

Wann verjähren Rückforderungsansprüche des Auftraggebers wegen Überzahlung des Bauunternehmers?

Verfasser: Markus Lindner

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung / Problemaufriss	71
2 Die Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 08.05.2008 – VII ZR 106/07	73
2.1 Leitsatz	73
2.2 Sachverhalt	73
2.3 Instanzenzug	75
3 Rezeption der Entscheidung des VII. Zivilsenats in der Rechtsprechung	79
3.1 OLG Celle, Urteil vom 07.05.2009 – 5 U 163/08	79
3.2 OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.05.2013 – 8 U 123/09	79
3.3 KG, Urteil vom 19.11.2010 – 7 U 97/10	80
4 Rezeption der Entscheidung des VII. Zivilsenats in der Literatur	81
5 Eigene Stellungnahme	84
5.1 Wann ist die vertragswidrige Abrechnung und Mengenermittlung „ohne weiteres“ ersichtlich?	84
5.2 Ersichtlichkeit „ohne weiteres“ im vom VII. Zivilsenat konkret entschiedenen Fall?	92
5.3 Auf wessen Kenntnis kommt es beim öffentlichen Auftraggeber an?	97
5.3.1 Kenntnis des Rechnungsprüfungsamtes nicht maßgeblich	97
5.3.2 Zurechnung der Kenntnis Dritter, insbesondere eines Ingenieurbüros?	98
5.3.3 Ist für die grob fahrlässige Unkenntnis im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ein subjektiver oder objektiver Maßstab anzulegen?	105
6 Praxishinweis zum Vorgehen bei festgestellten Überzahlungen	107
7 Zusammenfassung	108

1 Einleitung / Problemaufriss

Hat eine Baufirma oder ein Architekt oder Ingenieur in der Schlussrechnung (bewusst oder unbewusst) insgesamt¹ eine überhöhte, von der vereinbarten Vergütung abweichende Forderung gestellt und wird dies bei der Prüfung der Schlussrechnung vom Auftraggeber übersehen, kommt es mit der Schlusszahlung zu einer Überzahlung. Es besteht dann, soweit – wie in aller Regel – kein vorrangiger vertraglicher Rückforderungsanspruch für Überzahlungen bei Schlusszahlung vereinbart wurde, dem Grunde nach ein Rückforderungsanspruch des Auftraggebers aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB.² Dieser entsteht mit Leistung der Schlusszahlung, eine prüffähige Abrechnung (analog § 16 Abs. 3 VOB/B) des Auftraggebers über die Überzahlung ist keine Fälligkeitsvoraussetzung.³ Wenn sich der Auftraggeber nach Abschluss der Baumaßnahme und Leistung der Schlusszahlung nicht nochmals mit der Abrechnung beschäftigt, kommt es mangels Kenntnis nicht zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs. Dies dürfte bei privaten Bauherrn und auch kleineren Unternehmen regelmäßig der Fall sein. Bei staatlichen und kommunalen öffentlichen Auftraggebern findet dagegen von Gesetzes wegen eine nochmalige externe Überprüfung im Rahmen der überörtlichen Rechnungsprüfung statt.⁴ Die kommunale überörtliche Prüfung ist in den Bundesländern unterschiedlich organisiert und geregelt, umfasst meist aber einen Prüfungszeitraum von drei bis fünf Jahren.⁵ Da die überörtliche Prüfung vom Wesenskern her abgeschlossene Sachverhalte betrifft und nachgängig ist, beginnt z. B. eine Prüfung der Haushaltsjahre 2011 bis 2014 frühestens Mitte 2015, oft aber auch erst 2016. Werden dann durch die überörtliche Prüfung im Jahr 2016 Abrechnungsfehler bei einer in 2012 vom Auftraggeber geprüften und bezahlten Schlussrechnung festgestellt, stellt sich die Frage, ob ein daraus resultierender Rückforderungsanspruch des Auftraggebers verjährt ist. Die verjährungsrechtliche „Brisanz“ ergibt sich aus der im Jahr 2002 im Rahmen der Schuldrechtsreform von 30 auf drei Jahre verkürzten regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Der Rückforderungsanspruch des Auftraggebers wegen Überzahlung verjährt seitdem gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB in drei Jahren ab Ende des Jahres, in dem die Schlusszahlung geleistet **und** der Gläubiger Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des

¹ Ein Rückforderungsanspruch aus §§ 812 ff. BGB besteht nach wohl herrschender Meinung nur, wenn die Überprüfung der Rechnung ihrem **Gesamtergebnis** nach eine Überzahlung ergibt. Zuvielabrechnungen in einzelnen Positionen müssen demnach nicht zwingend zu einem Rückforderungsanspruch des Auftraggebers führen; es kann nämlich sein, dass es andere zu saldierende Positionen gibt, in denen zu wenig abgerechnet wurde. Nur wenn sich unter Berücksichtigung dieser Korrekturen insgesamt eine Überzahlung zugunsten des Auftragnehmers ergibt, besteht ein Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB (vgl. Locher in Ingenstau-Korbion, § 16 Abs. 3 VOB/B, Rn. 52 und [allerdings zu einem vertraglichen Rückforderungsanspruch] BGH, Urteil vom 16.06.1969 – VII ZR 63/67: *„Ist der öffentliche Bauherr nach dem Vertrag berechtigt, bei einer späteren Prüfung der Schlussrechnung durch den Rechnungshof Überzahlungen zurückzufordern, muß er nach Treu und Glauben gleichzeitig prüfen, ob der Bauunternehmer – vielleicht durch ein Versehen – in einzelnen Positionen unter seinen zulässigen Vertragspreisen geblieben ist. Liegt ein solcher Fall vor, und entspricht unter Berechnung des Bauunternehmers dem mit der Klage geltend gemachten Betrag einer Überzahlung, kann der öffentliche Bauherr diese nicht zurückfordern, weil insoweit ein Ausgleich stattfindet.“*).

² So bereits BGH, Urteil vom 22.05.1975 – VII ZR 266/74 und seitdem ständige Rechtsprechung. Anders verhält es sich, wenn der Auftraggeber die Überzahlung noch **vor** Schlusszahlung geltend macht; denn dann besteht ein **vertraglicher** Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers (siehe BGH, Beschluss vom 22.11.2007 – VII ZR 130/06).

³ so auch beim Architektenvertrag, siehe LG Hannover, Urteil vom 12.04.2013 – 14 O 351/11

⁴ siehe z. B. für Bayern: Art. 88 ff. BayHO (Rechnungsprüfung beim Freistaat Bayern durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof) und Art. 105 BayGO (kommunale überörtliche Prüfung durch den Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband bzw. die staatlichen Rechnungsprüfungsstellen der Landratsämter)

⁵ siehe für die überörtliche Kommunalprüfung in Bayern § 2 Satz 2 KommPrV: *„In die überörtliche Rechnungsprüfung sollen bei Gemeinden ohne Rechnungsprüfungsamt in der Regel drei Jahresrechnungen und in den anderen Fällen in der Regel vier Jahresrechnungen einbezogen werden.“*

Schuldners⁶ hatte. Im Beispielsfall kommt es darauf an, ob der Auftraggeber bereits bei der Schlussrechnungsprüfung, also im Jahr 2012, Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände hatte; denn nur dann begann die Verjährungsfrist am 31.12.2012 und endete⁷ am 31.12.2015 und damit vor der überörtlichen Prüfung.

Die Prüfung der Bauausgaben ist ein Teilgebiet der überörtlichen Rechnungsprüfung, welches – zumindest in Bayern – nicht bei jeder überörtlichen Prüfung mitgeprüft wird. Erfolgt die Bauprüfung, ist sie grundsätzlich keine vollständige Prüfung. Sie muss sich – kapazitätsbedingt⁸ und um nicht unwirtschaftlich teuer zu werden – auf Stichproben beschränken. In der Regel werden einige der im Prüfungszeitraum abgewickelten Baumaßnahmen ausgewählt, bei denen wiederum einzelne Abrechnungen von Bau- oder Planungsleistungen stichprobenartig überprüft werden. Die „Gefahr“, aufgrund von Feststellungen der überörtlichen Rechnungsprüfung noch nach „langer Zeit“ mit Rückforderungen konfrontiert zu werden,⁹ hält sich somit rein statistisch in Grenzen. Die Ermittlung von Überzahlungen und gegebenenfalls auch Unterstützung der geprüften Stelle bei der Geltendmachung ist grundsätzlich nur ein durchaus erwünschter – in der Praxis allerdings manchmal überbetonter¹⁰ – Nebeneffekt der überörtlichen Bauprüfung. Diese hat zwar auch Interesse am Einzelfall, möchte aber in erster Linie Hinweise zu gegebenenfalls bestehenden strukturellen Fehlstellen in der Bauverwaltung und Hilfe zur Selbsthilfe geben. Dennoch ist es – im Interesse des Steuerzahlers – wichtig, dass die überörtliche Rechnungsprüfung kein „zahnloser Papiertiger“ ist und Feststellungen im Abrechnungsbereich auch Rückforderungen zur Konsequenz haben können.¹¹ Auch wenn es – wie soeben dargestellt – kapazitätsbedingt nur um die „Spitze des Eisbergs“ geht, wirken vereinzelt aufgedeckte Abrechnungsfehler und daraufhin realisierte Rückforderungen durchaus abschreckend und können auch zu einer verbesserten Wahrnehmung der Bauherrenaufgaben durch die geprüften Stellen beitragen. Soweit Rückforderungsansprüche bereits drei Jahre nach Ende des Jahres, in dem die Schlusszahlung erfolgte, verjähren sollten, stellt das faktisch eine Beeinträchtigung der Wirksamkeit überörtlicher Finanzkontrolle dar, da diese häufig von Gesetzes wegen (und nicht etwa wegen „Schlampigkeit“ der Prüfbehörden) erst zeitlich danach erfolgt.¹² Aber auch unabhängig davon hat der Bauherr ein Interesse daran, dass der Rückforderungsanspruch nicht frühzeitig verjährt. Der daneben bestehende (regelmäßig später verjährende) Schadensersatzanspruch gegen das mit der Rechnungsprüfung beauftragte Büro mag zwar vielfach der „interessantere“, da leichter durchzusetzende Anspruch für den Auftraggeber sein. In den nicht seltenen Fällen, bei denen die rechtliche Situation (was ist die vertragsgerechte Abrechnung?) nicht ganz eindeutig ist (so auch im vom BGH entschiedenen, hier besprochenen Fall), ist die Verhandlungssituation für den Auftraggeber gegenüber Baufirma und Planer

⁶ Die Person des Schuldners ist – anders als bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung – in Vertragsverhältnissen regelmäßig unproblematisch festzustellen.

⁷ soweit keine verjährungshemmenden oder unterbrechenden Maßnahmen erfolgt sind

⁸ Beispiel: Beim Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband (BKPV) sind momentan 27 Mitarbeiter im Außendienst mit der Prüfung der Bauausgaben befasst, bei ca. 1.400 Mitgliedern mit Bautätigkeit.

⁹ dies überbetonend z. B. Praxishinweis Ullbrich in IBR 2008, 373

¹⁰ So kam und kommt es vor, dass Bauprüfer mit dem Hinweis empfangen werden, man erwarte schon, dass der Prüfer „mehr reinholt“, als die Prüfung kostet.

¹¹ bejahend zur unter anderem darin bestehenden Funktion der Rechnungsprüfung bereits BGH, Urteile vom 22.05.1975, a. a. O., und vom 22.11.1979 – VII ZR 31/79

¹² Die jährlich durchgeführte **örtliche** Prüfung mildert das Problem nur bedingt, da hier häufig kein ausreichender baufachlicher Hintergrund vorhanden ist, um Abrechnungsfehler aufzudecken.

eine andere, wenn gegenüber der Baufirma Verjährung droht bzw. eingewendet werden kann, als wenn dies nicht der Fall ist. Insofern hat die Frage grundlegende Bedeutung für die Praxis.

Vor diesem Hintergrund wird im vorliegenden Beitrag beleuchtet, inwieweit die maßgebliche Entscheidung des für Bauverträge zuständigen VII. Zivilsenats des BGH vom 08.05.2008 – VII ZR 106/07 – zur Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis des (öffentlichen) Auftraggebers bei baurechtlichen Rückforderungsfällen sowie die nachfolgenden obergerichtlichen Entscheidungen allgemein und im konkret entschiedenen Fall zu bewerten sind und welche Leitlinien sich für die Praxis hieraus ergeben.

2 Die Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 08.05.2008 – VII ZR 106/07

2.1 Leitsatz

Der amtliche Leitsatz der Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 08.05.2008 zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen des Auftraggebers wegen überhöhter Schlussrechnung bei einem Bauvertrag lautet:

„Macht ein Besteller im Rahmen eines Werkvertrages Rückforderungsansprüche wegen einer überhöhten Schlussrechnung geltend, so sind die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Regel erfüllt, wenn er das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung und Masseermittlung ohne weiteres ersichtlich sind.“

2.2 Sachverhalt¹³

Eine GmbH, an der mehrere Gemeinden beteiligt sind, beauftragt¹⁴ nach öffentlicher Ausschreibung eine Baufirma (im Folgenden „AN“) am 23.12.1999 mit der Ausführung von Bodenabbruch- und Aushubarbeiten. Die VOB/C in der bei Angebotsabgabe gültigen Fassung (also 1998) wird vereinbart.

Titel 01.02 des Leistungsverzeichnisses (LV) umfasst den „Fließgewässerausbau“, wobei in den Pos. 01.02.17 und 01.02.18 Zulagen¹⁵ für unbewehrte und bewehrte Stahlbetonteile, die während des Bodenaushubs aufgefunden und entsorgt werden, vorgesehen sind. Titel 01.03

¹³ soweit er den – leider nicht sehr ausführlichen – Tatbeständen des LG Kleve, OLG Düsseldorf und BGH zu entnehmen ist

¹⁴ Die Auftragssumme ist nicht veröffentlicht, obwohl sie in Zusammenhang mit der Frage der wertmäßigen „Auffälligkeit“ einzelner Abrechnungsbestandteile durchaus Bedeutung haben kann.

¹⁵ Zu welchen Hauptpositionen die Zulage gewährt wird, ist nicht veröffentlicht. Es dürfte sich um Bodenaushubpositionen handeln.

beschreibt die Kreuzung vorhandener Leitungen. Streitgegenständlich ist die Abrechnung folgender Positionen¹⁶:

01.02.17	Unb. Betonteile aufnehmen und zur Kippe	EP 52,68 DM/m ³
01.02.18	Stahlbetonteile aufnehmen und zur Kippe	EP 122,68 DM/m ³
01.03.21	Betonstollen abrechnen und zur Kippe	EP 94,58 DM/m ³
01.03.23	Stahlbeton als Zulage	EP 70,00 DM/m ³

Die jeweils ausgeschriebene Menge ist den Urteilstexten nicht zu entnehmen. Wahrscheinlich ist, dass die Positionen 01.02.17 und 01.02.18 mit einem geringen Vordersatz ausgeschrieben wurden, da es sich hier um im Boden zu vermutende und regelmäßig anzufindende Kleinmengen an Betonteilen handelt.

Mit der Schlussrechnung vom 26.06.2000 (insgesamt über ca. 290.000 DM) rechnet der AN die vier genannten Positionen mit einer Menge von jeweils 320 m³ ab (Vergütung hierfür insgesamt 108.780,80 DM netto). Der vom Auftraggeber mit der Rechnungsprüfung beauftragte externe Architekt hakt diese Mengen ab. Im August/September 2000 leistet der Auftraggeber die Schlusszahlung unter Übernahme des Prüfungsergebnisses des Architekten.

Aufgrund einer bevorstehenden überörtlichen Rechnungsprüfung durch den Landesrechnungshof (LRH)¹⁷ wird die Schlussrechnung 2004 nochmals intern überprüft. Dabei kommt der Prüfende¹⁸ zu dem Ergebnis, dass die abgerechneten Zulagepositionen 01.02.17 und 01.02.18 gänzlich zu Unrecht und die Positionen 01.03.21 und 01.03.23 mit zu hohen Massen (320 m³ statt richtig 224 m³) abgerechnet wurden.¹⁹ Der Auftraggeber errechnet eine Überzahlung von 42.652,61 Euro und fordert diesen Betrag zunächst mit Schreiben vom 05.01.2005 vom AN (erfolglos) zurück und macht dies dann mit am 08.08.2005 bei Gericht eingegangenen Mahnbescheid geltend.

Der AN wendet ein, die Abrechnung der Positionen 01.02.17/01.02.18 sowie 01.03.21/01.03.23 in der Schlussrechnung entspreche den Absprachen, die vor Ort auf Bauleiterebene erfolgt seien. In die Ausschreibung seien alle vier Positionen als Zulage aufgenommen worden, weil ein Betonstollen abgebrochen werden sollte. Dessen tatsächlicher Umfang habe sich aber während der Erdaushubarbeiten als erheblich höher herausgestellt als ursprünglich angenommen und von ihm bei Abgabe des Angebots unterstellt. Ursprünglich sei „davon die Rede ge-

¹⁶ Der Volltext der Positionen ist leider nicht im Tatbestand veröffentlicht.

