

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 63/67

URTEIL

Verkündet am

16. Juni 1969

Horn,
Justizhauptssekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landes Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die
Oberfinanzdirektion in D [REDACTED], J [REDACTED] platz [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Peter Kurt R [REDACTED], D [REDACTED],
W [REDACTED] Friedhofstraße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 3. März 1967 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand: .

Der Beklagte führte für den Kläger beim Neubau des Finanzamts Düsseldorf-Altstadt die Rohbauarbeiten aus. Dazu gehörte die Herstellung von armierten Fundament-Betonplatten mit einer Grundfläche von ca. 540 qm und einer Höhe von 60 cm (Position Nr. 87). Die Ausschreibung des Klägers sah hierfür einen Quadratmeterpreis vor. Demgemäß nannte der Beklagte in seinem Angebot zu dieser Position einen Quadratmeterpreis von 48 DM. Auf Grund dieses Angebots erhielt er den Auftrag.

Nach Herstellung der Fundamentplatten erteilte der Beklagte dem Kläger darüber am 21. Oktober 1955 eine Zwischenrechnung auf der Grundlage eines Preises von

- 3 -

48 DM je Quadratmeter. Darauf leistete der Kläger ohne Beanstandung eine Abschlagszahlung in der geforderten Höhe.

Am 2. August 1957 erteilte der Beklagte dem Kläger die Schlußrechnung. In dieser berechnete der Beklagte die Position Nr. 87 nicht nach einem Einheitspreis von 48 DM je Quadratmeter, sondern nach einem Einheitspreis von 48 DM je Kubikmeter, d.h. er multiplizierte den Quadratmeterpreis mit der Plattenhöhe von 0,6 m. Dadurch ergab sich in der Schlußrechnung für die Position Nr. 87 ein um 40 % = 10.397,72 DM niedrigerer Preis, als wenn der Beklagte nach dem Quadratmeterpreis gerechnet hätte.

Der Kläger ließ sich vom Beklagten auf der Rückseite des letzten Blattes der Schlußrechnung folgenden Stempelaufdruck (Prüfungsklausel) unterschreiben:

"Der unterzeichnete Unternehmer verpflichtet sich hierdurch ausdrücklich, eine etwa nach der Prüfung seiner vorstehenden Rechnung durch die oberen Prüfungsinstanzen mit Einschluß des Rechnungshofes sich ergebende Überzahlung sofort zurückzuzahlen."

Auf die Schlußrechnung erhielt der Beklagte vom Kläger keine Zahlung mehr. Der Kläger forderte vielmehr zunächst 11.969,27 DM als überzahlt zurück, die der Beklagte auch im Juli 1958 zurückzahlte. Später forderte und erhielt der Kläger vom Beklagten weitere Rückzahlungen.

Eine vom Kläger noch geforderte weitere Rückzahlung von 10.397,72 DM verweigerte der Beklagte, weil eine etwaige Überzahlung anderer Positionen insoweit durch die zu niedrige Berechnung der Position Nr. 87 in seiner Schlußrechnung ausgeglichen sei.



Der Kläger stellte sich dagegen auf folgenden Standpunkt (vgl. sein Schreiben an den Beklagten vom 15. Oktober 1964 S. 4):

"In Ihrer Schlußrechnung forderten Sie in Pos. 87 nicht eine Berechnung nach m^2 , wie es der Vertrag vorsah, sondern nach m^3 , obwohl Sie sich dadurch schlechter stellten. Sie haben damit zu erkennen gegeben, daß Sie auf den Vorteil, der nach Vertrag eine Berechnung nach m^2 zuließ, verzichten wollten, da dieser Preis auf einem Irrtum beruhte.

Entsprechend Ihrer Forderung wurde die Rechnung geprüft und vergütet. Einen Vorbehalt bei Annahme der Schlußrechnung haben Sie nicht ausgesprochen. Ihre nachträgliche Forderung auf Neuberechnung der Pos. 87 nach m^2 ist daher gemäß VOB Teil B § 16 Ziff. 2 verwirkt.

Im übrigen ist Ihre Forderung auch nach § 196, Abs. 1, Ziff. 1 BGB verjährt."

