Beklagte die einzelnen Rechnungen erhalten hat, ergibt sich, wie bereits erwähnt, aus den Feststellungen im landgerichtlichen Urteil, auf die das Berufungsgericht verweist.

b) Die laut Eingangsstempel der Beklagten im Jahre 1956 bei ihr eingegangenen Rechnungen sind Abschriften, die ihr die Klägerin teilweise sogar zum dritten Mal geschickt hat, weil die Beklagte die Urschriften nicht mehr finden konnte (Urteil des Landgerichts S. 13, 31).

c) Die Zeugin C [REDACTED], die bekunden sollte, daß die Schlußrechnungen bei Eingang mit dem Eingangsstempel der Beklagten versehen wurden, war, als sie am 27. September 1959 vor dem Landgericht vernommen werden sollte, krank. Die Beklagte hat sich später, insbesondere im Berufungsverfahren nicht mehr auf sie berufen. Das Berufungsgericht brauchte sie deshalb nicht zu vernehmen (BGHZ 35, 103, 106). Außerdem befinden sich, wie oben zu a) ausgeführt, die Eingangsstempel aus dem Jahre 1956 nur auf Zweit- und Dritt-schriften der Rechnungen.

d) Dem Antrag im Schriftsatz vom 21. März 1959 (S. 2 R), den Techniker B [REDACTED] darüber zu vernehmen, daß die Eingangsstempel auf den Rechnungen den

Eingangstag angeben, brauchte das Berufungsgericht aus denselben Gründen nicht stattzugeben.

e) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Rechnungen seien prüfungsfähig gewesen, beruht auf dem Gutachten des Prof. Eichkorn. Das teilweise eine andere Meinung vertretende, von der Beklagten vorgelegte Gutachten des Dipl.-Ing. Reidel vom 5. Dezember 1958 war nur als Parteivorbringen zu werten. Schon das Landgericht (Urteil S. 36) hat festgestellt, daß die zur Prüfung erforderlichen Massenberechnungen und Zeichnungen den Rechnungen beigelegt waren.

f) Der Inhaber der Klägerin hat sich im Jahre 1956 zu einer Erörterung der erst damals von der Beklagten erhobenen Beanstandungen bereit gefunden. Hierin brauchte das Berufungsgericht keinen Verzicht auf die Geltendmachung der bereits eingetretenen Verwirkung zu erblicken. Ebensowenig kann daraus gefolgert werden, daß der Klägerin heute noch eine Nachprüfung sämtlicher Rechnungen zuzumuten wäre.

Dem steht auch das Schreiben des von der Klägerin beauftragten Rechtsanwalts Blum vom 15. Mai 1956 nicht entgegen, in dem dieser vorschlug, die Parteien sollten nach Klärung der Rechtslage die Rechnungen abstimmen, um die Höhe des noch geschuldeten Betrags genau zu ermitteln. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe sich damals, ohne auf den Einwand der Verwirkung zu verzichten, in der Hoffnung, nach Klärung kleinerer Differenzen ihr Geld zu bekommen, auf die Erörterung eingelassen, stellt eine mögliche, daß Revisionsgericht bindende Würdigung dar.

5) Auf Verwirkung kann sich nicht berufen, wer sich selbst unredlich verhalten hat (BGHZ 25, 47, 53). Nach dem Gutachten des Prof. Eichkorn sind der Klägerin Unredlichkeiten nicht nachzuweisen.

a) Selbst wenn die Klägerin beim Bauvorhaben I Fundamente unrichtig aufgemessen haben sollte, so folgt daraus allein noch kein unredliches Verhalten, das ihr das Recht nähme, sich auf die Verwirkung zu berufen. Das Gleiche gilt für das angebliche teilweise Fehlen des in Rechnung gestellten Betonglattstrichs und der Ausgleichsschicht auf Böden (Bauvorhaben III). Das Landgericht hat übrigens (Urteil S. 52) nicht für bewiesen erachtet, daß diese Schichten fehlen.

b) Der Klägerin unterlaufene Doppelberechnungen oder Zuviolforderungen hat der Sachverständige Eichkorn in seinem Gutachten zu Gunsten der Beklagten berücksichtigt. Es handelt sich um unerhebliche Beträge.

c) Die in den Rechnungen IV, 2 vom 22. Juni 1953 und IV, 8 vom 15. September 1953 enthaltenen Beträge von je 5.940,58 DM stellen nach dem Nachtragsgutachten des Prof. Eichkorn (S. 3) keine Doppelberechnung dar, vielmehr betrifft der eine die Garagen und der andere das Lager Ba[REDACTED].

d) Auch der in der Rechnung vom 15. September 1953 enthaltene Betrag von 390 DM für Abbrucharbeiten bei dem Bauvorhaben IV ist nach dem Gutachten nicht bereits mit einem Pauschalbetrag abgegolten.

e) Das in der Rechnung VI, 14 vom 23. September 1953 mit 8.077,20 DM eingesetzte "Ausbrechen von altem Mauerwerk" ist in dem Sachverständigengutachten nicht beanstandet worden. Die gegenteilige Behauptung hat die Beklagte, soweit ersichtlich, überhaupt erst im Berufungsverfahren aufgestellt.

Selbst wenn man aber nach dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 10. Juli 1952 davon ausgeht, daß auch alle erst später notwendig gewordenen Abbrucharbeiten mit dem Pauschalbetrag von 4.500 DM hätten abgegolten sein sollen, so würde allein darin, daß die Klägerin die weitere Rechnung vom 23. September 1953 ausgestellt hat, noch kein unredliches Verhalten liegen, das ihr das Recht nähme, sich auf die Verwirkung zu berufen.

f) Das Gleiche gilt, soweit im Bauvorhaben VI die Decke über der Einfahrt einmal als Hohlkörper und einmal als Stahlbetondecke in Rechnung gestellt und dadurch 709,31 DM zu viel berechnet sein sollen. Ob solche Irrtümer vorgekommen sind, hätte die Beklagte durch rechtzeitige Nachprüfung der Rechnungen feststellen sollen. Die durch ihr langes Schweigen eingetretene Verwirkung hat zur Folge, daß die Beklagte sich auf möglicherweise vorliegende Irrtümer der Klägerin nicht mehr berufen kann.

III.

Die Kosten der somit unbegründeten Revision
hat die Beklagte gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Dr. Vogt

Bundesrichter Dr. Finke
ist im Urlaub ortsabwesend
und an der Unterzeichnung
verhindert.

Dr. Winkelmann