¹⁷ Zum 01.01.2003 wurde die Gemeindeprüfungsanstalt (GPA) NRW gegründet, die seitdem die überörtliche Prüfung der Kommunen in NRW anstelle des LRH durchführt.

¹⁸ Durch wen die Zweitprüfung konkret erfolgte, bleibt unklar.

¹⁹ Zu welcher Grundposition die Zulageposition 01.03.23 gehört, ist nicht veröffentlicht. Wenn es sich – was wahrscheinlich ist – um eine Zulage zur Position 01.03.21 für beim Stollenabbruch überraschend vorgefundene Stahlbetonteile handeln sollte, ist merkwürdig, warum der Auftraggeber als letztlich anzuerkennende Menge für beide Positionen jeweils 224 m³ ermittelt hat. Das wäre nur dann korrekt, wenn der Betonstollen vollständig aus Stahlbeton bestand. Dann hätte man dies aber in der Position 01.03.21 beschreiben müssen und es hätte keiner Zulageposition bedurft. Das OLG Düsseldorf (Berufungsinstanz) hat die Richtigkeit und Herleitung der 224 m³ nicht hinterfragt, da die Berechtigung des AN, zumindest diese (gekürzte) Menge abrechnen zu dürfen, wegen des insofern vorliegenden Anerkenntnisses des Auftraggebers unstrittig war.

wesen“, der Stollen bestehe aus einer Bodenplatte von 25 cm Stärke und das Gewölbe habe eine Stärke von 40 cm. Tatsächlich sei die Bodenplatte 1,20 m stark gewesen und das Gewölbe 64 cm. Er habe daher nicht – wie geplant – mit einem kleineren Bagger arbeiten und brechen können, vielmehr sei ein großer Bagger erforderlich gewesen. Daher seien auch die betroffenen Massen, die im Leistungsverzeichnis nur als reine Schätzung aufgenommen worden seien, tatsächlich deutlich höher gewesen. Die Masse von 320 m³ sei zutreffend berechnet und der Rechnung zugrunde zu legen. Angesichts der Änderung im Umfang der Leistungen sei vor Ort zwischen den Bauleitern der Parteien vereinbart worden, dass kein Zusatzangebot unterbreitet, sondern die Mengen in allen vier genannten Positionen abgerechnet werden dürften. Eventuelle Rückforderungsansprüche seien darüber hinaus aber auch verjährt. Denn die Zahlung und Abrechnung sei bereits im Jahr 2000 erfolgt. Der Auftraggeber habe zum damaligen Zeitpunkt bereits insgesamt Kenntnis von den Tatsachen gehabt, die er jetzt zur Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs heranziehe. Lediglich die rechtliche Würdigung dieser Tatsachen habe sich geändert. Dies begründe aber keine Kenntnis erst im Jahr 2004.

2.3 Instanzenzug

– LG Kleve, Urteil vom 06.09.2006 – 2 O 98/06²⁰

Ob die Abrechnung des AN tatsächlich falsch war oder nicht, lässt das LG Kleve offen, da nach seiner Auffassung etwaige Rückforderungsansprüche bereits am 31.12.2004 verjährt waren. Der Auftraggeber habe bereits bei der ersten Schlussrechnungsprüfung im Jahr 2000 Kenntnis von allen maßgeblichen Umständen, die bei gehöriger Beachtung zu der Erkenntnis geführt haben würden, dass er einen Anspruch auf Rückgewähr habe. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB habe nach den Überleitungsvorschriften somit am 01.01.2002 begonnen und sei am 31.12.2004 abgelaufen. Die Baufirma habe mit der Schlussrechnung alle Unterlagen eingereicht, die zur Prüfung der Rechnung und der Berechtigung der Werklohnforderung erforderlich sind. Der Auftraggeber habe nicht dargetan, aufgrund welcher – vom damaligen Kenntnisstand – abweichender Umstände er erst im Jahre 2004 erkennen konnte, dass die Baufirma in den genannten Positionen Leistungen abgerechnet haben soll, die sie vertraglich so nicht hätte abrechnen dürfen. Der Auftraggeber habe die vorliegenden Unterlagen nicht zur Prüfung genutzt und zur Kenntnis genommen. Würde man in den Fällen wie dem vorliegenden den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist davon abhängig machen, dass der Gläubiger konkrete Kenntnis von der Überzahlung hat, so würde die Verjährung immer erst dann zu laufen beginnen, wenn der Gläubiger die Tatsachen bewusst zur Kenntnis nimmt, die zur Feststellung der Überzahlung führen. Dies ist aber nach Auffassung des Gerichts mit der Formulierung aus § 199 Abs. 1 BGB, wonach der „Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen“ Kenntnis erlangen muss, nicht gemeint. Die – möglicherweise zunächst unzutreffende – rechtliche Bewertung der Umstände, die die Klägerin schon im Jahr 2000 kannte, hindere den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist nicht (vgl. BGH NJW 1996, 117). Nur bei besonders verwickelten und unklaren Rechtslagen könnten auch erhebliche rechtliche Zweifel bis zu ihrer Klärung die Kenntnis des Geschädigten im Sinne des § 852 BGB ausschließen (vgl. BGH, a. a. O.). Eine solche liege aber auch nach dem Vorbringen des Auftraggebers nicht vor. Denn der Auftraggeber sei allein oder mit dem von ihm beauftragten Ingenieurbüro – aber jedenfalls ohne weitere Erkenntnisquellen – in der Lage, allein aus den bereits im Jahr 2000 vorliegenden Unterlagen den Schluss zu ziehen, dass er zur Rückforderung berechtigt sei. Diese Schluss-

²⁰ Volltext abrufbar unter www.openjur.de

folgerung müsse daher nach den Umständen, die der Klägerin bekannt waren, auch bereits im Jahre 2000 möglich gewesen sein.²¹

– OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.05.2007 – 23 U 163/06²²

Der 23. Zivilsenat des OLG Düsseldorf prüft und **bejaht** als Berufungsgericht zunächst dem Grunde nach einen Rückforderungsanspruch des Auftraggebers aus § 812 BGB wegen fehlerhafter Abrechnung des Auftragnehmers:

Zu Positionen 01.02.17 und 01.02.18:

Die Baufirma habe zu Unrecht im Rahmen der Erdarbeiten die Position 01.02.17 „Unb. Betonteile aufnehmen und zur Kippe“ mit 320 m³ zu 52,68 DM, das sind 16.857,60 DM netto, und die Position 01.02.18 „Stahlbetonteile aufnehmen und zur Kippe“ mit 320 m³ zu 122,68 DM, gesamt netto 39.257,60 DM, in Rechnung gestellt und bezahlt erhalten. Die ohne rechtlichen Grund erhaltene Zahlung betrage daher insgesamt netto 56.115,20 DM. Das vereinbarte Leistungsverzeichnis habe unter den genannten Positionen die Möglichkeit vorgesehen, als Zulage den Abbruch von solchen Beton- und Stahlbetonteilen zu berechnen, die während des Bodenaushubs aufgefunden wurden und beseitigt werden mussten. Derartige Arbeiten seien aber nicht angefallen und würden von der Baufirma nicht berechnet. Es sei unstrittig, dass die Baufirma unter diesen Rechnungspositionen vielmehr Zulagen für die ihr ebenfalls in Auftrag gegebenen Abbrucharbeiten eines Betonstollens berechne. Eine derartige zusätzliche Abrechnung von Abbrucharbeiten unter den Leistungspositionen der Erdaushubarbeiten widerspreche der vertraglichen Abrede und sei unzulässig. Die Baufirma berufe sich ohne Erfolg darauf, dass sie eine entsprechende, den Vertrag ändernde Abrechnungsvereinbarung mit dem Bauleiter des Auftraggebers getroffen habe. Dabei könne dahinstehen, ob dieser Vortrag der Baufirma zutrifft, da der Auftraggeber aufgrund der behaupteten Abreden mit dem Bauleiter nicht rechtsgeschäftlich gebunden sei. Der Bauleiter sei nicht berechtigt, den Auftraggeber bezüglich einer Änderung des Bauvertrags zu vertreten.

Zu Positionen 01.03.21 und 01.03.23:

Die Baufirma habe die Rechnungspositionen 01.03.21 „Betonstollen abrechnen und zur Kippe“ mit 30.265,60 DM und 01.03.23 „Stahlbeton als Zulage“ mit 22.400 DM nicht vertragsgemäß abgerechnet. Ihr stünden nur Vergütungsansprüche von netto 21.185,92 DM und netto 15.680 DM zu, da statt der abgerechneten 320 m³ Material nur 224 m³ in Ansatz gebracht werden könnten. Die ohne rechtlichen Grund der Beklagten zugeflossene Überzahlung betrage 15.799,68 DM. Der AN habe in beiden Positionen jeweils eine nach „Wagenaufmaßen“ ermittelte Masse von 320 m³ zugrunde gelegt. Eine derartige Massenermittlung sei nicht vereinbart und deshalb unzulässig. Daher könnten nur die vom Auftraggeber zugestandenen Massen (224 m³) der Abrechnung zugrunde gelegt werden. Der schriftliche Vertrag der Parteien sehe eine bestimmte Methode der Massenermittlung nicht vor. Soweit sich die Baufirma auf eine Abrede mit dem Bauleiter des Auftraggebers beziehe, sei dies unerheblich, da dieser zu einer Vereinbarung über Vertragsmodalitäten – um eine solche handelt es sich bei der behaupteten Abrede zur Ermittlung der abzurechnenden Massen – im Namen des Auftraggebers, wie bereits ausgeführt, nicht befugt gewesen sei.

²¹ Ob das LG Kleve von positiver Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis ausgeht, ergibt sich nicht eindeutig.

²² Volltext in BauR 2007, 1753

Der Bauvertrag sehe unter Ziffer 2.4. des Angebots die Einbeziehung der VOB/C in der bei Angebotsabgabe gültigen Fassung vor. Auszugehen sei daher von der DIN 18299 und ergänzend seien die Technischen Vorschriften für Abbrucharbeiten „TV Abbrucharbeiten“ in der Fassung 1997 anzuwenden. Nach Ziffer 5.1.1 der TV Abbrucharbeiten seien übliche Näherungsverfahren zulässig, wobei hinsichtlich der jeweiligen Abbruchmethoden differenziert werde. Keine dieser Methoden berechne die Massen nach der von der Beklagten zugrunde gelegten Wagenmaßermittlung. Bei den Spaltarbeiten sähen die technischen Vorschriften in Ziffer 5.2.3 eine Abrechnung nach Kubikmeter gespaltenes Material vor, wobei der Unternehmer das feste Raummaß vor dem Abbruch ermitteln müsse (ebenso für Hochdruckschneiden Brandenburgisches Oberlandesgericht Urteil vom 14.12.2006 – 12 U 93/06). Für die Entsorgungsleistungen heiße es in Ziffer 5.3. ausdrücklich, dass die Abrechnung auf Nachweis „Tonnage lt. Wiegeschein“ zu erfolgen hat. Da damit feststehe, dass die Abrechnung der Beklagten „nach Wagenmaßern“ unzulässig ist und ein Nachholen einer spezifizierten Berechnung nicht mehr möglich ist, könnten nur die Massen zugrunde gelegt werden, die der Auftraggeber einräume. Das seien jeweils 224 m³. Nach diesen Massen ergebe sich die geringere Vergütung.

Zur Einrede der Verjährung:

Der dem Grunde nach bestehende Anspruch des Auftraggebers aus §§ 812 ff. BGB ist aber auch nach Auffassung des OLG verjährt. Das eingeschaltete Ingenieurbüro habe vor Auszahlung des Schlussrechnungsbetrags im Jahre 2000 grob fahrlässig die fehlerhafte Zuvielberechnung der Beklagten und die Notwendigkeit der Rechkürzung übersehen. Die Prüfung der Rechnung eines Bauunternehmers ohne Hinzuziehung des Leistungsverzeichnisses – so sei nach den im Prozess gemachten Angaben des Auftraggebers die Rechnungsprüfung²³ vorgenommen worden – sei eine ungewöhnlich große Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Die Rechnungsprüfung setze bei Bauverträgen notwendig voraus, dass der Prüfer weiß, welche Arbeiten zu welchen Einheitspreisen durchzuführen waren und ausgeführt wurden. Bei komplexen Bauverträgen, wie dem hier vorliegenden, sei erforderlich, dass der Prüfer das Leistungsverzeichnis heranziehe, da nur dann die Richtigkeit der Berechnungen gemäß dem Einheitspreisvertrag zwischen Massen und Einheitspreisen kontrolliert werden könne. Ohne Hinzuziehung des Leistungsverzeichnisses bestehe die Tätigkeit des Prüfers in einer bloßen Abzeichnung der Aufstellung des Unternehmers, nicht aber in der geforderten Prüfung. Da die Klägerin ohne die grobe Fahrlässigkeit des Rechnungsprüfers, die ihr zuzurechnen ist, von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners bereits im Jahre 2000 hätte Kenntnis erlangen müssen, seien die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung erfüllt gewesen mit der Folge, dass die neue dreijährige Verjährungsfrist am 01.01.2002 begann, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB. Der Lauf der Verjährungsfrist sei in der Folgezeit nicht gehemmt worden. Im Zeitpunkt der Einreichung des Mahnbescheidantrags am 08.08.2005 sei die Verjährung bereits eingetreten gewesen. Auf die erst im Jahr 2004 erfolgte Mitteilung der Rechnungsprüfung komme es nicht an.

– BGH, Urteil vom 08.05.2008 – VII ZR 106/07

Der VII. Zivilsenat des BGH weist die Revision des Streithelfers²⁴ des Auftraggebers zurück, da er den Rückforderungsanspruch des Auftraggebers ebenfalls für verjährt hält.

²³ Die Prüfung der Rechnungen durch ein Ingenieurbüro ist begrifflich von der weiter reichenden Rechnungsprüfung durch Organe der öffentlichen Finanzkontrolle (hier den Landesrechnungshof) zu unterscheiden.

²⁴ Der Auftraggeber selbst hatte wahrscheinlich kein Interesse an der Revision, da er die Überzahlung als Schaden beim Streitverkündeten (dessen grobe Fahrlässigkeit festgestellt wurde) durchsetzen kann.

§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB verlange die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen. Insofern seien die Tatsachen entscheidend, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen; dagegen sei grundsätzlich nicht vorausgesetzt, dass der Gläubiger hieraus die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (BGH, Beschluss vom 19.03.2008 – III ZR 220/07 m. w. N.).

Der Auftraggeber habe die danach erforderliche Kenntnis gehabt. Er habe das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung gekannt. Wie das Berufungsgericht festgestellt habe, sei die vertragswidrige Abrechnung und Massenermittlung aus diesen **ohne weiteres** ersichtlich.

Entgegen der Auffassung der Revision sei es nicht erforderlich, dass das Rechnungsprüfungsamt die erforderliche Kenntnis hatte. Das Gesetz stelle allein auf die Person des Gläubigers ab. Dafür, dass zusätzlich oder allein die Kenntnis eines Dritten maßgeblich wäre, biete es keine Stütze (vgl. Zimmermann, BauR 2007, 1798, 1803 ff.).

Im Übrigen müsse sich der Bauherr auch die grob fahrlässige Unkenntnis des von ihm mit der Rechnungsprüfung betrauten Bauleiters zurechnen lassen.

Das Berufungsgericht habe festgestellt, dass der Bauleiter bei der Rechnungsprüfung im Jahr 2000 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in erheblichem Maße außer Acht gelassen habe. Bei dieser Prüfung seien dieselben Tatsachen zu prüfen gewesen, die nun Grundlage des Rückforderungsanspruchs sind. Ohne grobe Fahrlässigkeit hätte daher der Bauleiter von diesen Tatsachen bereits bei der ersten Rechnungsprüfung im Jahr 2000 Kenntnis erlangen müssen.

Diese grob fahrlässige Unkenntnis müsse sich der Bauherr zurechnen lassen. Der Gläubiger müsse sich das Wissen zurechnen lassen, das ein Dritter, den er mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, in diesem Rahmen erlangt (BGH, Urteil vom 16.05.1989 – VI ZR 251/88, NJW 1989, 2323). Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze seien entgegen der Auffassung der Revision auch auf eine GmbH, an der die öffentliche Hand beteiligt ist, anzuwenden.