Im Jahre 1966 hat der Kläger gegen den Beklagten Klage erhoben auf Rückzahlung von 10.397,72 DM nebst Zinsen. Er hat sich in erster Linie auf den Standpunkt gestellt, in Wahrheit sei zu Position Nr. 87 kein Quadratmeterpreis, sondern ein Kubikmeterpreis vereinbart. Nicht die Bezeichnung "cbm" in der Schlußrechnung des Beklagten, sondern die Bezeichnung "qm" in Ausschreibung, Angebot und Zwischenrechnung seien irrtümlich. Der Kläger hat sich weiter auf eine entsprechende Anwendung von § 16 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B), ferner auf Verzicht, Verwirkung und Verjährung berufen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit seiner - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht /sein Urteil ist abgedruckt bei Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung Z 2.330 Bl. 21; vgl. dazu auch Ingenstau-Korbion VOB 5. Aufl. § 16 (B) Rdn. 16 a/ legt den Vertrag der Parteien dahin aus, daß der Kläger, dem ein vertragliches Kontroll- und Prüfungsrecht durch mehrere Prüfungsinstanzen eingeräumt war, nach Treu und Glauben die Schlußrechnung des Beklagten nicht nur auf überhöhte Massen oder Preise habe prüfen dürfen, sondern auch seine Prüfung darauf habe erstrecken müssen, ob der Beklagte bei der Berechnung einzelner Positionen unter seinen tatsächlichen Leistungen oder unter den Vertragspreisen geblieben sei. Wenn sich dabei herausstellte, daß die "Überhebungen" des Beklagten seine "Unterberechnungen" nicht überstiegen, der Beklagte also insgesamt nicht mehr erhalten habe, als was ihm bei fehlerfreier Schlußrechnung zustehe, so könne der Kläger nichts zurückfordern.

a) Diese tatrichterliche Auslegung des Individualvertrages der Parteien läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Der Kläger selbst hat übrigens in seinem Schriftsatz vom 6. April 1960 (S. 3) darauf hingewiesen, daß bei der Prüfung der Schlußrechnung des Beklagten dessen Ansätze bei verschiedenen Positionen erhöht worden seien.

b) Der Senat hat in seinem Urteil VII ZR 249/62 vom 5. November 1964 (vgl. auch Ingenstau-Korbion aaO § 16 (B) Rdn. 16) in einem Fall, in welchem zwischen denselben Vertragsparteien zwei verschiedene Bauverträge nebeneinander liefen, entschieden, daß der Bauherr eine Überzahlung bei dem einen Vertragsverhältnis

nicht zurückfordern konnte, weil bei dem anderen Vertragsverhältnis eine entsprechende Unterzahlung vorlag. Wenn das schon in einem derartigen Fall gilt, so kann es bei der hier vorliegenden Fallgestaltung erst recht nicht anders sein.

2. Der Kläger beruft sich auf § 16 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B). Die Bestimmung lautet:

"Die vorbehaltlose Annahme der Schlußrechnung schließt Nachforderungen aus. Auch früher gestellte, aber unerledigte Forderungen sind ausgeschlossen, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden."

Mit Recht ist das Berufungsgericht der Auffassung, daß diese Bestimmung hier nicht eingreift. Denn der Kläger hat unstreitig nach Erhalt der Schlußrechnung keine Zahlung mehr an den Beklagten geleistet. Es fehlt also schon an einer Schlußzahlung des Klägers.

Der Kläger meint allerdings, im Sinne des § 16 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B) müsse hier die "vorbehaltlose Rückzahlung" der 11.969,27 DM durch den Beklagten im Juli 1958 der "vorbehaltlosen Annahme einer Schlußzahlung des Klägers" durch den Beklagten gleichstehen.

Das geht fehl. Denn eine solche Wirkung könnte, wenn überhaupt, allenfalls nur einer solchen Rückzahlung beigelegt werden, die nach endgültigem Abschluß des Prüfungsverfahrens zur abschließenden Regelung des Streits der Vertragsteile über die Höhe des Werklohns geleistet werde. Diesen Charakter hatte die vom Beklagten im Juli 1958 geleistete Rückzahlung unstreitig nicht. Die Prüfung war damals noch nicht abgeschlossen, zog sich vielmehr

noch jahrelang hin. In ihrem weiteren Verlauf forderte und erhielt der Kläger vom Beklagten auch noch weitere Rückzahlungen. Solange aber die Prüfung durch die Prüfinstanzen des Klägers noch lief, war - nach der oben zu 1) erörterten rechtsfehlerfreien Vertragsauslegung des Berufungsgerichts - der Kläger nicht nur berechtigt, dem Beklagten Zuvielberechnungen der Schlußrechnung zu belasten, sondern auch verpflichtet, ihm Unterberechnungen der Schlußrechnung gutzubringen.

