

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 242 Cc

Zur Verwirkung eines Rückzahlungsanspruches, wenn die öffentliche Hand die Überzahlung des Unternehmers erst einige (hier: 6 1/4) Jahre nach der Schlußzahlung - aufgrund eines Hinweises des Rechnungshofes - geltend macht.

BGH, Urt. v. 22. November 1979 - VII ZR 31/79 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 31/79

URTEIL

Verkündet am

22. November 1979

Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik D e u t s c h l a n d , vertreten durch
den Freistaat Bayern, dieser vertreten durch die Bezirks-
finanzdirektion M [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

1. die Firma Gebhard H [REDACTED] KG, vertreten
durch die persönlich haftende Gesellschafterin Montagebau
H [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch die Geschäfts-
führer Arnold H [REDACTED] und Richard H [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],
2. die Firma Carl H ü [REDACTED], Bauunternehmung GmbH & Co KG,
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
Hü [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer
Carl Hü [REDACTED] und Franz R [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. November 1978 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte die Beklagten, die sich zu der - inzwischen wieder aufgelösten - "Arbeitsgemeinschaft Vorfeldbau E [REDACTED]" (Ar [REDACTED]) zusammengeschlossen hatten, am 9. Juni 1967 mit der Durchführung von Tiefbauarbeiten auf dem NATO-Flugplatz E [REDACTED]. Aufgrund der Schlußrechnung vom 30. Januar 1968 wurde die Abrechnungssumme auf rund 1,6 Mio DM festgestellt. Die Schlußzahlung erfolgte im April 1968.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Aufgrund eines entsprechenden Hinweises des Bundesrechnungshofes vom 8. August 1973 forderte das Finanzbauamt München II mit Schreiben vom 25. Juli 1974 die Beklagten zur Rückzahlung von 40.829,51 DM auf, da die Beklagten in dieser Höhe überzahlt seien. Bei der Position 2.2 des Leistungsverzeichnisses ("Bodenabtrag") sei nämlich nicht berücksichtigt worden, daß die Positionen 2.3 ("Angleichung") und 2.5 ("Aufkiesung") bereits die Vergütung für den Bodenabtrag enthielten, so daß es insoweit hinsichtlich des Abtrags zu einer Doppelberechnung gekommen sei.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 1974 mahnte das Finanzbauamt den Betrag an. Die Beklagte zu 1 antwortete mit Schreiben vom 12. November 1974, daß die Feststellung des Bundesrechnungshofes zwar zutreffe, andererseits aber auch Abrechnungsfehler zum Nachteil der Arge vorgekommen seien, so daß lediglich ein Überzahlungsbetrag von 1.036,81 DM verbleibe. Nachdem die Klägerin dieser Abrechnung nicht zugestimmt hatte, beriefen sich die Beklagten mit Schreiben vom 2. April 1975 auf Verwirkung. Diesen Einwand wies das Finanzbauamt mit Schreiben vom 21. Mai 1975 zurück. Mit Schreiben vom 3. Juli 1975 und 4. März 1976 teilte es der Beklagten zu 1 mit, daß die Überprüfung noch nicht habe abgeschlossen werden können. Am 9. Februar 1977 kündigte die Klägerin dem Beklagten die gerichtliche Geltendmachung der Forderung an. Die darauf durchgeführten Verhandlungen der Parteien führten zu keinem Ergebnis. Die Klägerin erwirkte am 27. Dezember 1977 gegen beide Beklagten Mahnbescheide über 40.829,51 DM nebst Zinsen und Kosten. Die Beklagten erhoben Widerspruch. Die daraufhin durchgeführte Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Klägerin hat sich in den Vorinstanzen darauf berufen, daß ihr nach Nr. 24 der vereinbarten "Zusätzlichen Vertragsbedingungen" (ZVB) ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch zustünde, da es sich um Aufmaßfehler handele, d.h. um "Abweichungen in Aufmaßlisten und Abrechnungszeichnungen von der tatsächlichen Ausführung oder untereinander" (Nr. 24, Ziff. 2a ZVB). Während das Landgericht eine Anwendung dieser Bestimmung abgelehnt hat, geht das Berufungsgericht auf diese Frage nicht ein.

Da jedoch die Revision hierauf nicht mehr zurückkommt, kann offen bleiben, ob diese Klausel auch dann anwendbar ist, wenn - wie hier - der Abrechnungsfehler auf eine Überschneidung einzelner Positionen im Leistungsverzeichnis zurückgeht (zum Anwendungsbereich der Nr. 24 vgl. Senatsurteil vom 22. Mai 1975 - VII ZR 266/74 = BauR 1975, 424 ff).

2. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Klägerin an sich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe der Klageforderung zustehe. Es hält das Recht aber für verwirkt, da es die Klägerin unter Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben illoyal verspätet geltend gemacht habe.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Wie die Revision zu Recht rügt, läßt das angefochtene Urteil bei der rechtlichen Würdigung wesentliche Umstände außer acht und gelangt so zu einer unzutreffenden Beurteilung des Sachverhalts.

a) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich ein Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (vgl. z.B. BGHZ 25, 47, 52; 26, 52, 65; 67, 56, 68). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt in erster Linie von den Umständen des Einzelfalls ab.

aa) Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Richtig ist ferner, daß bei der Berechnung der Zeitspanne hier nicht auf die Einreichung der Schlußrechnung, sondern auf den Tag des Eingangs der Schlußzahlung abzustellen ist (Senatsurteil BauR 1975, 424, 427; a.A. Dähne, BauR 1974, 163, 166, 168). Da die Schlußzahlung der Arge im April 1968 zuging, sind bis zur erstmaligen Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs mit Schreiben vom 25. Juli 1974 rund 6 1/4 Jahre vergangen.

bb) Zu diesem Zeitraum will das Berufungsgericht weitere 2 Jahre und 7 Monate rechnen, da sich die Klägerin entgegenhalten lassen müsse, daß sie ihre Ansprüche in der Zeit vom April 1975 bis Dezember 1977 gerichtlich nicht durchgesetzt habe. Nachdem die Beklagte zu 1 mit ihrem Schreiben vom 2. April 1975 die Verhandlungen abgebrochen

und sich auf Verwirkung berufen habe, hätte die Klägerin schon im Hinblick auf den bisher verstrichenen Zeitraum alsbald etwas zur Wahrung ihrer Rechte unternehmen müssen. Jedenfalls Ende 1977 hätten die Beklagten darauf vertrauen dürfen, daß die Klägerin ihren Rückforderungsanspruch nicht mehr geltend machen werde. Die handels- und steuerrechtlichen Fristen für die Aufbewahrung der den Auftrag betreffenden schriftlichen Unterlagen seien damals längst abgelaufen gewesen. Die Arge habe diese Unterlagen im wesentlichen bereits vernichtet. Da nach dem glaubhaften Vortrag der Beklagten zwischen den Parteien nach dem Einreichen der Schlußrechnung verhandelt worden sei, könne nicht ausgeschlossen werden, daß die Art und Weise der Abrechnung, die jetzt Gegenstand der Rückforderung ist, damals einvernehmlich zugunsten der Beklagten festgelegt worden sei.

Schließlich hätten sich die Beklagten auch darauf eingestellt, daß die Klägerin ihren Rückforderungsanspruch nicht mehr mit gerichtlicher Hilfe durchzusetzen versuchen werde. Da die Klägerin auch nach der Ablehnung der Forderung durch die Beklagten im April 1975 nicht alsbald geklagt habe, seien die Beklagten zu der Überzeugung gelangt, daß die Klägerin von der rechtlichen Durchsetzbarkeit ihres Anspruchs - jedenfalls zunächst - nicht überzeugt gewesen sei. Versuche ein öffentlicher Bauherr dann doch nach Ablauf von mehr als 8 Jahren, seinen Rückforderungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, handele er illoyal gegenüber seinem früheren Vertragspartner.

b) Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

aa) Zunächst ist festzustellen, daß der Rückzahlungsanspruch noch nicht verwirkt war, als ihn die Klägerin durch das Finanzbauamt mit Schreiben vom 25. Juli 1974 erstmals geltend gemacht hat. Wer wie die Beklagten mit der öffentlichen Hand Bauverträge schließt, weiß, daß die Abwicklung größerer Vorhaben regelmäßig von den Rechnungshöfen überprüft wird und daß diese Prüfungen in der Regel erst etliche Jahre nach der Schlußzahlung abgeschlossen werden. Deshalb hat der Senat auch in einem vergleichbaren Fall entschieden, daß eine Zeitspanne von etwas über 6 Jahren zwischen Schlußzahlung und Rückforderung nicht unangemessen lang ist, so daß eine Verwirkung ausscheidet (BauR 1975, 424, 427). Daran hält er trotz der an dem Urteil geübten Kritik fest (vgl. z.B. Ingenstau-Korbion, VOB, 8. Aufl., Rdn. 52 a zu B § 16, 3). Im Hinblick auf die hier gegebenen Umstände besteht kein Anlaß, das Rechtsinstitut der Verwirkung über Gebühr auszuweiten, zumal Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung an sich einer gesetzlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegen. Diese Frist würde für Ansprüche auf Rückforderung überzahlter Bauforderungen praktisch bedeutungslos, wenn bereits nach 3 bis 5 Jahren in aller Regel der Verwirkungseinwand durchgriffe, obwohl zu diesem Zeitpunkt die Überprüfung des Bauvorhabens durch den Rechnungshof häufig noch gar nicht abgeschlossen sein wird.