Das Ingenieurbüro habe in eigener Verantwortung für den Auftraggeber die Prüfung der Schlussrechnung vorgenommen, bei der es die fraglichen Kenntnisse hätte erlangen müssen. Der Auftraggeber habe die Streithelferin und diese den Bauleiter mit der Rechnungsprüfung beauftragt. Der Auftraggeber habe sich diese Weitergabe der Aufgabe der Rechnungsprüfung jedenfalls dadurch zu eigen gemacht, dass er auf das von dem Ingenieurbüro ermittelte Prüfergebnis die Schlusszahlung geleistet hat. Dass der Auftraggeber davon ausging, dass eine weitere Prüfung durch das Rechnungsprüfungsamt erfolgen würde, ändere daran nichts; denn dadurch habe er das Ingenieurbüro nicht aus der ihm eigenen Verantwortung entlassen.

3 Rezeption der Entscheidung des VII. Zivilsenats in der Rechtsprechung

Die Oberlandesgerichte²⁵ sind dem VII. Zivilsenat – soweit ersichtlich – kritiklos gefolgt. Einige haben dabei die „Erkenntnispflicht“ des Auftraggebers bei der Prüfung der Schlussrechnung teilweise sogar noch ausgeweitet:

3.1 OLG Celle, Urteil vom 07.05.2009 – 5 U 163/08

„(...)

Soweit die Klägerin rügt, dass das Landgericht keine Ausführungen dazu gemacht habe, dass die übergebenen Unterlagen komplett und aus ihnen der Abrechnungsfehler ohne Weiteres ersichtlich sei, hat die Klägerin weder in erster Instanz noch der Berufungsinstanz dargelegt, aus welchem Grunde die Abrechnungsunterlagen der Beklagten teilweise nicht vollständig gewesen seien.

(...)

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 18. März 2009 gibt dem Senat insoweit ebenfalls keine Veranlassung; erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Er benennt ebenfalls nicht; welche konkreten ggfs. prüfungsrelevanten Unterlagen hinsichtlich der Metallarbeiten gefehlt haben. Daher ist von der Prüffähigkeit der Schlussrechnung auszugehen, zumal auch das Staatliche Baumanagement die Schlussrechnung für prüfbar gehalten und deshalb die Schlusszahlung erbracht hat. Wenn die Schlussrechnung nicht mit der gebotenen Sorgfalt von den Mitarbeitern des staatlichen Baumanagements geprüft und möglicherweise die Unvollständigkeit der Unterlagen nicht bemerkt worden sein sollte, kann dies nicht dazu führen, dass die Verjährung nicht zu laufen beginnt. Würde man dem Argument nachgeben, wäre das eine Aufforderung an die öffentliche Hand, die Schlussrechnung nachlässig zu prüfen, um sich auch über den Ablauf der regulären Verjährung hinaus Rückforderungsansprüche zu erhalten.“

Das OLG Celle leitet positive Kenntnis des Auftraggebers von der vertragswidrigen Abrechnung daraus ab, dass alle prüfungsrelevanten Unterlagen vorlagen. Damit wird von der Prüfbarkeit der Schlussrechnung auf die Kenntnis aller darin enthaltenen Abrechnungsfehler geschlossen, seien diese auch noch so „versteckt“ bzw. nur mit erheblichem Aufwand zu erkennen. Dies ist unseres Erachtens verfehlt, da der Unterschied zwischen Kenntnis, grob fahrlässiger und fahrlässiger Unkenntnis nicht berücksichtigt wird (siehe hierzu unten).

3.2 OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.05.2013 – 8 U 123/09

„Als dem Abteilungsleiter ... der Klägerin die Teilschlussrechnung des Beklagten vom 10.05.2004 zur Entscheidung darüber vorlag, ob er deren Berechtigung in eigener Zuständigkeit zu prüfen hatte oder ob er dies dem Fachbauleiter überlassen konnte, verfügte er über die Kenntnis aller Tatumstände, aus denen die Klägerin nunmehr ihren Überzahlungsanspruch herleitet. Insoweit kommt es allein auf die für die Prüfung der Teilschlussrechnung notwendigen Unterlagen an (BGH NJW 2008, 2427, 2428 – Rn. 13). Dass diese dem Abteilungsleiter ...

²⁵ insbesondere OLG Frankfurt, Urteil vom 28.05.2014 – 4 U 230/13; OLG Bremen, Urteil vom 16.01.2014 – 3 U 44/13

nicht zur Verfügung standen, behauptet die Klägerin nicht. Dergleichen lässt sich auch nicht annehmen, nachdem der Genannte die Rechnung vom 20.06.2005 ... als faktische Schlussrechnung erkannte und sachlich prüfte, ohne etwa einzuwenden, er könne die Prüfung nicht erfolgreich vornehmen, weil notwendige Unterlagen fehlten.“

Das OLG Karlsruhe schließt damit von einer ohne Einwendung fehlender Unterlagen vom Auftraggeber durchgeführten Prüfung der Schlussrechnung auf die (positive) Kenntnis aller anspruchsbegründenden Umstände. Dieser Schluss ist unzulässig, denn nicht jeder Abrechnungsfehler ist aus einer Schlussrechnung samt Nachweisen ersichtlich und schon gar nicht „ohne weiteres“. Es gibt auch fahrlässig übersehene, also nicht ohne weiteres erkennbare Fehler. Für den Beginn des Ablaufs der Verjährungsfrist reicht fahrlässige Unkenntnis (Kenntnismüssen) aber nicht aus, wie unten noch gezeigt wird. Zudem wird die Beweislast im Rahmen des § 199 Abs. 1 BGB verkannt. Wendet der Auftragnehmer Verjährung ein, muss er die (für ihn günstige) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Auftraggebers darlegen und beweisen.²⁶ Der Hinweis darauf, dass der Auftraggeber die Schlussrechnung geprüft und gegebenenfalls sogar „beanstandungslos“ bezahlt habe, ist kein Nachweis der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis eines Abrechnungsfehlers.

3.3 KG, Urteil vom 19.11.2010 – 7 U 97/10

„Es ist allgemeine Ansicht in der Rechtsprechung und wird auch von der Berufung nicht in Frage gestellt, dass Kenntnis auf Seiten des Auftraggebers dann vorliegt, wenn er die vertragswidrige Abrechnung aus den ihm vorliegenden Unterlagen bei der Schlussrechnungsprüfung ohne weiteres erkennen kann (vgl. u.a. BGH BauR 2008, 1303).

(...)

Falls der Klägerin bei der Rechnungsprüfung ein Fehler unterlaufen sein sollte, schließt das die Kenntnis von der unzulässigen Abrechnung durch die Beklagten nicht aus, zumal auch der Bericht des Bundesrechnungshofes vom 1.8.2005 keine Umstände offenbart, die der Klägerin nicht schon bei der Rechnungsprüfung bekannt waren. Es liegt auf der Hand und bedarf keines besonderen Hinweises, dass sich die die Personalkostenanteile vom zukünftigen Auftragnehmer nachweisen lassen muss. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Klägerin die Formel, nach der der höchst zulässige Änderungssatz berechnet wird, nicht bekannt war. Der Rechnungshof hat zudem keine der Klägerin bis dahin unbekanntem Feststellungen darüber getroffen, dass die Lohnleitklausel im vorliegenden Fall unwirksam ist, sondern nur noch einmal allgemein zu einer sorgfältigen Prüfung aller Verträge aufgefordert, in denen solche Klauseln zur Anwendung gekommen sind.

Dass dem Bundesrechnungshof bessere Erkenntnismöglichkeiten als der Klägerin zur Verfügung standen, um die Wirksamkeit und die Berechnungsgrundlagen des auf der Lohnleitklausel beruhenden Forderungsanteils beurteilen zu können, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Zudem wertet es der Senat als mindestens grob fahrlässig im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wenn der Auftraggeber weiß oder wissen muss, welche Unterlagen er für die genaue

²⁶ BGH, Urteil vom 03.06.2008 – XI ZR 319/06: „Vielmehr wäre es – was das BerGer. verkannt hat – zunächst einmal Sache der Bekl. gewesen, zum Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem 1. 1. 2002 vorzutragen. Erst auf Grund solchen Vortrags zu der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Kl. hätte es diesem obliegen, seinerseits an der Aufklärung mitzuwirken und etwa darzulegen, was er zur Ermittlung der Voraussetzungen seines Anspruchs und der Person des Schuldners unternommen hat (...).“

Rechnungsprüfung benötigt, diese aber vom Auftragnehmer nicht anfordert. Dass der Änderungsatz nur nach Maßgabe der Kalkulation des Bieters ermittelt werden kann, liegt auf der Hand und musste jedenfalls den zuständigen Mitarbeitern der ohne weitere Hinweise einleuchten. Die Klägerin erläutert auch mit der Berufungsbegründung nicht, auf welcher Grundlage sie sonst in der Lage gewesen wäre, die Änderungssätze überhaupt zu überprüfen. Die vertragswidrige Abrechnung des Auftragnehmers ist auch dann ohne Weiteres ersichtlich, wenn dem Auftraggeber nicht sämtliche für die Rechnungsprüfung erforderliche Unterlagen vorgelegt werden, er dies erkennt und gleichwohl eine unzulängliche Prüfung billigend in Kauf nimmt.“

Wenn man dem KG folgt, gilt vereinfacht gesagt Folgendes: Wenn der Bundesrechnungshof (oder eine andere überörtliche Prüfbehörde) einen Abrechnungsfehler festgestellt hat, ohne dazu neue Unterlagen bzw. „bessere Erkenntnismöglichkeiten“ als der Auftraggeber besessen zu haben, so hätte der Auftraggeber diesen Fehler bei der Prüfung auch schon feststellen können und müssen. Das überzeugt bereits deshalb nicht, weil es voraussetzt, dass im Rahmen der überörtlichen Prüfung nur „ohne weiteres ersichtliche“ Abrechnungsfehler aufgedeckt werden, was – wie der Verfasser aus eigener Erfahrung bestätigen kann – nicht der Fall ist. Zudem wird – wiederum vorschnell – positive Kenntnis bejaht, obwohl eine solche nicht vom Auftragnehmer nachgewiesen werden konnte und somit allenfalls grob fahrlässige Unkenntnis in Betracht kommen kann.

4 Rezeption der Entscheidung des VII. Zivilsenats in der Literatur

In der Literatur findet sich zunächst eine befürwortende Stimme, die anknüpfend an die Feststellung des BGH in Rn. 14, dass es nicht auf die Kenntnis des Rechnungsprüfungsamtes (oder eines Rechnungshofs), sondern die Person des Gläubigers ankomme, eine „*Abkehr von den Staatsprivilegien der 70er Jahre*“, in denen der VII. Zivilsenat judiziert habe, dass einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich eine „*wesentlich längere Zeit*“ (z. B. sieben Jahre) für die Möglichkeit der Geltendmachung von Rückforderungen eingeräumt werden müsse, eingeleitet sieht (Ullrich in IBR 2008, a. a. O.).²⁷

Ellenberger in Palandt (75. Auflage 2016, § 199 BGB, Rn. 27) gibt den oben zitierten Leitsatz des BGH kommentarlos wieder; Gleiches geschieht in vielen baurechtlichen Lehrbüchern (z. B. Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Auflage 2013, Rn. 333; Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 28.07.2015, § 634a BGB, Rn. 220), Aufsätzen (z. B. Schulze-Hagen in BauR 2016, 396) und etlichen Kommentaren zur VOB (z. B. Messerschmidt in Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 5. Auflage 2015, § 16 VOB/B, Rn. 78; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 13. Auflage 2012, § 1 VOB/B, Rn. 27).

²⁷ Diese Bewertung erstaunt etwas, nachdem Rückforderungsansprüche aus § 812 BGB früher der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. unterlagen. Der Autor bezieht sich wohl auf die Entscheidungen des BGH (z. B. BGH, Urteil vom 22.11.1979, a. a. O.) zur **Verwirkung** des Rückforderungsanspruchs (trotz noch lange nicht abgelaufener Verjährung wurde hier teilweise eine Verwirkung schon nach Ablauf von drei oder vier Jahren befürwortet, was der BGH zu Recht zurückwies). Nach der Verkürzung der regelmäßigen Verjährung von 30 auf drei Jahre durch die Schuldrechtsreform im Jahr 2002 spielt die Verwirkung allenfalls noch eine Rolle, wenn es um die zehnjährige Auffangfrist des § 199 Abs. 4 BGB geht (zu den Anforderungen vgl. BGH, Urteil vom 14.01.2010 – VII ZR 213/07, Rn. 25). Eine Verkürzung der dreijährigen Verjährungsfrist durch Verwirkung kann nur unter ganz besonderen Umständen (die regelmäßig nicht vorliegen) angenommen werden (BGH, Urteile vom 11.10.2012 – VII ZR 10/11 und vom 23.01.2014 – VII ZR 177/13).

Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil des BGH findet sich bei Locher im VOB-Kommentar Ingenstau/Korbion, 19. Auflage 2015, § 16 Abs. 3 VOB/B, Rn. 53 (Hervorhebung durch Verfasser):

*„Nach der Rechtsprechung kommt es für die Kenntnis nur auf diejenigen Tatsachen an, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass der Gläubiger daraus die zutreffenden Rechtsfolgen zieht und Kenntnis von seinem Anspruch hat. Ist also der zu dem Rückforderungsanspruch führende Fehler in der Schlussrechnung aus den vorliegenden Unterlagen wie Leistungsverzeichnis, Aufmaß oder Schlussrechnung ohne weiteres ersichtlich, liegt Kenntnis vor (BGH, Urt. v. 08.05.2008 VII ZR 106/07, NJW 2008, 2427; Zimmermann BauR 2007, 1798; a. A. OLG Dresden BauR 2007, 400; Groß BauR 2008, 1052). Der BGH hat in dieser Entscheidung ausdrücklich darauf abgestellt, dass der Fehler leicht erkennbar war. **Bei einer konsequenten Anwendung dieser Grundsätze dürfte es aber für eine Kenntnis unerheblich sein, ob der Fehler leicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten zu erkennen ist. Die Fragwürdigkeit eines derart weit gefassten Begriffs der positiven Kenntnis zeigt sich darin, dass die fehlerhafte Rechnungsprüfung in aller Regel nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig erfolgt und der Fehler von dem Prüfer gerade nicht erkannt wird.** Trotzdem soll dieses auf Fahrlässigkeit beruhende Nichtwissen von der Überzahlung zu einer positiven Kenntnis des Rückforderungsanspruchs führen. **Wenn etwa nur durch eine nicht sicher zu beurteilende Auslegung zu ermitteln ist, ob ein nach den § 2 Abs. 5, 6 VOB/B abgerechneter Anspruch bereits von der ursprünglichen Leistungspflicht des Bauvertrags umfasst ist, und – wie sich erst nach einem Rechtsstreit herausstellt – diese Forderung unbegründet ist, kann im Falle einer Auszahlung nach Rechnungsprüfung bereits begrifflich keine Kenntnis vorliegen.** Außerdem führt diese Auffassung zu einer Schlechterstellung des Auftraggebers, der die Rechnungsprüfung auf der Grundlage der nach § 14 Abs. 1 S. 2 VOB/B beizufügenden Unterlagen durchführt, gegenüber einer Rechnungsprüfung ohne diese Unterlagen, weil ihm dann die den Rückzahlungsanspruch begründenden Tatsachen nicht bekannt sind. In diesem Fall wird aber in der Regel eine grob fahrlässige Unkenntnis i. S. d. § 199 BGB anzunehmen sein (vgl. OLG Düsseldorf BauR 2007, 1753).“*

Lochers Fazit (Rn. 55):

*„Auch wenn beim Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 BGB **auf den Einzelfall abzustellen** ist, lassen sich doch folgende **Fallgruppen** bilden: Ergibt sich der Berechnungsfehler aus der Schlussrechnung oder den beigefügten Unterlagen und ist er **ohne große Schwierigkeiten zu erkennen**, ist von Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen. Letztere liegt auch dann vor, wenn die Rechnungsprüfung und die Schlusszahlung vorgenommen werden, ohne dass die für eine ordnungsgemäße Überprüfung erforderlichen Unterlagen (§ 14 Abs. 1 S. 2 VOB/B) vorliegen. **Lässt sich dagegen der Fehler aus den Unterlagen nur mit erheblichem Aufwand oder überhaupt nicht (etwa bei einem Aufmaßfehler) feststellen, beginnt die Verjährungsfrist nicht mit der Schlusszahlung zu laufen.**“*

Ähnliche Ansätze finden sich bereits bei **Groß** in seinem **vor** Ergehen des BGH-Urteils verfassten und in BauR 2008, 1052 veröffentlichten Aufsatz „Rückforderungsansprüche öffentlicher Auftraggeber im VOB-Vertrag“ (Hervorhebungen durch Verfasser):

*„Ausgehend davon, dass der Schlusszahlung eine ordnungsgemäße Überprüfung der Schlussrechnung voraus gegangen ist, **wird man zumindest unterstellen müssen, dass das notwendige Tatsachenmaterial zur Feststellung einer Überzahlung (Leistungsverzeichnis, Aufmaßblätter, Stundenlohnzettel etc.) vorhanden war. Allerdings kann daraus nicht***

automatisch auf positive Tatsachenkenntnis geschlossen werden. Dafür ist weitere Voraussetzung, dass sich die Tatsachengrundlage derart offensichtlich zu einem geschlossen Bild von Überzahlungen verdichtet, dass sie einen Rückforderungsanspruch zumindest als nahe liegend erscheinen lässt (So die ständige Rechtsprechung zum insofern inhaltsgleichen § 852 BGB a. F., siehe BGH, VersR 1986, 1080, 1081; NJW-RR 1990, 343, 344 [BGH 19.12.1989 – VI ZR 57/89]). Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Auftraggeber auch die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Ausreichend ist mithin das Erkennen einer Überzahlung, nicht jedoch die rechtliche Würdigung, unter welchen Gesichtspunkten sich daraus im Einzelnen Rückforderungsansprüche ergeben.