3. Das Berufungsgericht stellt tatrichterlich fest, daß die Parteien bei der Position Nr. 87 keinen Kubikmeterpreis, sondern einen Quadratmeterpreis vereinbart haben. Das ist frei von Rechtsirrtum. Wortlaut von Ausschreibung, Angebot und Auftrag sind in dieser Beziehung eindeutig.

Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß die Parteien übereinstimmend etwas anderes, nämlich keinen Quadratmeter-, sondern einen Kubikmeterpreis, gewollt und vereinbart hätten, als sich aus dem Wortlaut von Ausschreibung und Angebot ergibt.

a) Die Revision rügt Verkennung der Beweislast, jedoch zu Unrecht. Der Kläger, der einen anderen Vertragsinhalt behauptet, als sich nach dem unstreitigen Wortlaut von Ausschreibung, Angebot und Auftrag ergibt, ist dafür beweispflichtig.

b) Das Berufungsgericht brauchte auch dem von der Revision als übergangen gerügten Beweis Antrag nicht nachzugehen. Der Kläger hatte Sachverständigenbeweis dafür

erboten, daß der Beklagte in anderen Positionen schwierigerer Betonierungsarbeiten zu einem niedrigeren Preis angeboten habe als in Position Nr. 87. Selbst wenn man das als richtig unterstellt, brauchte das Berufungsgericht daraus nicht den Schluß zu ziehen, die Parteien hätten bei der Position Nr. 87 in Wahrheit keinen Quadratmeter-, sondern einen Kubikmeterpreis vereinbart. Darauf hatte schon das Landgericht in seinem Urteil (S. 5) zutreffend hingewiesen.

4. Das Berufungsgericht verneint einen Verzicht des Beklagten. Der Kläger habe verständigerweise die in der Schlußrechnung enthaltene Berechnung der Position Nr. 87 nach einem Kubikmeter-, statt nach dem vereinbarten Quadratmeterpreis nicht dahin verstehen dürfen, daß der Beklagte ihm damit unvermittelt einen Preisnachlaß von über 10.000 DM hätte gewähren wollen.

Das überzeugt und ist jedenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Bei der gegebenen Sachlage mußte sich dem Kläger geradezu der Eindruck aufdrängen, daß dem Beklagten in seiner Schlußrechnung bei der Berechnung der Position Nr. 87 ein Irrtum unterlaufen war.

5. Das Berufungsgericht verneint eine Verwirkung. Das läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen, wird auch von der Revision nicht beanstandet.

6. Auf Verjährung der bezahlten Forderung des Beklagten kann sich der Kläger zur Begründung seiner Rückforderung nicht berufen (§ 222 Abs. 2 Satz 1 BGB).

7. Auch einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint.

a) Der Beklagte war nicht verpflichtet, den Kläger zu fragen, ob diesem etwa bei der Ausschreibung zu Position Nr. 87 ein Irrtum unterlaufen sei, und ob er vielleicht statt eines Quadratmeterpreises im Angebot für diese Position einen Kubikmeterpreis habe nennen wollen. Der Beklagte durfte vielmehr, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, davon ausgehen, daß der Kläger in seiner Ausschreibung bewußt zwischen Positionen unterschied, die er zu einem Quadratmeterpreis und anderen Positionen, die er zu einem Kubikmeterpreis vergeben wollte.

b) Das Berufungsgericht führt aus, es habe nicht festzustellen vermocht, daß der Beklagte einer berechtigten Aufforderung des Klägers zur Vorlage seiner (des Beklagten) Kalkulation zu Position Nr. 87 schuldhaft nicht nachgekommen sei. Das ist schon deswegen nicht zu beanstanden, weil der Kläger nicht unter Beweis gestellt hatte, vom Beklagten Einsicht in dessen Kalkulationsunterlagen gefordert zu haben.

Warum der Beklagte etwa gehalten gewesen sein sollte, den Kläger darauf hinzuweisen, daß dieser nach Ziff. 14 seiner (des Klägers) zusätzlichen Vertragsbedingungen vom Beklagten die Vorlage der Kalkulation hätte fordern können, ist nicht verständlich. Der Beklagte durfte davon ausgehen, daß der Kläger seine eigenen Vertragsbedingungen kannte und wußte, welche Rechte ihm daraus zustanden.

Was das Berufungsgericht weiter ausführt (S. 15 BU, untere Hälfte), sind zusätzliche Erwägungen, auf denen das Urteil nicht beruht. Was die Revision dagegen vorbringt, liegt neben der Sache.

8. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt

Schmidt