bb) Zu Unrecht geht das Berufungsgericht von einem Zeitraum von 8 Jahren und 10 Monaten aus. Zwar hat die Beklagte zu 1 - insoweit für die Arge handelnd - mit Schreiben vom 2. April 1975 die seit der Rückforderung andauernden Verhandlungen zunächst abgebrochen. Die Klägerin hat aber im Verlauf des weiteren Schriftwechsels (Schreiben

vom 21. Mai 1975, 3. Juli 1975, 4. März 1976, 9. Februar 1977) immer wieder deutlich gemacht, daß sie an ihrem Rückforderungsverlangen festhalte. Damit kann von einem zugunsten der Beklagten wirkenden Vertrauenstatbestand keine Rede sein. Entscheidend ist nicht, ob die Klägerin annehmen durfte, die Beklagten würden sich von der Unbegründetheit ihres Standpunkts überzeugen lassen, sondern ob die Beklagten sich darauf verlassen durften, die Klägerin werde sich dem Verwirkungseinwand beugen. Das ist indessen nicht der Fall.

cc) Als die Klägerin am 25. Juli 1974 ihr Rückforderungsverlangen erstmals geltend machte, waren die damals geltenden handels- und steuerrechtlichen Fristen für die Aufbewahrung der den Auftrag betreffenden schriftlichen Unterlagen noch nicht abgelaufen. Die Frist betrug damals 7 Jahre (§ 77 b HGB aF, § 162 Abs. 8 AO aF - die jetzt geltende Frist ist durch § 44 Abs. 1, 4 HGB, § 147 Abs. 1, 3 AO 1977 auf 6 Jahre festgelegt worden). Wenn die Beklagten bei dieser Sachlage trotz des Rückforderungsbegehrens der Klägerin die schriftlichen Unterlagen vernichteten, haben sie sich daraus etwa entstehende Beweisschwierigkeiten selbst zuzuschreiben. Schon deshalb kann das Argument des Berufungsgerichts nicht überzeugen, die Beklagten seien durch die Vernichtung ihrer schriftlichen Unterlagen unverschuldet in Beweisnot geraten. Im übrigen haben die Beklagten eingeräumt, daß der "Doppelansatz" in den hier maßgeblichen Positionen des Leistungsverzeichnisses erst vom Bundesrechnungshof erkannt wurde. Dann können aber die darauf zurückzuführenden Doppelberechnungen nicht schon damals (nach dem Einreichen der Schlußrechnung) Gegenstand von Verhandlungen gewesen sein. Abgesehen davon

haben die Beklagten gar nicht behauptet, die Abrechnung, die jetzt Gegenstand der Rückforderung ist, sei damals einvernehmlich zu ihren Gunsten festgelegt worden.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Beklagten hier etwa schon im Hinblick auf die Rückzahlungsvereinbarung in Ziffer 24 ZVB vertraglich verpflichtet waren, die schriftlichen Unterlagen über die gesetzlichen Fristen hinaus aufzubewahren (verneinend Ingenstau-Korbion, aaO, Rdn. 52 a zu B § 16, 3), und ob eine Verwirkung dann, aber in der Regel auch nur dann in Betracht kommt, wenn das Rückforderungsverlangen erst nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen geltend gemacht wird (vgl. auch das o.a. Senatsurteil in BauR 1975, 424, 427; Dähne, BauR 1974, 163, 166). Hier jedenfalls ist der allein zugrunde zu legende Zeitraum von etwa 6 1/4 Jahren zwischen Schlußzahlung und Rückforderung nicht unangemessen lang. Etwaige Beweisschwierigkeiten der Beklagten wären auf deren eigenes Verschulden zurückzuführen.

dd) Aus alledem folgt, daß sich die Beklagten nicht darauf einrichten durften, die Klägerin werde ihren Anspruch nicht gerichtlich geltend machen. Es spricht hier auch alles dafür, daß sie das gar nicht getan haben. Die Beklagten haben selbst vorgetragen, daß nach dem 25. Juli 1974 ein "umfangreicher Schriftwechsel zwischen dem Finanzbauamt, dem (von der Klägerin mit der Prüfung beauftragten) Ingenieurbüro L [REDACTED] sowie der Firma H [REDACTED] für die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft geführt wurde" (GA 18, 62). Nach dem Schreiben der Klägerin vom 9. Februar 1977, in welchem den Beklagten die gerichtliche Geltendmachung der Forderung angekündigt wurde, kam

es dann nochmals zu Verhandlungen der Parteien, in denen sich die Beklagten bereit erklärten, vergleichsweise 20.000 DM - also immerhin fast die Hälfte der Klageforderung - zu zahlen. Wenn die Beklagten diesen Vergleich haben scheitern lassen, so bedeutet das nicht, daß sie sich in ihren Dispositionen darauf eingestellt hätten, die Klägerin werde ihren Rückforderungsanspruch nicht gerichtlich geltend machen.

II.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Sache ist, da sie weiterer Aufklärung bedarf, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Bliesener