In der Praxis der Schlussrechnungsprüfung, die bei öffentlichen Auftraggebern regelmäßig auf der Basis umfangreicher Prüfungsunterlagen erfolgt, wird man indessen nur selten von den Prüfunterlagen auf positive Tatsachenkenntnis schließen können. Allerdings kommt noch grob fahrlässige Unkenntnis als Verjährungsauslöser in Betracht. Grobe Fahrlässigkeit setzt voraus, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, der Gläubiger sich also auf der Hand liegenden Erkenntnissen verweigert, die sich ihm ohne nennenswerte Kosten und Mühen erschließen könnten. **Teilweise wird grobe Fahrlässigkeit bei Zahlungen auf überhöhte Schlussrechnungen generell verneint. Allerdings müssen auch an die Schlussrechnungsprüfung gewisse Mindestanforderungen gestellt werden, die den verkehrüblichen Gepflogenheiten bei der Abwicklung öffentlicher Bauverträge entsprechen. Daher sind jedenfalls die gebräuchlichen Abrechnungs- und Prüfunterlagen notwendig in die Prüfung einzubeziehen. Grobe Fahrlässigkeit ist daher etwa mit dem OLG Düsseldorf²⁸ anzunehmen, wenn noch nicht einmal das Leistungsverzeichnis – als notwendige Grundlage zur Zuordnung von Massen und Einheitspreisen – berücksichtigt wurde.“**

Zimmermann dagegen bejaht in seinem vom BGH zitierten Aufsatz in BauR 2007, 1798 ff. eine Kenntnis des Auftraggebers von den anspruchsbegründenden Umständen bereits dann, wenn der Schlussrechnung „alle relevanten Unterlagen“ beilagen:

„Dem öffentlichen Auftraggeber liegen bei Prüfung der Schlussrechnung grundsätzlich alle wesentlichen Tatsachen vor: er kann der Rechnung die geleistete Arbeit, das verwendete Material, die angesetzten Stunden, sämtliche Massen und Preise entnehmen.

Liegen also alle relevanten Unterlagen vor, aus denen sich eine Überzahlung ermitteln ließe, besitzt der Auftraggeber mit Beendigung der Prüfung die erforderliche Kenntnis über die Umstände, die einen Anspruch ausmachen können. Unterlässt er eine Prüfung, obwohl ihm alle Unterlagen vorliegen, denen er eine Überzahlung entnehmen könnte, handelt er grob fahrlässig. Wenn er bei der Prüfung irrtümlich fehlerhafte Angaben als richtig ansieht oder einfach übersieht, ordnet er sie zwar rechtlich nicht richtig ein, hat aber gleichwohl Kenntnis von ihnen erlangt. Eine zutreffende rechtliche Einordnung oder Bewertung des Sachverhalts ist gerade nicht für den Beginn des Fristablaufs erforderlich. Der öffentliche Auftraggeber muss also nicht die eigentliche Überzahlung als solche erkennen, sondern muss lediglich die Zahlen und Werte kennen, aus denen sich die Überzahlung ergibt. Diese Zahlen und Werte erkennt er aber schon dann, wenn er seinen Haken bei der Prüfung neben sie macht bzw. wenn er sie trotz Prüfung nicht beanstandet.“

²⁸ Entscheidung vom 08.05.2007 = Vorinstanz zur BGH-Entscheidung vom 08.05.2008, siehe oben

Diese Auslegung ist unseres Erachtens nicht tragfähig, denn sie schraubt die Anforderungen an die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen so weit herunter, dass praktisch jede vertragswidrige Abrechnung als bekannt behandelt werden müsste.

5 Eigene Stellungnahme

5.1 Wann ist die vertragswidrige Abrechnung und Mengenermittlung „ohne weiteres“ ersichtlich?

Der VII. Zivilsenat des BGH unterstellt, dass der mit der Schlussrechnungsprüfung betraute Bearbeiter des Auftraggebers das LV kannte und aus diesem Wissen heraus zusammen mit den vom AN vorgelegten Aufmaßen und der Schlussrechnung selbst eine vertragswidrige Abrechnung und Mengenermittlung „ohne weiteres“ ersichtlich war. Der VII. Zivilsenat leitet hieraus die (positive) Kenntnis „der Klägerin“ (wer konkret gemeint ist, bleibt offen) von den den Anspruch begründenden Umständen ab (Rn. 13); „im Übrigen“ müsse sich der Auftraggeber auch die grob fahrlässige Unkenntnis des von ihm mit der Rechnungsprüfung betrauten externen Bauleiters zurechnen lassen.

Das überzeugt weder im konkreten Fall noch im Allgemeinen.

Das BGB unterscheidet drei Arten von Kenntnis:

Zunächst die (positive) „Kenntnis“, z. B. in § 640 Abs. 2 BGB (Abnahme):

*„Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, **obschon er den Mangel kennt**, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.“*

Dem Besteller schadet hier nur positive Kenntnis der Tatsachen, die den Mangel begründen, Kennenmüssen reicht nicht (Palandt-Sprau, § 640 BGB, Rn. 13). Selbst eine grob fahrlässige Unkenntnis, also wenn der Mangel offenkundig war und trotzdem übersehen wurde, ist regelmäßig²⁹ unschädlich. Das BGB definiert den Begriff der Kenntnis nicht, insofern ist auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen, wonach Kenntnis Folgendes bedeutet:

„Über jemanden, etwas unterrichtet sein; sich einer Sache in ihrer Bedeutung, Tragweite, Auswirkung bewusst sein (Wortherkunft wissen: mittelhochdeutsch wizzzen, althochdeutsch wizzan, eigentlich = gesehen haben, ursprünglich = erblicken, sehen (Bedeutungsentwicklung über »gesehen haben [und daher wissen])“³⁰

Die Wortlautauslegung ergibt somit, dass es für Kenntnis nicht ausreicht, wenn etwas (ohne weiteres) „ersichtlich“ ist, sondern es „gesehen“ worden sein muss.

²⁹ Das OLG Dresden, Urteil vom 15.11.2002 – 4 U 2123/01 – meint, es könne bei § 640 Abs. 2 BGB für den Nachweis positiver Kenntnis – je nach den Umständen – genügen, wenn der Mangel so klar und gravierend in Erscheinung getreten ist, dass insbesondere ein sachkundiger Auftraggeber ihn einfach nicht übersehen kann. Dies sei aber angesichts der Beweislastverteilung nur nach dem jeweiligen Einzelfall und mit äußerster Vorsicht und Zurückhaltung anzunehmen.

³⁰ Quelle: Duden.de

In anderen Fällen hat es der Gesetzgeber für angebracht gehalten, nicht nur positive Kenntnis zu sanktionieren, sondern bereits fahrlässige Unkenntnis ausreichen zu lassen, so z. B. in § 179 BGB (Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht):

„(3) Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste.“

Kennenmüssen ist in § 122 Abs. 2 BGB legaldefiniert (Hervorhebung durch Verfasser):

„Die Schadensersatzpflicht“ (des Anfechtenden – durch Verfasser) „tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder **infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste)**.“

Fahrlässigkeit bedeutet gemäß der Legaldefinition in § 276 BGB Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Welcher Sorgfaltsmaßstab gilt, ist Frage des Einzelfalls.

Zwischen diesen beiden Systemen ordnen sich die Fälle ein, in denen das BGB neben der Kenntnis zwar nicht bereits die fahrlässige Unkenntnis, aber die **grob** fahrlässige Unkenntnis sanktioniert. Das gilt z. B. für die Haftung des Schenkers für Mängel (dieser haftet gemäß § 523 Abs. 2 und § 524 Abs. 2 BGB für Sach- und Rechtsmängel der geschenkten Sache, wenn ihm der Mangel bei dem Erwerb der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist) und beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten (gutgläubig erwerben kann gemäß § 932 Abs. 2 BGB nicht, wenn zum Zeitpunkt des Erwerbs bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört).

Grob fahrlässige Unkenntnis ist nicht im BGB legaldefiniert. Zum Adjektiv „**grob**“ enthält der Duden mehrere Bedeutungen; im Zusammenhang mit „fahrlässig“ ist die folgende einschlägig:

„schwerwiegend und offensichtlich“

Als Synonyme werden insofern genannt (Hervorhebungen durch Verfasser):

„**augenfällig**, bedeutend, deutlich, drastisch, **eindeutig**, eklatant, empfindlich, gravierend, **ins Auge fallend/springend**, klar [erkennbar/ersichtlich], **nicht zu übersehen**, **offenkundig**, **offensichtlich**, schmerzlich, schwer[wiegend], sichtbar, sichtlich, spürbar, tief greifend, **unübersehbar**, **unverkennbar** (...)“³¹

Überträgt man dies auf die hier interessierenden Abrechnungsfehler, ergibt die grammatische Auslegung, dass für den Beginn der Verjährungsfrist nur „ins Auge springende“, „nicht zu übersehende“ Fehler ausreichen können.

Auch die systematische Auslegung spricht dafür, die grob fahrlässige Unkenntnis näher bei der positiven Kenntnis als bei der fahrlässigen Unkenntnis anzusiedeln, da gemäß § 199 BGB Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis dieselbe Rechtsfolge (Beginn der Verjährungsfrist) herbeiführen.

³¹ Quelle: Duden.de

Die historische Auslegung (Wille des Gesetzgebers) hat sich an der veröffentlichten Begründung der Schuldrechtsreform (BT-Drs. 14/6040), mit der das Verjährungsrecht neu gefasst wurde, zu orientieren. Folgende Erwägungen des Bundesgesetzgebers sind relevant:

„Was die Interessen des Gläubigers anbelangt, war es das Ziel zu gewährleisten, dass ihm eine faire Chance eröffnet wird, seinen Anspruch geltend zu machen. Das bedeutet, dass ihm grundsätzlich hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, das Bestehen seiner Forderung zu erkennen, ihre Berechtigung zu prüfen, Beweismittel zusammenzutragen und die gerichtliche Durchsetzung der Forderung ins Werk zu setzen.“³²

Der Gesetzgeber hält es also für wichtig, dem Gläubiger ausreichend Zeit zuzugestehen. Die Verkürzung der bis dahin geltenden Regelverjährungsfrist von 30 auf drei Jahre steht mit diesem Ziel nur dann in Einklang, wenn die neu eingeführten Tatbestandsmerkmale der Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis als subjektive Elemente eng ausgelegt werden.

„Was die Interessen des Schuldners betrifft, so richten sie sich in erster Linie darauf, vor den Nachteilen geschützt zu werden, die der Ablauf von Zeit bei der Abwehr unbegründeter Ansprüche mit sich bringt. Der Schuldner kann Belege und Beweismittel nur für eine begrenzte Zeit aufbewahren. In Beweisnot kann er durch Zeitablauf auch deshalb geraten, weil Zeugen nicht mehr namhaft gemacht werden können, unerreichbar sind oder sich an die streitigen Vorgänge nicht mehr zu erinnern vermögen. Dies gilt namentlich dann, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen, von denen der Anspruch des Gläubigers abhängt, vermutet wird und dem Schuldner der Gegenbeweis dafür obliegt, dass jene Voraussetzungen nicht gegeben seien.“³³

Bei den vorliegend interessierenden Überzahlungsfällen trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Abrechnung nicht vertragsgerecht ist und deshalb eine Zahlung ohne Rechtsgrund erfolgte.³⁴ Die vom Bundestag angesprochene Beweisnot des AN kann somit nicht entstehen. Allerdings führt der Bundestag weiter aus:

„Auch kann den Schuldner die Erfüllung des Anspruchs deshalb hart treffen, weil er infolge des Zeitablaufs Regressansprüche gegen Dritte verloren hat, sei es, weil der Regressschuldner nicht mehr aufgefunden werden kann oder zahlungsunfähig geworden ist, sei es auch, weil er sich seinerseits auf Verjährung der Regressforderung berufen kann.“

Auch diese Situation besteht bei den klassischen bauvertraglichen Rückforderungsfällen regelmäßig nicht, da der Rückforderungsanspruch des AN gegen seinen Subunternehmer ebenfalls erst mit Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis zu laufen beginnt.

Zur Einführung der subjektiven Merkmale in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB führt der Gesetzgeber Folgendes aus:

„Nach der Nummer 2 ist weitere Voraussetzung, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Damit wird das aus dem bisherigen § 852 Abs. 1 bekannte Merkmal der Kenntniserlangung erweitert um die grob fahrlässige Unkenntnis. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseitege-

³² BT-Drs., a. a. O., S. 95

³³ BT-Drs., a. a. O., S. 96

³⁴ Palandt-Sprau, § 812 BGB, Rn. 76

schoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen Davon ist Kenntnis, wie sie in § 852 Abs. 1 verlangt wird, nicht weit entfernt.“

Der Gesetzgeber fordert also eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in **ungewöhnlich** großem Maße und nähert die grob fahrlässige Unkenntnis der positiven Kenntnis an.

Aus der Gesetzesbegründung wird indes auch deutlich, dass dem Bundesgesetzgeber die Abgrenzung zwischen grob fahrlässiger Unkenntnis und fahrlässiger Unkenntnis (Kennenmüssen, § 122 Abs. 2 BGB) nicht ausreichend klar war:

„Diese Auflockerungstendenzen haben Peters/Zimmermann in ihrem Gutachten zu dem Vorschlag bewogen, die grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichzustellen (vgl. den von Peters/Zimmermann vorgeschlagenen § 199 – Hemmung durch Unkenntnis des Berechtigten, S. 316). In § 12 des ProdHaftG hat der Gesetzgeber diese Angleichung auch schon vollzogen.“³⁵

§ 12 des ProdHaftG lautet allerdings (seit 01.12.2000 unverändert) wie folgt:

„(1) Der Anspruch nach § 1 verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Ersatzberechtigte von dem Schaden, dem Fehler und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.“

Erwähnt und von der Rechtsfolge her gleich behandelt sind hierbei die (positive) Kenntnis und das Kennenmüssen, welches aber gerade keine grob fahrlässige Unkenntnis ist, sondern Unkenntnis in Folge von (einfacher) Fahrlässigkeit, siehe § 122 Abs. 2 BGB.

Insgesamt ist der Wille des Gesetzgebers dahingehend zu verstehen, dass die in § 199 BGB eingeführte grob fahrlässige Unkenntnis die besonderen Sachverhaltsgestaltungen erfassen soll, unter denen die Rechtsprechung bereits früher bei § 852 Abs. 1 BGB a. F. eine Kenntnis unterstellt hat. Eine „Aufweichung“ der Anforderungen an grobe Fahrlässigkeit im Rahmen des § 199 BGB ist der Gesetzesbegründung dagegen nicht zu entnehmen; sie wäre auch unzulässig, da der Begriff der groben Fahrlässigkeit im gesamten BGB aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich auszulegen ist.

Grob fahrlässige Unkenntnis liegt nach der **Rechtsprechung** der anderen Zivilsenate des BGH vor, wenn *„die anspruchsbegründenden Umstände dem Gläubiger nur deshalb nicht bekannt sind, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt **in ungewöhnlich großem Maße** verletzt und auch **ganz nahe liegende** Überlegungen nicht angestellt hat oder das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall **jedem** hätte einleuchten müssen, wie etwa dann, wenn sich dem Gläubiger die den Anspruch begründenden **Umstände förmlich aufgedrängt** haben und er **leicht zugängliche** Informationsquellen nicht genutzt hat. Dem Gläubiger muss persönlich ein **schwerer** Obliegenheitsverstoß in eigenen Angelegenheiten der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können.“³⁶ Im Gegensatz zur einfachen Fahrlässigkeit muss es sich *„bei einem grob fahrlässigen Verhalten um ein auch in subjektiver Hinsicht unentschuldbares Fehlverhalten handeln, das ein gewöhnliches Maß erheblich übersteigt.“³⁷**

³⁵ BT-Drs., a. a. O., S. 108

³⁶ BGH, Urteil vom 10.11.2009 – VI ZR 247/08; Palandt-Ellenberger, § 199 BGB, Rn. 39 m. w. N.

³⁷ BGH, Urteil vom 29.01.2003 – IV ZR 173/01

Der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist erfordert gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB entweder positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis. Fahrlässige Unkenntnis des Bestellers setzt die Verjährung dagegen nicht in Lauf. Der AN, der die Einrede der Verjährung des Rückforderungsanspruchs erhebt,³⁸ hat die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Auftraggebers zu beweisen und nicht etwa der Auftraggeber, dass er keine Kenntnis hatte.

Es wird deutlich, dass der Leitsatz der hier besprochenen Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 08.05.2008 dogmatisch unscharf ist, da er die „*subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB*“ (das sind alternativ die Kenntnis **oder** die grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände) mit ein und derselben Definition belegt, obwohl es sich um unterschiedliche und voneinander abzugrenzende „Erkenntnisstadien“ handelt. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB stellt Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis nur hinsichtlich der Rechtsfolge gleich, nicht hinsichtlich der Voraussetzungen.³⁹ Soweit der VII. Zivilsenat **positive Kenntnis** annimmt, wenn aus LV, Aufmaßen und Schlussrechnung eine vertragswidrige Abrechnung (als anspruchsbegründender Umstand) ohne weiteres „ersichtlich“ ist, ist dies – ohne an dieser Stelle auf die Einschränkung „ohne weiteres“ näher eingehen zu müssen – abzulehnen, da es beim Begriff der Kenntnis gerade nicht um „Erkennbarkeit“, sondern um ein (vom AN nachzuweisendes) „Gesehen haben“ geht (siehe oben).

Die im Leitsatz enthaltene Definition des VII. Zivilsenats kann richtigerweise nur zur Prüfung der zweiten Alternative des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der grob fahrlässigen Unkenntnis, herangezogen werden. Die vom VII. Zivilsenat getroffene Bewertung, dass grob fahrlässige Unkenntnis zu bejahen sei, wenn die vertragswidrige Abrechnung und Massenermittlung „ohne weiteres“ aus LV, Aufmaßen und Schlussrechnung ersichtlich ist, bedarf der Konkretisierung. Wann ist der Abrechnungsfehler „ohne weiteres“ ersichtlich? Um in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH zum Begriff der groben Fahrlässigkeit (siehe oben) zu stehen, muss eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung des Prüfenden vorliegen. Damit ist aber – nicht nur für den Bereich der häufig umfangreichen und komplexen öffentlichen Bauverträge – klar, dass es nicht ausreicht, wenn ein Abrechnungsfehler z. B. erst durch genaues Studieren der Aufmaßzettel, Heranziehung nicht ausdrücklich im Vertrag wiedergegebener Abrechnungsvorschriften oder Beantwortung schwieriger Auslegungsfragen aufgedeckt werden kann. Vielmehr ist die erforderliche grobe Sorgfaltspflichtverletzung richtigerweise nur dann zu bejahen, wenn „auf den ersten Blick ins Auge springende“ Fehler übersehen werden. Dies wird sowohl durch die grammatische wie die systematische Auslegung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB gestützt (siehe oben).

Zur insofern vorzunehmenden Einschränkung bzw. Definition der bei einer (sachgerechten) Schlussrechnungsprüfung „**ohne weiteres**“ ersichtlichen Fehler siehe bereits folgende Stimmen (Hervorhebungen durch Verfasser):

Schade in Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 2. Auflage 2014, § 5 Rn. 32:

„Wird ein Rückzahlungsanspruch erst mehr als drei Jahre nach Ablauf des Jahres der Schlussrechnungslegung festgestellt und/oder klageweise geltend gemacht, muss der Anwalt zur Vermeidung böser Überraschungen im Rahmen der Klagevorbereitung wegen der zu erwartenden Verjährungseinrede genau prüfen, ob und aus welchen Gründen es dem Auftraggeber nicht möglich gewesen sein soll, die dem Anspruch zugrunde liegenden Fehler der Schlussrechnung

³⁸ Das muss er tun, ansonsten wird das Thema Verjährung vom Gericht nicht geprüft; geleistete (Rück-)Zahlungen in Unkenntnis der Verjährung kann der AN zudem gemäß § 214 Abs. 2 BGB nicht zurückfordern.

³⁹ missverständlich insofern Palandt-Grüneberg, § 277 BGB, Rn. 4

bereits bei deren Übergabe und Prüfung festzustellen. Nicht auszuschließen ist nämlich, dass die Durchsetzung solcher erst nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB erhobener Rückzahlungsansprüche scheitert, die auf bei ordnungsgemäßer Prüfung der Schlussrechnung **ohne weiteres feststellbaren groben Abrechnungsfehlern** beruhen (bspw. **Ansatz nicht vertragsgemäßer Preise, vom gemeinsamen Aufmaß abweichende Angaben, Übertragungsfehler, Doppelabrechnungen etc.**).“

Messerschmidt in Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 5. Auflage 2015, § 16 VOB/B, Rn. 78:

„Da die Verjährungsfrist jedoch auf maximal 10 Jahre befristet ist (§ 199 Abs. 4 BGB), wird sich künftig in besonderem Maße die Frage stellen, ab welchem Zeitpunkt innerhalb vorgenannter Grenzen der Auftraggeber um die für die Rückzahlung maßgebenden Umstände wusste oder sie ohne grobe Fahrlässigkeit zumindest hätte wissen müssen. Im Einzelfall wird es entscheidend darauf ankommen, zu welchem Zeitpunkt der Auftraggeber im Stande war, sich **in zumutbarer Weise ohne besondere Mühe und Kosten** die Informationen zu verschaffen, die sich als erforderlich erwiesen haben, um die Fehler der Schlussrechnung und der daraufhin geleisteten Schlusszahlung zu erkennen (...).“

Kandel in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, Vorb. § 16 Rn. 57:

„Problematisch für den Auftraggeber kann hier vor allem die Frage der **grobfahrlässigen Unkenntnis** von den anspruchsbegründenden Umständen sein, die in den Fällen der Schlussrechnungsüberzahlung **jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn der Auftraggeber bei einer sachlich richtig ermittelten Schlusszahlungsforderung einen überhöhten Betrag zahlt.**“

Vergegenwärtigt man sich noch einmal die oben zitierten Anforderungen der Rechtsprechung an eine grobe Fahrlässigkeit sowie die Bedeutung des Wortes „grob“, erscheint es unseres Erachtens allerdings nur in folgenden der benannten Fälle richtig, in der Regel von grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen:

- Rechnungsprüfung und Schlusszahlung werden vorgenommen, obwohl der Schlussrechnung keine begründenden, für eine ordnungsgemäße Überprüfung aber erforderlichen Unterlagen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 VOB/B) vorliegen.
- Auftraggeber zahlt einen über die sachlich richtig ermittelte Schlusszahlungsforderung hinausgehenden Betrag.

Im ersten Fall handelt es sich um einen quasi „ins Blaue hinein“ prüfenden und auszahlenden Auftraggeber, der trotz Fehlens jeglicher (erkennbar erforderlicher) begründender Unterlagen prüft und bezahlt. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn sich dieser Auftraggeber später darauf berufen könnte, die in der Schlussrechnung enthaltenen vertragswidrigen Abrechnungen seien für ihn mangels begründender Unterlagen nicht erkennbar gewesen, während dem Auftraggeber, der die Unterlagen nachfordert, im Falle des Übersehens eines dann „ohne weiteres“ ersichtlichen Abrechnungsfehlers grob fahrlässige Unkenntnis attestiert wird.

Es stellt sich allenfalls die Frage, ob das Verdikt der „grob fahrlässigen Unkenntnis“ den ins Blaue hinein prüfenden Auftraggeber auch dann trifft, wenn die (später festgestellte) Überzahlung aus der Schlussrechnung und den zugehörigen Abrechnungsunterlagen (auch wenn sie angefordert worden wären) **nicht** ohne weiteres erkennbar war. Dies würde bedeuten, dass der „ins Blaue hinein“ prüfende Auftraggeber verjährungsrechtlich schlechter gestellt wird als

der „brave“ Auftraggeber, der die nicht ohne weiteres erkennbaren Abrechnungsfehler des AN übersieht. Mit anderen Worten: Darf man dem „ins Blaue hinein“ prüfenden und auszahlenden Auftraggeber grob fahrlässige Unkenntnis auch bezüglich der nicht ohne weiteres erkennbaren Abrechnungsfehler unterstellen?

Es stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber hier den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erheben kann. Dieser im Schadensrecht entwickelte Grundsatz besagt, dass Schäden, die auch bei einem rechtmäßigen Verhalten des Schädigers entstanden wären, vom Schutzzweck der Haftungsnormen regelmäßig nicht erfasst werden.⁴⁰ Der Auftraggeber müsste also in unserem Fall belegen können, dass die vertragswidrige Abrechnung auch bei sachgerechter Prüfung nicht entdeckt worden wäre. Theoretisch ist aber praktisch jeder noch so versteckte Abrechnungsfehler auffindbar, wenn auch nur mit gegebenenfalls sehr hohem Zeitaufwand und „Expertenwissen“. Prüfaufwand und möglicher Ertrag können hierbei in ein Missverhältnis geraten; das dürfte aber rechtlich keine Rolle spielen, denn es reicht letztlich nicht aus, dass die Überzahlung bei einem rechtmäßigen Vorgehen „möglicherweise“ auch entstanden wäre.⁴¹

Den ohne Abrechnungsunterlagen „ins Blaue hinein“ prüfenden und auszahlenden Auftraggeber trifft letztlich berechtigterweise der Vorwurf, sich auch bezüglich der nicht ohne weiteres erkennbaren Abrechnungsfehler bewusst unwissend gehalten zu haben. Damit erscheint es gerechtfertigt, in diesen – in der Praxis allerdings kaum vorkommenden – Fällen auch diesbezüglich eine grob fahrlässige Unkenntnis und damit den Beginn der kurzen Verjährungsfrist zum Ende des Jahres, in dem die Schlussrechnung geprüft und bezahlt wurde, zu bejahen.

Im zweiten Fall beruht die Überzahlung nicht (wie im Regelfall) auf einer nicht erkannten vertragswidrigen Abrechnung des AN, sondern auf einem über die Forderung des AN hinausgehenden und damit zu hohen Schlusszahlungsbetrag. Hierin dürfte wohl in aller Regel ein besonders gravierender Sorgfaltsverstoß und damit grob fahrlässige Unkenntnis vorliegen.⁴² Ohne weiteres als vertragswidrig ersichtlich dürfte auch sein, wenn anstatt vereinbarter Einheitspreise eine Pauschale abgerechnet wird.

Liegen die zur Prüfung erforderlichen Unterlagen vor, geht es um die Frage, welche Abrechnungsfehler aus LV, Aufmaßen und Schlussrechnung „ohne weiteres“ erkennbar sind. Folgende Fehler drängen sich unseres Erachtens entgegen den obigen Stimmen regelmäßig nicht „förmlich auf“ und sind nicht „augenfällig“; sie sind damit nicht „ohne weiteres“ erkennbar:

- Ansatz nicht vertragsgemäßer Einheitspreise (nur bei Abgleich mit LV und gegebenenfalls vorliegenden nachträglichen Vertragsänderungen erkennbar)
- vom gemeinsamen Aufmaß abweichende Angaben (nur bei Abgleich mit gegebenenfalls umfangreichen Aufmaßunterlagen erkennbar)
- Übertragungsfehler (ergeben sich nicht unmittelbar aus der Schlussrechnung)
- Doppelabrechnungen (Sind LV-Positionen doppelt in der Schlussrechnung enthalten, ist dies zwar ohne weiteres erkennbar, eine materielle Falschabrechnung ergibt sich hierbei aber nur, wenn die an sich richtige Menge doppelt abgerechnet wurde und nicht etwa auf zwei Abrechnungspositionen verteilt wurde.)

⁴⁰ siehe hierzu Palandt-Grüneberg, Vorb. vor § 249 BGB, Rn. 64 ff.

⁴¹ vgl. BGH, NJW 1993, 520

⁴² Denkbar erscheint auch ein Rückforderungsverlust nach § 814 BGB wegen Kenntnis der Nichtschuld.

Eine grob fahrlässige Unkenntnis wird von den obigen Stimmen in folgenden Fällen richtigerweise verneint:

- Es ist nur durch eine nicht sicher zu beurteilende Auslegung zu ermitteln, ob ein nach den §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B abgerechneter Anspruch bereits von der ursprünglichen Leistungspflicht des Bauvertrags umfasst ist.
- Der Fehler lässt sich nur mit erheblichem Aufwand, Mühe bzw. Kosten oder überhaupt nicht (etwa bei einem Aufmaßfehler) feststellen.

Allerdings werden immer die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sein. Das sieht auch der VII. Zivilsenat so, denn sein Leitsatz gilt nur „in der Regel“. So sollte z. B. der Umfang der Schlussrechnung bzw. der hiermit vorgelegten Nachweise, aber auch die finanzielle Auswirkung des Fehlers eine Rolle spielen. Ist der Umfang der zu prüfenden Unterlagen überschaubar⁴³ und die finanzielle Auswirkung des Fehlers (absolut oder auch in Relation zur Auftragssumme) gravierend, wird man eher von grob fahrlässiger Unkenntnis ausgehen können, wenn er übersehen wird, als wenn es sich um einen kleineren Fehler inmitten eines großen Abrechnungspakets handelt. Es fällt schwer, klare Fallgruppen aufzustellen. Wegen der „Verschlingung“ objektiver und subjektiver Gesichtspunkte und der Notwendigkeit, die Würdigung auf die besonderen Umstände des Einzelfalls abzustellen, lassen sich nur mit großen Vorbehalten allgemeine Regeln darüber entwickeln, wann eine Fahrlässigkeit als grobe zu qualifizieren ist (so wörtlich BGH, VersR 1967, 909, zu einem Fall aus dem Versicherungsvertragsrecht).

Was gilt zum Beispiel im Falle eines vergessenen Nachlasses? Dieser ist z. B. mit 2 % vereinbart, in der Schlussrechnung des AN aber nicht enthalten, was zu einer Überzahlung führt. Ist dies „ohne weiteres ersichtlich“? Man könnte hier argumentieren, dass etwas, das nicht in der Schlussrechnung enthalten ist, auch nicht ersichtlich sein kann und somit keine grob fahrlässige Unkenntnis vorliegen kann. Andererseits ist ein Nachlass normalerweise mit einem Blick in das Angebot⁴⁴ oder das Submissionsprotokoll⁴⁵ erkennbar, was wiederum aber voraussetzt, dass diese bei der Prüfung der Schlussrechnung beigezogen werden müssen, wovon nicht ohne weiteres auszugehen ist. Man könnte auch argumentieren, dass es in Zeiten elektronischen Haushaltsvollzugs spätestens der anweisenden Stelle auffallen müsste, wenn der vereinbarte (und ins System sachgerechterweise bereits bei Beauftragung eingepflegte) Nachlass nicht berücksichtigt wurde. Weitergehend könnte man noch danach differenzieren, wie lange der Vertragsschluss zurückliegt und/oder ob der Nachlass bei den Abschlagsrechnungen enthalten war oder nicht. Der vom Auftraggeber mit der Rechnungsprüfung⁴⁶ beauftragte Architekt oder Ingenieur muss zwar bereits bei Abschlagsrechnungen (und somit erst recht bei der Schlussrechnung) überprüfen, ob ein vereinbarter Nachlass berücksichtigt wurde,⁴⁷ das sagt aber noch nichts darüber aus, ob es grob fahrlässig ist, wenn er das nicht tut; denn zur Bejahung einer Pflichtverletzung reicht (einfache) Fahrlässigkeit aus.

⁴³ So hat z. B. das OVG Münster in einem Fall der Rückforderung von Versorgungsbezügen eine grob fahrlässige Unkenntnis der zuständigen Behörde unter anderem mit dem Hinweis auf die Überschaubarkeit der Versorgungsakte begründet (Beschluss vom 19.08.2014 – 5 LA 85/14).

⁴⁴ siehe z. B. Ziffer 4 Angebotsschreiben VHB Bayern (213.H)

⁴⁵ siehe z. B. Formblatt 313.2 VHB Bayern

⁴⁶ Grundleistung der Leistungsphase 8 z. B. im Leistungsbild Gebäude gemäß Anlage 10.1 zu § 34 Abs. 4 HOAI 2013

⁴⁷ siehe BGH, Urteil vom 14.05.1998 – VII ZR 320/96; OLG Hamm, Urteil vom 07.08.2008 – 21 U 78/07; OLG Oldenburg, Urteil vom 20.01.2009 – 12 U 101/08

Die Bewertung vergessener Nachlässe (ebenso vereinbarter Abzüge für Baustrom und Bauwasser) stellt sich somit besonders schwierig dar.

Handelt es sich dagegen um vom AN in die Schlussrechnung „eingebaute“ Abrechnungsfehler, so ist der Beginn der Verjährungsfrist richtigerweise regelmäßig davon abhängig, ob der Fehler auf den ersten Blick ins Auge springt (dann „ohne weiteres“ erkennbar und grob fahrlässige Unkenntnis zu bejahen) oder eben nicht. Eine Ausweitung der „ohne weiteres“ gegebenen Er-sichtlichkeit auf Fälle, in denen sich die Falschabrechnung erst auf den zweiten oder dritten Blick ergibt, erscheint nicht gerechtfertigt; denn das sind Fälle einfacher Fahrlässigkeit, welche aber zum Beginn des Laufs der Verjährungsfrist nicht ausreicht.

Auch die wertungsmäßige Betrachtung (§ 242 BGB) spricht für dieses Auslegungsergebnis; denn es geht bei den Überzahlungsfällen um Rückforderungsansprüche des Auftraggebers, die auf einer vertragswidrigen Abrechnung des AN beruhen. Soll dieser davon profitieren, dass der Auftraggeber diese Fehler übersehen hat? Der AN hat etwas erlangt, worauf er keinen Anspruch hat und soll dies nun gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB herausgeben. In den „Genuss“ der kurzen dreijährigen Verjährungsfrist kommt – bei deren Vorliegen – dabei grundsätzlich selbst der vorsätzlich zu hoch abrechnende AN.⁴⁸ Diese kurze Frist darf aber wirklich nur dann ausnahmsweise zum Tragen kommen, wenn eine gravierende Sorgfaltspflichtverletzung des Auftraggebers bei der Rechnungsprüfung bewiesen werden kann, und nicht bei den häufigeren Fällen, bei denen die Abrechnungsfehler (einfach) fahrlässig übersehen wurden.

Es erscheint daneben wertungsmäßig richtig, dem ohne begründende Unterlagen „ins Blaue hinein“ prüfenden und auszahlenden Auftraggeber grob fahrlässige Unkenntnis einer gegebenenfalls damit verbundenen Überzahlung zu unterstellen (siehe oben).

Grob fahrlässige Unkenntnis liegt damit im Ergebnis vor, wenn der Auftraggeber das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung und Massenermittlung auf den ersten Blick ersichtlich sind oder der Auftraggeber ohne Kenntnis begründender Unterlagen „ins Blaue hinein“ prüft und auszahlt. Die vom VII. Zivilsenat gewählte Formulierung „ohne weiteres ersichtlich“ ist dahingehend zu konkretisieren, dass es um augenscheinliche, nicht übersehbare Fehler gehen muss, wobei die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Soweit die obergerichtliche Rechtsprechung (siehe oben) geringere Anforderungen an die grob fahrlässige Unkenntnis stellt, ist dem zu widersprechen.

5.2 Ersichtlichkeit „ohne weiteres“ im vom VII. Zivilsenat konkret entschiedenen Fall?

Ob sich im konkret entschiedenen Fall die Vertragswidrigkeit der Abrechnung des AN tatsächlich „ohne weiteres“ ergab, ist zweifelhaft. Der VII. Zivilsenat nimmt hierzu keine eigene Subsumtion vor, sondern verweist auf die Vorinstanz: „*Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, sind die vertragswidrige Abrechnung und Masseermittlung aus diesen*“ (LV, Aufmaßen und Schlussrechnung – durch Verfasser) „*ohne weiteres ersichtlich.*“ Dem Urteil des Berufungsgerichts (siehe oben) ist die Formulierung „ohne weiteres“ allerdings nicht zu entnehmen. Das OLG Düsseldorf bejaht zwar eine grob fahrlässige Unkenntnis des mit der Rechnungsprüfung betrauten externen Ingenieurbüros, begründet diese jedoch nicht mit der einfachen Erkennbar-

⁴⁸ Ein Berufen auf die Verjährung ist dem Schuldner als rechtsmissbräuchliches Verhalten nur dann versagt, wenn sein Vorgehen in einem derartigen Maß gegen Treu und Glauben verstieße, dass der Verjährungseinrede unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung die Wirksamkeit abzusprechen wäre (BGH, Urteil vom 21.02.2005 – II ZR 112/03). Die vorsätzliche Zuvielabrechnung kann im Übrigen auch eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB) darstellen; ein entsprechender Vorsatz wird aber selten beweisbar sein.

keit der in den einzelnen Positionen vom OLG mit einigem Begründungsaufwand bejahten Falschabrechnungen, sondern einzig und allein mit dem (offenbar nach eigener Auskunft des Auftraggebers) nicht vorgenommenen Hinzuziehen des LVs bei der Rechnungsprüfung. Das Prüfen der Schlussrechnung ohne Beiziehung des LVs begründet nach Auffassung des OLG Düsseldorf die grob fahrlässige Unkenntnis bereits, ohne dass das OLG betrachtet, ob die (von ihm bejahte) konkrete Falschabrechnung bei Hinzuziehung des LVs „ohne weiteres“ erkennbar gewesen wäre.

Die „Bestrafung“ des „ins Blaue hinein“ prüfenden und auszahlenden Auftraggebers erscheint – wie oben bereits dargestellt – wertungsmäßig richtig, da ansonsten der auf erkennbar unzureichender Grundlage prüfende und auszahlende Auftraggeber verjährungsrechtlich bessergestellt wäre als derjenige, der die Unterlagen anfordert. Ob das vom OLG gerügte fehlende Hinzuziehen des LVs allein allerdings bereits eine grob fahrlässige Unkenntnis begründen kann, ist zweifelhaft.

Das Ursprungs-LV hat für sich genommen bezüglich der Richtigkeit der abgerechneten Mengen keinen alleinigen Erkenntniswert, da im regelmäßig vorzufindenden und auch hier streitgegenständlichen VOB-Einheitspreisvertrag nicht die ausgeschriebenen, sondern die tatsächlich ausgeführten Mengen abgerechnet werden, siehe § 2 Abs. 2 VOB/B. Die Überprüfung der hier streitgegenständlichen abgerechneten Mengen von LV-Positionen muss maßgeblich auf Grundlage der vom Auftragnehmer gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 VOB/B seiner Schlussrechnung beizufügenden Mengenberechnungen, Zeichnungen, Aufmaße etc. erfolgen. Dabei sind vorrangig die im LV, aber ansonsten auch in der VOB/C oder sonstigen Vertragsbestimmungen enthaltenen Abrechnungsbestimmungen zu beachten.

Auf den konkreten Fall bezogen ist unseres Erachtens entgegen der unzutreffend unter Verweis auf angebliche Feststellungen des OLG Düsseldorf getroffenen Feststellung des VII. Zivilsenats eine vom AN schlüssig dargelegte „ohne weiteres“ gegebene Erkennbarkeit der Falschabrechnung zumindest bezüglich der Mengenkorrektur bei den Positionen 01.03.21 und 01.03.23 höchst fraglich, was sich aus Folgendem ergibt:

Der AN hat die von ihm in den strittigen vier Positionen angesetzte Menge von 320 m³ offenbar mit „Wagenaufmaßen“ belegt. Es geht also nicht um einen gänzlich fehlenden Nachweis der abgerechneten Menge, sondern um die Frage, ob ein solcher Nachweis im Sinne des Vertrags zulässig ist und ob der AN die Menge bei allen vier Positionen abrechnen darf. Der AN hat wahrscheinlich auch nicht in der Schlussrechnung angegeben, dass er die Positionen 01.02.17 und 01.02.18 in Absprache mit einem Bauleiter des Bauherrn berechnet, um die aus seiner Sicht wegen größerer Dimensionen des Bunkers entstandenen Erschwernisse beim Abbruch des Bunkers abzugelten. Dass die Geltendmachung solcher Mehrkosten nicht bei den Aushubpositionen 01.02.17 und 01.02.18 zulässig ist, wäre gegebenenfalls „ohne weiteres“ ersichtlich gewesen, die „versteckte“ Abrechnung dieser behaupteten Mehrkosten unter diesen Positionen ist es jedoch nicht. Es erstaunt im Übrigen, dass alle drei Gerichte nicht klarstellen, ob der Bauleiter, der die vom AN behauptete Abrechnungsabsprache getroffen hat, auch die Schlussrechnung prüfte. Wenn das der Fall war und die behauptete Abrede erfolgte, dann wäre grob fahrlässige Unkenntnis von der Vertragswidrigkeit wohl ohne weiteres zu bejahen; denn ein eingeschalteter Freiberufler muss wissen, dass er nicht bevollmächtigt ist, vom Vertrag abweichende Abrechnungen vorzunehmen.

Bei den Positionen 01.03.21 und 01.03.23 dürfte aus den Wagenaufmaßen nur eine m³-Menge „Abbruchmaterial Bunker“ o. Ä. erkennbar gewesen sein. Das OLG Düsseldorf hat hierzu festgestellt, dass der Vertrag eine bestimmte Methode der Massenermittlung nicht vorsieht. Da die

Positionen in m³ ausgeschrieben sind, stellt sich dem rechnungsprüfenden Bearbeiter die Frage, wie diese Kubatur zu ermitteln ist. Das OLG Düsseldorf zieht hierzu die TV Abbrucharbeiten 1997 heran und gelangt zum Ergebnis, dass Ziffer 5.2.3 für Spaltarbeiten die Abrechnung nach m³ gespaltenes Material vorsehe, wobei der AN das feste Raummaß vor dem Abbruch ermitteln müsse und für die hier in Frage stehenden Entsorgungsleistungen gemäß Ziffer 5.3 der Nachweis „Tonnage lt. Wiegeschein“ zu erfolgen habe. Daraus ergäbe sich, dass die Abrechnung des AN „nach Wagenaufmaß“ unzulässig sei und somit nur die vom Auftraggeber bei den Positionen 01.03.21 und 01.03.23 anerkannte Menge von 224 m³ anzusetzen sei.

Diese Begründung überzeugt nicht. Wieso für eine nach m³ ausgeschriebene Leistungsposition, die nicht nur die Entsorgung („auf Kippe“), sondern auch den vorherigen Abbruch (des Bunkers) enthält, eine Abrechnung nach Tonnage maßgeblich sein soll, erschließt sich nicht. Vielmehr besteht hier offensichtlich eine Unschärfe im Vertrag bezüglich der Ermittlung des bei den Positionen 01.03.21 und 01.03.23 abzurechnenden Volumens (denkbar z. B.: Volumen des LKW, der das lose Abbruchgut aufnimmt, oder aber Volumen des abzurechnenden Bunkers, welches vor Abbruch durch gemeinsames Aufmaß ermittelt wird). Jedenfalls zeigt der aufwendige und in Teilen nicht nachvollziehbare Weg des OLG Düsseldorf zum Ergebnis (herangezogen wird im Übrigen auch ein Urteil des OLG Brandenburg zum Hochdruckschneiden), dass die behauptete Fehlerhaftigkeit der vom AN vorgenommenen Mengenermittlung sich – selbst für einen fachkundigen Ingenieur – eben nicht „ohne weiteres“ ergibt, sondern zumindest bei den Positionen 01.03.21 und 01.03.23 die Rechtslage bezüglich der vertragsgerechten Abrechnung unklar ist.

Das OLG Düsseldorf leitet selbst aus den TV Abbrucharbeiten (1997) ab, dass „übliche Näherungsverfahren“ zulässig sind. Die Ermittlung nach „Wagenaufmaß“ ist dabei zwar in der TV Abbrucharbeiten (ebenso wie aktuell in der DIN 18459) nicht erwähnt, es handelt sich aber um ein in der Fachwelt⁴⁹ bekanntes Verfahren, welches durchaus auch bei m³-Positionen zur Anwendung kommen kann.

Ausschreibungsbeispiele:

(Ausschreibungsmenge 185 m³):

„Auskoffnung der Fahrbahn- und Gehwegflächen 0,0 bis 0,60 m tief, einschließlich **Lösen, Laden und Abfuhr auf eine Kippe** nach Wahl des Auftragnehmers, einschl. aller Nebenarbeiten sowie der anfallenden Kippgebühr. Die Massenermittlung erfolgt nach Nivellement auf der Baustelle nach fester Aushubmasse. **Bei Wagenaufmaß in loser Masse in m³ wird ein Auflockerungsfaktor von 1,25 in Abzug gebracht.**“

35 m³ überschüssigen Boden bzw. Fels als Zulage aus der Position 01.01.0002 laden, nach Angaben des Auftraggebers (siehe Baubeschreibung 3.6) übernehmen, befördern und der vollständigen Entsorgung außerhalb der Baustelle nach Wahl des AN zuführen. Nachweise führen und dem Auftraggeber vorlegen. Das Bodenmaterial ist aufgrund erhöhter Chloride (20 mg / l) mit dem Zuordnungswert bis einschließlich LAGA Z 1.2 eingestuft. Abfallschlüssel 17 05 0 4. **Abrechnung erfolgt per Wagenaufmaß** und ist der BÜ beim Abtransport sofort anzuzeigen.

⁴⁹ siehe z. B. BDE Stellungnahme vom 21.05.2010 zum Entwurf der 1. Änderung der Verordnung zur Vereinfachung des Deponierechts: „(...) schlagen wir vor, für die Annahme von Deponieersatzbaustoffen (...) alternativ auch eine volumenbezogene Eingangserfassung (über Baustellenaufmaß oder **Wagenaufmaß**) zuzulassen.“ (Hervorhebung durch Verfasser)

300 m³ geeigneten lehm- und schlufffreien Sand liefern und in entsprechenden, der Größe des Verdichtungsgerätes angepassten Lagen profilgerecht in den Auftrags- und Auskofferungsflächen **einbauen und verdichten**.

Die **Abrechnung erfolgt nach Wagenaufmaß/Lieferschein abzüglich 30 % Verdichtungsmaß**.

Die (aus der Praxis stammenden) Beispiele zeigen, dass das Wagenaufmaß nicht unbekannt ist; es könnte somit durchaus als „übliches Näherungsverfahren“ im Sinne der vom OLG herangezogenen TV Abbrucharbeiten 1997 gelten.

Sicherlich bietet es sich für großstückiges Abbruchgut bzw. größere Mengen nicht wirklich an, in m³ und nach Wagenaufmaß zu vergüten, da die Schwankungsbreite der mit einem Wagen abtransportierten Menge sehr groß ist und der AN sich dann wenig Mühe machen wird, das auf die Kippe zu fahrende Abbruchgut sorgfältig zu verkleinern (er bekommt ja das volle Wagenaufmaß vergütet). Im vorliegenden Fall hätte man den abzurechnenden Betonbunker vor Abbruch gegebenenfalls aufmessen und im Vertrag klarstellen können, dass die Abrechnung nach den Maßen der abzurechnenden Bauwerke erfolgt (so auch Abschnitt 5.1.1 der heute gültigen DIN 18459). Dann spielt es für die Vergütung keine Rolle, wie viele Ladungen der AN abfahren muss, was ihn wiederum dazu anhält, diese Anzahl möglichst zu minimieren. Wird nach m³ ausgeschrieben, gehört jedenfalls eine Klarstellung ins LV, wie diese Kubatur ermittelt wird (z. B. abzurechnende feste Masse⁵⁰ oder nach Wiegeschein der Deponie mit entsprechend festgelegtem Umrechnungsfaktor). Dass es sinnvollere bzw. genauere Abrechnungsverfahren gibt, heißt aber nicht, dass andere verboten sind. Die Feststellung des OLG Düsseldorf, dass die Abrechnung nach Wagenaufmaß „unzulässig“ ist, da sie in der TV Abbrucharbeiten nicht erwähnt sei, bleibt jedenfalls zweifelhaft, da es sich beim Wagenaufmaß zumindest um ein „übliches Näherungsverfahren“ handeln dürfte.

Im Übrigen ergibt sich die Maßgeblichkeit der TV Abbrucharbeiten 1997 für den streitgegenständlichen Vertrag ohnehin nicht ohne weiteres. Die DIN 18299 (Fassung 1998), auf die das OLG abhebt, enthält keinen Verweis auf die TV Abbrucharbeiten. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung im Vertrag, könnte sich die Maßgeblichkeit der in den TV Abbrucharbeiten (1997) enthaltenen Abrechnungsregeln nur ergeben, wenn es sich dabei um allgemein anerkannte Regeln der Technik handelt, was zweifelhaft ist.

Letztlich enthalten die drei veröffentlichten Entscheidungen zu viele Sachverhaltslücken, als dass man zu einem eindeutigen Ergebnis bezüglich der Erkennbarkeit einer vertragswidrigen Abrechnung gelangen könnte. In Betracht kommt im konkreten Fall jedenfalls nur eine grob fahrlässige Unkenntnis, keinesfalls eine positive Kenntnis des Auftraggebers.

Generell ist den der BGH-Entscheidung nachfolgenden OLG-Entscheidungen (siehe oben) eine zu schnelle Bejahung des Merkmals „ohne weiteres“ zu entnehmen. Damit schwindet der Unterschied zwischen (meist nicht vorliegender bzw. nicht nachzuweisender) positiver Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis. Die wertungsmäßig „dazwischen“ liegende fahrlässige Unkenntnis dürfte in der Praxis zudem häufig, wenn nicht der Regelfall sein. Sie führt zu einer Haftung des (regelmäßig) mit der Rechnungsprüfung beauftragten Freiberuflers (Architekt oder

⁵⁰ Beispiel aus einer Ausschreibung des Freistaats Bayern: „Endgültige Abrechnung der Flächen und Massen nach Aufmaß. Alle im Leistungsverzeichnis angegebenen Massen gelten jeweils für die feste Masse vor Auflockerung oder ansonsten nach Einbau (Abrechnungs- bzw. Kalkulationsgrundlage!). Kleinere Mengen können im Einvernehmen mit der Bauleitung auch nach Wagenaufmaß unter Berücksichtigung eines Auflockerungsfaktors von 0,2 ermittelt oder nach Lieferscheinen abgerechnet werden (bei Abzug der Auflockerung = Menge gemäß Lieferschein x Faktor 0,8).“

Ingenieur) auf Schadensersatz, nicht aber zum Beginn der Verjährung des Rückforderungsanspruchs gegen den Bauunternehmer. Kommt erst die (optimalerweise mit spezialisierten Mitarbeitern ausgestattete) überörtliche Prüfung einer fahrlässig übersehenen Falschabrechnung auf die Spur, erlangt der Auftraggeber erst durch die Mitteilung der Prüfbehörde (positive) Kenntnis und wird der Verjährungsbeginn zum Ende des entsprechenden Jahres ausgelöst. Dieser von Auftragnehmerseite manchmal als „unzumutbar“ beklagte Praxisfall, dass noch nach „vielen“ Jahren Rückforderungen aufgrund der durch überörtliche Prüfungen unter anderem von Rechnungshöfen festgestellten Zuvielzahlungen gegenüber dem Auftragnehmer realisiert werden können, ist nicht nur im Interesse einer wirksamen nachgängigen öffentlichen Finanzkontrolle, sondern im Interesse des Gläubigerschutzes sachgerecht und vom Schuldner hinzunehmen. Da die dreijährige Verjährungsfrist auch im Hauptunternehmer-Subunternehmerverhältnis kenntnisabhängig ist, ist im Normalfall der fahrlässigen Falschabrechnung auch keine unangemessene Benachteiligung des Hauptunternehmers zu befürchten. Wenn er selbst eine überhöhte Subunternehmerabrechnung übernommen und an den Auftraggeber weitergereicht hat und hierbei ebenso wie der Auftraggeber fahrlässig übersah, dass diese falsch ist, hat er verjährungsrechtlich gegenüber dem Subunternehmer kein Problem; denn Kenntnis erlangt er dann erst durch die Zahlungsaufforderung des Auftraggebers.⁵¹ Rechtsfrieden kehrt kenntnisunabhängig spätestens zehn Jahre nach Schlusszahlung ein (§ 199 Abs. 4 BGB). Das ist im Interesse der Rechtssicherheit angemessen, aber auch ausreichend.⁵²

Der XI. Zivilsenat des BGH hat sich überzeugend und zusammenfassend zur Einführung der kenntnisabhängigen Regelverjährung im Jahre 2002 geäußert (BGH, Urteil vom 23.01.2007 – XI ZR 44/06, Rn. 29) und zu Recht auf deren gesetzgeberischen Hintergrund verwiesen:

„Dabei wird berücksichtigt, dass der Gesetzgeber die Einführung der kurzen Regelverjährungsfrist von drei Jahren deshalb als unbedenklich angesehen hat, weil die Verkürzung der Frist durch den nach dem subjektiven System hinausgeschobenen Fristbeginn kompensiert wird und die Höchstfristen die Gefahr der Verjährung von Ansprüchen, die dem Gläubiger unbekannt sind, auf ein hinnehmbares Maß reduzieren (BT-Dr 14/6040, S. 108; ...). Dem Schutzbedürfnis des Gläubigers entspricht es, eine kürzere Verjährungsfrist erst dann anzuwenden, wenn auch alle Voraussetzungen dieser Frist vorliegen. Die Interessen des Schuldners werden durch die Höchstfristen aus § 199 II bis IV BGB und die Regelung des Art. 229 § 6 IV 2 EGBGB gewahrt.“

Zur vom VII. Zivilsenat zu schnell und ungerechtfertigter Weise bejahten Unterstellung einer Kenntnis trotz Nichtkenntnis ist auf das Urteil des VI. Zivilsenats vom 16.05.1989, a. a. O., hinzuweisen, in dem dieser die hohen Anforderungen und den absoluten Ausnahmecharakter dieser Bewertung herausgestellt hat (Hervorhebung durch Verfasser):

„Nach dem Wortlaut des § 852 Absatz I BGB hängt der Beginn der Verjährung deliktischer Ansprüche davon ab, daß der Verletzte (bzw. dessen gesetzlicher Vertreter oder Wissensvertreter) Schaden und Schädiger positiv kennt. Die Rechtsprechung hat diese Vorschrift aber auch dann angewandt, wenn der Verletzte die Kenntnis zwar tatsächlich noch nicht besitzt, sie sich aber in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe beschaffen kann. Damit soll – dem

⁵¹ Scheitert der Regress des AN gegen den Subunternehmer daran, dass der AN mit seinem Subunternehmer andere (Abrechnungs-)Bedingungen als jene in VOB/B und VOB/C vereinbart hat, hat er das im Falle eines VOB-Vertrags gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B als vertragswidrig selbst zu vertreten.

⁵² Die vorschnelle Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis würde im Übrigen auch zu einer weiteren Haftungsverlagerung auf die eingeschalteten Freiberufler führen, da diese bereits bei einfacher Fahrlässigkeit und somit erst recht bei grob fahrlässig übersehenen Abrechnungsfehlern auf Schadensersatz haften. Die Deckung durch die Haftpflichtversicherung dürfte bei grober Fahrlässigkeit gegebenenfalls problematisch sein.

Rechtsgedanken des § 162 BGB folgend – verhindert werden, daß der Verletzte es in der Hand hat, die Verjährungsfrist einseitig dadurch zu verlängern, daß er die Augen vor einer sich aufdrängenden Kenntnis verschließt. Der Senat hat indes mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß diese Rechtsprechung nicht in dem Sinne mißverstanden werden darf, daß bereits eine – sei es auch grob fahrlässig – verschuldete Unkenntnis der vom Gesetz geforderten positiven Kenntnis gleichgestellt sei; ein Kennenkönnen oder Kennenmüssen genügt nicht. Ein solcher Fall liegt vielmehr erst dann vor, wenn es der Geschädigte versäumt, eine sich ihm ohne weiteres anbietende, gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen, deren Erlangung weder besondere Kosten noch nennenswerte Mühe verursacht; nur das mißbräuchliche Sichverschließen vor der Kenntnis steht der Kenntnis gleich (...).“

Diese Grundsätze sollten Leitschnur für die Bewertung auch in bauvertraglichen Rückforderungsfällen sein. Dem VII. Zivilsenat ist zuzustimmen, wenn er von grob fahrlässiger Unkenntnis erst dann ausgeht, wenn die vertragswidrige Abrechnung und Massenermittlung aus LV, Aufmaßen und der Schlussrechnung „ohne weiteres“ ersichtlich sind. Die Anwendung auf den konkret entschiedenen Fall überzeugt dagegen aus den oben dargestellten Gründen nicht.

5.3 Auf wessen Kenntnis kommt es beim öffentlichen Auftraggeber an?

Der VII. Zivilsenat stellt in seiner Entscheidung vom 08.05.2008 in den Rnrrn. 15 bis 18 fest, dass es nicht auf die Kenntnis Dritter, insbesondere des Rechnungsprüfungsamtes, sondern auf die Person des Gläubigers ankomme (hierzu Abschnitt 5.3.1) und sich der Gläubiger im Übrigen die grob fahrlässige Unkenntnis des mit der Rechnungsprüfung betrauten (externen) Bauleiters eines Ingenieurbüros zurechnen lassen müsse (hierzu Abschnitt 5.3.2).

5.3.1 Kenntnis des Rechnungsprüfungsamtes nicht maßgeblich

Der VII. Zivilsenat weist zunächst zutreffend darauf hin, dass es gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf die Kenntnis des „Gläubigers“ ankommt. Dafür, dass zusätzlich oder allein die Kenntnis eines Dritten maßgeblich wäre, bietet das Gesetz keine Stütze.

Bei Unternehmen (wie im entschiedenen Fall) und öffentlichen Körperschaften kommt es nach ständiger Rechtsprechung des BGH auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des nach der innerbetrieblichen Organisation zuständigen Bediensteten an (Palandt-Ellenberger, § 199 BGB, Rn. 25 m. w. N.).

Gläubiger des Rückforderungsanspruchs aus § 812 BGB ist bei Bauverträgen der Auftraggeber, vorliegend also eine GmbH, an der mehrere Gemeinden beteiligt sind. Diese GmbH beauftragte offenbar wegen einer bevorstehenden überörtlichen Prüfung ein Rechnungsprüfungsamt (vermutlich einer der beteiligten Gemeinden) mit der nochmaligen Überprüfung der Abrechnung. Dieses deckte dann die (vermeintlichen, siehe oben) Abrechnungsfehler auf.

Das Rechnungsprüfungsamt ist unstrittig kein Teil der GmbH, selbst wenn ihm im Gesellschaftsvertrag Prüfungsrechte eingeräumt worden sein sollten. Das gleiche gilt übergreifend für alle Prüfbehörden der überörtlichen Prüfung. Diese werden im Rahmen der Prüfung unabhängig tätig, ohne dass die geprüfte Stelle Einfluss auf die Planung und Durchführung der Prüfung hat. Die Prüfbehörden haben keine Mittel zur Durchsetzung von Rückforderungen, die Verfolgung etwaiger Überzahlungen obliegt den geprüften Stellen. Es ist somit richtig, dass es im Rahmen der Verjährung nicht auf die Kenntnis der überörtlichen Prüfbehörden ankommt, auch

wenn Auftragnehmer eines öffentlichen Bauauftrags mit einer solchen Überprüfung rechnen müssen und sich deshalb z. B. regelmäßig nicht darauf berufen können, die Schlusszahlung des Auftraggebers stelle ein bindendes Anerkenntnis dar.⁵³

Unabhängig davon kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass die geprüfte Stelle erst durch Mitteilung der überörtlichen Prüfung Kenntnis von Abrechnungsfehlern erlangt (siehe oben) und somit die Verjährungsfrist dennoch erst am Ende des entsprechenden Jahres der Mitteilung beginnt.

5.3.2 Zurechnung der Kenntnis Dritter, insbesondere eines Ingenieurbüros?

Der Gläubiger (vorliegend eine GmbH, an der mehrere Gemeinden beteiligt sind) muss sich nach Auffassung des VII. Zivilsenats „das Wissen zurechnen lassen, das ein Dritter, den er mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, in diesem Rahmen erlangt (BGH, Urteil vom 16. Mai 1989 – VI ZR 251/88, NJW 1989, 2323)“. Der vom Auftraggeber mit der Prüfung der Rechnungen beauftragte Dritte (wer das konkret ist, bleibt offen) hat seinerseits ein Ingenieurbüro mit der Prüfung beauftragt, welches die Prüfung eigenverantwortlich durchgeführt habe. Mit der Übernahme des vom Büro festgestellten Prüfergebnisses bei der Schlusszahlung habe sich der Auftraggeber diese Weitergabe der Aufgabe der Prüfung zu eigen gemacht. Dementsprechend müsse sich der Auftraggeber die grob fahrlässige Unkenntnis des Ingenieurbüros im Verhältnis zur ausführenden Baufirma im Rahmen des § 199 BGB zurechnen lassen.

Diese wiederum äußerst knapp begründete Feststellung bedarf weiterer Erörterung. In der Baupraxis ist bekannt, dass sich der Auftraggeber Pflichtverletzungen des eingeschalteten externen Freiberuflers im Verhältnis zur Baufirma als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss, soweit der Freiberufler zur Erfüllung einer gegenüber der Baufirma bestehenden Verbindlichkeit für den Auftraggeber als Erfüllungsgehilfe tätig war (§§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB). Der Bauunternehmer kann deshalb insbesondere bei baulichen Mängeln, die auf (vom Bauunternehmer erkennbaren und nicht gerügten) Planungsfehlern des Architekten beruhen, einwenden, dass er für die Kosten der Mängelbeseitigung nur zu einer Quote hafte. Dem Bauherrn wird hier über § 278 BGB fremdes Verschulden zugerechnet, weil er dem Bauunternehmer mangelfreie Pläne schuldet (siehe § 3 Abs. 1 VOB/B). Macht der Freiberufler dagegen einen Fehler bei der Rechnungsprüfung, so kann der Bauunternehmer nicht einwenden, die daraus resultierende Überzahlung sei vom beauftragten Architekten übersehen und deshalb mitverschuldet. Der Architekt ist insofern kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zur Baufirma; denn der Auftraggeber schuldet der Baufirma zwar eine fristgemäße Prüfung ihrer Schlussrechnung (siehe § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 4 VOB/B), keinesfalls aber die Aufdeckung darin enthaltener Fehler. Der Prüfvermerk des Architekten hat anerkanntermaßen⁵⁴ regelmäßig keine rechtsgeschäftliche Wirkung im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Baufirma. Vorliegend geht es aber nicht um die Zurechnung von Verschulden oder eine rechtsgeschäftliche Bindungswirkung, sondern die Zurechnung von Wissen. Beim Prüfergebnis des eingeschalteten Freiberuflers handelt es sich um eine Wissenserklärung gegenüber seinem Auftraggeber. Es geht um die Frage, ob der Auftraggeber sich das vom Architekten/Ingenieur bei der Prüfung erlangte Wissen (bzw. dessen grob fahrlässige Unkenntnis) über § 166 Abs. 1 BGB analog zurechnen lassen muss.

⁵³ BGH, Urteil vom 08.03.1979 – VII ZR 35/78

⁵⁴ siehe BGH, Urteil vom 06.12.2001 – VII ZR 241/00

Der VII. Zivilsenat bezieht sich hierzu auf das Urteil des VI. Zivilsenats vom 16.05.1989. Hierin ging es um die nach § 852 Abs. 1 BGB a. F. zu bewertende Verjährung eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 BGB wegen ärztlicher Fehlbehandlung bei der Geburt eines Kindes. Der VI. Zivilsenat führt hierin aus:

„Das BerGer. hat auch mit Recht den Kenntnisstand der Rechtsanwälte, die die Mutter des Kl. mit der Ermittlung der Vorkommnisse während der Geburt beauftragt hat, in die Prüfung mit einbezogen, in welchem Zeitpunkt das den Lauf der Verjährung auslösende Wissen vorgelegen hat. Nach den Grundsätzen, die die Rechtsprechung unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 166 Absatz 1 BGB zum sogenannten Wissensvertreter entwickelt hat, muß sich derjenige, der einen anderen – unabhängig von einem Vertretungsverhältnis – mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen; dies gilt insbesondere dann, wenn der Geschädigte bzw. dessen gesetzlicher Vertreter einen Rechtsanwalt mit der Aufklärung eines Sachverhalts beauftragt hat (...). Allerdings betreffen die bisherigen Entscheidungen – soweit ersichtlich – solche Fälle, in denen der sogenannte Wissensvertreter die maßgebliche Kenntnis positiv erlangt hat. Demgegenüber besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit darin, daß die beauftragten Rechtsanwälte eine solche Kenntnis zwar nicht besessen haben, sich aber die Frage stellt, ob sie aus Rechtsgründen so zu behandeln sind, als hätten sie die den Lauf der Verjährung auslösende Kenntnis erlangt. Das BerGer. ist ohne weiteres davon ausgegangen, daß auf den Wissensvertreter auch die Rechtsgrundsätze anzuwenden sind, nach denen ausnahmsweise (vgl. hierzu nachfolgend unter 2) die Nichtkenntnis der Kenntnis i. S. von § 852 Absatz 1 BGB gleichsteht. Dem tritt der Senat bei. Die Einstandspflicht des Auftraggebers für das Verhalten des Beauftragten, auf dem die Anerkennung der Rechtsfigur des Wissensvertreters durch die Rechtsprechung beruht, erstreckt sich entsprechend dem Rechtsgedanken des § 166 Absatz 1 BGB auch auf die rechtserheblichen Versäumnisse des Beauftragten.“

§ 166 Abs. 1 BGB regelt Folgendes:

„Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.“

Der BGH hat eine entsprechende Anwendbarkeit des § 166 auch bei Nichtvertretungsfällen dann bejaht, wenn die Interessenlage derjenigen zwischen Vertreter und Vertretenem entspricht. Der VII. Zivilsenat⁵⁵ hat dies bereits 1982 wie folgt zusammengefasst:

„a) Die Regelung des § 166 I BGB findet – jedenfalls soweit es sich um die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsvollmacht handelt – ihre Rechtfertigung in dem Gedanken der Zurechenbarkeit. Wer sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei der Abgabe von Willenserklärungen eines Vertreters bedient oder das Handeln eines in seinem Namen auftretenden vollmachtlosen Vertreters nachträglich genehmigt, muß es im schutzwürdigen Interesse des Adressaten hinnehmen, daß ihm die Kenntnis des Vertreters als eigene zugerechnet wird, kann sich also nicht auf eigene Unkenntnis berufen (...). Der BGH hat deshalb wiederholt bei einem der Interessenlage zwischen Vertreter und Vertretenem vergleichbaren Sachverhalt § 166 I BGB entsprechend angewendet (...). Aufgrund dieser Vorschrift zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgedankens muß sich – unabhängig von einem Vertretungsverhältnis – derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen (...).

⁵⁵ BGH, Urteil vom 25.03.1982 – VII ZR 60/81

Im konkreten Fall subsumierte der VII. Zivilsenat sodann wie folgt:

„b) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. Der Bekl. hatte seiner Ehefrau nicht nur Kontovollmacht und damit die Verfügungsbefugnis über das jeweilige Kontoguthaben eingeräumt. Er hatte sich vielmehr – wie er bei seiner Parteivernehmung vor dem LG bekundet hat – um die Kontobewegungen überhaupt nicht gekümmert, sondern sämtliche Geldgeschäfte, also auch die Durchsicht der Kontoauszüge, vollständig seiner Ehefrau überlassen. Die Ehefrau hatte deshalb bei der Vornahme und Abwicklung von Geldgeschäften – über die bestehende Bankvollmacht hinaus – eine tatsächlich ähnliche Stellung wie ein Vertreter. Der Bekl. ließ sich insoweit bewußt von seiner Ehefrau in ähnlicher Weise repräsentieren wie durch einen rechtsgeschäftlichen Stellvertreter (...). Allein weil der Bekl. sich um die Kontobewegungen nicht kümmerte und für ihn bestimmte Mitteilungen ausschließlich von seiner Ehefrau in Empfang nehmen ließ, konnte die Ehefrau ohne Wissen des Bekl. den Darlehensbetrag auf das Konto überweisen lassen und dann auch abheben. Die im vorliegenden Fall gegebene Interessenlage entspricht daher so sehr der Interessenlage eines rechtsgeschäftlichen Vertretungsverhältnisses, daß es sachgerecht erscheint, das Wissen, das die Ehefrau in Ausübung des ihr übertragenen Wirkungskreises erworben hat, in entsprechender Anwendung des § 166 I BGB dem Bekl. zuzurechnen.“

Der damalige VII. Zivilsenat läßt es zur Bejahung der „Quasi-Vertreterstellung“ also nicht ausreichen, dass der Ehefrau⁵⁶ des Rückforderungsschuldners Kontovollmacht ausgestellt wurde. Vielmehr zieht er zusätzlich heran, dass der Ehemann seine Frau in Geldgeschäften bewusst schalten und walten ließ, wie sie wollte. Erst aus dieser Gesamtlage heraus bejaht er eine vertreterähnliche Repräsentantenstellung und wendet § 166 Abs. 1 BGB analog an. Es ist insofern anerkannt und unstrittig, dass selbst Eheleute nicht automatisch gegenseitige Wissensvertreter sind, sondern dies vom Tatrichter auf Grundlage hinreichend tragfähiger Anhaltspunkte festgestellt werden muss.⁵⁷

Das im vorliegenden Fall vom Vertragspartner des Auftraggebers eingeschaltete Ingenieurbüro ist bereits mangels Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Auftraggeber unstrittig kein Vertreter des Auftraggebers, so dass es auf die richtigerweise zu verneinende Frage, ob sich aus dem Architekten- oder Ingenieurvertrag eine „originäre“ Vollmacht ergeben kann, nicht ankommt. Es kommt somit nur die analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB in Betracht. Dafür ist eine vergleichbare Interessenlage erforderlich. Wir wollen an dieser Stelle einmal die Besonderheit des vorliegenden Falles, dass der Ingenieur nicht vom Auftraggeber direkt beauftragt wurde, beiseitelassen und den „Normalfall“ betrachten, also die direkte Beauftragung eines Architekten oder Ingenieurs mit der Prüfung der Firmenrechnungen. Hat dieser eine der oben beschriebenen Ehefrau bzw. einem Vertreter vergleichbare „Repräsentantenstellung“ oder nicht?

Der VII. Zivilsenat stellt knapp fest, dass das Ingenieurbüro die Prüfung der Schlussrechnung „in eigener Verantwortung“ vorgenommen hat. Dass der Auftraggeber das Büro nicht selbst beauftragt und somit „betraut“ hat, überspielt der VII. Zivilsenat mit der Feststellung, dass der Auftraggeber sich die Weiterbeauftragung durch Leistung der Schlusszahlung auf Grundlage des Prüfergebnisses des Büros zu eigen gemacht habe.

⁵⁶ Diese darf Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs mit Wirkung für den Ehegatten besorgen, § 1357 BGB.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 13.12.2012 – III ZR 298/11

Die Vorinstanz OLG Düsseldorf hat etwas mehr Ausführungen zur Frage der Wissenszurechnung gemacht. Für den Beginn der Verjährung sei bei Behörden oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich zunächst einmal auf die Kenntnis des für die Vorbereitung und Verfolgung des von Verjährung bedrohten Anspruchs (hier: Rückforderungsanspruch) abzustellen (BGH, Urteil vom 28.11.2006 – VI ZR 196/05). Das ist interessant, wird aber nicht weiter vom OLG vertieft, da es sich ja vorliegend um eine GmbH, also eine juristische Person des Privatrechts handelt. Bei dieser sei auf die Kenntnis der Organe (hier: Geschäftsführer) abzustellen. Diese müssten sich wiederum das Wissen der Bediensteten zurechnen lassen, die mit der betreffenden Aufgabe betraut sind. Werde ein (externer) Dritter mit der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben betraut, sei dessen Wissen zuzurechnen, wenn er „in umfassender Weise und selbstständig die Angelegenheiten der juristischen Person wahrnimmt oder gerade zur Wahrnehmung dieser Interessen gegenüber dem Vertragspartner eingeschaltet wurde (BGH, Urteil vom 21.3.1994 – II ZR 260/92 [...])“. Übertrage dieser Dritte die Aufgabe zulässigerweise auf einen weiteren Dritten, sei dessen Kenntnis entscheidend und zuzurechnen.

Die Subsumtion des OLG fällt dann äußerst knapp aus: Der Auftraggeber habe die Streithelferin mit der Prüfung der Rechnungen der beteiligten Bauunternehmer beauftragt, diese habe diese Angelegenheiten des Auftraggebers „selbstständig“ wahrgenommen. Ihre Erklärungen zur fachlichen und rechnerischen Richtigkeit der Rechnung seien daher Wissenserklärungen. „Folgerichtig“ sei es geboten, im Rahmen des § 199 BGB das Wissen des mit der Rechnungsprüfung Beauftragten dem Auftraggeber zuzurechnen. Beauftrage dieser einen weiteren Dritten (hier das Ingenieurbüro), komme es in weiterer entsprechender Anwendung des § 166 BGB auf dessen Kenntnis an, diese sei dem Auftraggeber analog § 166 BGB zuzurechnen.

Folgt man den Ausführungen des OLG Düsseldorf sowie des VII. Zivilsenats, müssen sich Auftraggeber das Wissen der von ihnen mit der Rechnungsprüfung beauftragten Architekten oder Ingenieure immer zurechnen lassen, denn Besonderheiten (z. B. eine besondere Vollmachterteilung) sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Die Klassifizierung eines mit einem Standard-Architekten- bzw. Ingenieurvertrag unter Bezugnahme auf die Grundleistungen nach HOAI mit der Rechnungsprüfung beauftragten Freiberufers als „Wissensvertreter“ analog § 166 Abs. 1 BGB ist zu hinterfragen. Im Standard-Architektenvertrag wird regelmäßig durch Allgemeine Vertragsbestimmungen AVB⁵⁸ klargestellt, dass der Architekt den Auftraggeber nicht rechtsgeschäftlich vertreten kann. Er soll – anders als im oben beschriebenen „Ehefraufall“ – also gerade nicht schalten und walten können, wie er will, sondern es wird ihm ausdrücklich verboten, als rechtsgeschäftlicher Repräsentant im Rechtsverkehr als „Quasi-Vertreter“ aufzutreten. Die Rechtsprechung misst dem umfassend beauftragten Architekten zwar eine „Sachwalter“-Stellung zu, aus der insbesondere eine Aufklä-

⁵⁸ siehe z. B. § 3 AVB aus dem Vergabehandbuch für freiberufliche Leistungen (VHF) Bayern (Hervorhebung durch Verfasser):

„Vertretung des Auftraggebers durch den Auftragnehmer

3.1 Der Auftragnehmer ist im Rahmen seiner Objektüberwachungspflichten berechtigt und verpflichtet, die ausführenden Unternehmen zur vertragsgemäßen Ausführung ihrer Leistungen anzuhalten und ihnen gegenüber die Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung ihrer Leistungen erforderlich sind.

Der Auftragnehmer darf keine Anordnungen treffen, die zusätzliche Vergütungsansprüche der ausführenden Unternehmen begründen können, es sei denn, er hat zuvor die Zustimmung des Auftraggebers in Textform eingeholt; seine Anordnungsbefugnis zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Baubetriebs bleibt davon unberührt.

3.2 Über Nummer 3.1 hinaus hat der Auftragnehmer keine Befugnisse, finanzielle Verpflichtungen für den Auftraggeber einzugehen. Dies gilt insbesondere für den Abschluss, die Änderung und Ergänzung von Verträgen sowie für die Vereinbarung neuer Preise.“

rungspflicht über eigene Fehler abgeleitet wird.⁵⁹ Sie hat aber ebenso wiederholt klargestellt, dass eine originäre Vollmacht des Architekten nur in engen Grenzen bestehe, was der Schutz des Bauherrn gebiete.⁶⁰ Fachkundige Baufirmen müssen wissen, dass die Vollmacht des Architekten „am Geldbeutel des Bauherrn“ endet.⁶¹ Es gibt keine Vermutung, dass der Architekt die Vollmacht besitzt, den Bauvertrag zu ändern und z. B. im Vertrag nicht vorgesehene Stundenlohnarbeiten oder geänderte Ausführungsfristen zu vereinbaren.⁶² Das gilt erst recht für Fachplaner, denen eine Sachwalterstellung nicht zukommt.

Es bestehen deshalb unseres Erachtens erhebliche Zweifel, ob ein – umfassend oder nicht – eingeschalteter Architekt oder Ingenieur allgemein, insbesondere aber bei der Prüfung der Firmenabrechnungen, in umfassender Weise und selbstständig die Angelegenheiten des öffentlichen Auftraggebers (juristische Person) wahrnimmt (so aber das OLG Düsseldorf im vorliegenden Fall unter Hinweis auf ein nicht einschlägiges Urteil des BGH vom 21.03.1994 – II ZR 260/92⁶³).

Auch in der Rechtsprechung sind Stimmen vorhanden, die die analoge Anwendbarkeit des § 166 Abs. 1 BGB nicht ohne weiteres für berechtigt halten; so führt das OLG München (Urteil vom 13.02.2013 – 7 U 2616/12) hierzu Folgendes aus:

„Zwar ist grundsätzlich auch eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB in Bezug auf den vergleichbaren Tatbestand der Wissensvertretung denkbar. ‚Wissensvertreter‘ ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten. Er braucht weder zum rechtsgeschäftlichen Vertreter noch zum ‚Wissensvertreter‘ ausdrücklich bestellt zu sein. Der Geschäftsherr muss sich seiner aber im rechtsgeschäftlichen Verkehr wie eines Vertreters bedienen. Hat der Wissensvertreter den Geschäftsherrn nur intern beraten, scheidet eine sinngemäße Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB aus (vgl. BGH V ZR 262/90, BGH V ZR 239/94, BGH VIII ZR 297/94). Allerdings sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch der Wissenszurechnung persönliche und zeitliche Grenzen zu ziehen. Das als Wissen Zuzurechnende darf nicht zu einer Fiktion entarten, die juristische Personen oder andere am Rechtsverkehr teilnehmende Organisationen weit über jede menschliche Fähigkeit hinaus belastet. Vielmehr muss für denjenigen Menschen, für den die Zurechnung gelten soll, wenigstens eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlass bestehen, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern oder von anderen Menschen zu beschaffen. Soll also das

⁵⁹ „Sekundärhaftung“, siehe BGH, Urteile vom 16.03.1978 – VII ZR 145/76 und vom 23.07.2009 – VII ZR 134/08: „Mit der umfassenden Beauftragung eines Architekten räumt der Besteller diesem eine zentrale Stellung bei der Planung und Durchführung des Bauwerks ein. Er ist der primäre Ansprechpartner des Bestellers, wenn es zu Problemen bei der Bauabwicklung kommt.“

⁶⁰ BGH, Urteil vom 10.11.1977 – VII ZR 252/75: „Wenn der Architekt als ‚bevollmächtigter Vertreter des Bauherrn‘ das Hausrecht auf der Baustelle ausübt sowie Anfragen, Angebote, Schriftstücke und Rechnungen entgegennimmt, so ist daraus für eine Verpflichtungsermächtigung nichts herzuleiten. Diese Tätigkeiten gehen nicht über den Umfang der Vollmacht hinaus, die dem mit der örtlichen Bauführung beauftragten Architekten üblicherweise zur Erfüllung seiner Aufgabe eingeräumt wird. Rechtsgeschäftliche Erklärungen, die den Bauherrn erhebliche Verpflichtungen auferlegen, insbesondere Vertragsänderungen mit weitreichenden Folgen, werden dadurch nicht gedeckt (...).“

⁶¹ nur ausnahmsweise ist die Berufung des Auftraggebers gegenüber der Baufirma auf die fehlende Vollmacht des Architekten treuwidrig, siehe hierzu BGH, Urteil vom 26.04.2001 – VII ZR 222/99

⁶² siehe BGH, Urteil vom 24.07.2003 – VII ZR 79/02

⁶³ Es dürfte sich um einen Zahlendreher beim Az. handeln, gemeint ist wohl BGH, Urteil vom 24.01.1992 – V ZR 262/90.

Wissen aus der Wissensaufteilung derjenige tragen, der sie veranlasst hat und durch zweckmäßige Organisation beherrschen kann, so ist entscheidend, ob die Information über den Umstand überhaupt gespeichert werden musste. Das hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie später rechtserheblich werden konnte. Zu beurteilen ist dies nach dem Zeitpunkt der Wahrnehmung und nicht nach einem erst später erreichten Wissenstand (vgl. BGH V ZR 239/94, nach Juris Rz. 23 bis 25).“

Der ehemalige Vorsitzende des VII. Zivilsenats Kniffka hat vor kurzem in seinem Aufsatz in BauR 2017, 159 ff. darauf hingewiesen, dass der VII. Zivilsenat (unter seinem Vorsitz!) mit der ESG-Glas-Entscheidung⁶⁴ der vom OLG Köln⁶⁵ vertretenen Auffassung, der Auftraggeber müsse sich das Wissen seines Architekten beim Abschluss von Verträgen analog § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, „eine Absage erteilt“ hat. Die Kenntnis des Fachplaners von einem bestehenden Risiko der ausgeschriebenen Leistung spiele nach BGH bei der Frage, ob ein Mangel vorliege, keine Rolle; der Auftraggeber müsse sich nur seine eigenen Kenntnisse zurechnen lassen. Kniffka hält in seiner Zusammenfassung⁶⁶ die vom BGH vertretene „Ablehnung, dem Auftraggeber bei Vertragsschluss das Wissen der ausschreibenden Planer zuzurechnen“, für „bemerkenswert“. Sucht man in der Entscheidung des VII. Zivilsenats nach einer entsprechenden Feststellung, stößt man erst ganz am Ende in Rn. 29 des Urteils auf folgende „Segelanweisung“:

„Auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten, den Beratern der Klägerin sei bekannt gewesen, dass auch bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Heat-Soak-Test ein Restrisiko verbleibe, wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob der Klägerin ein Mitverschulden (§ 254 BGB) zuzurechnen ist (vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 165, linke Spalte; Staudinger/Löwisch/Feldmann, aaO., § 311a Rn. 55; MünchKommBGB/Ernst, aaO., § 311a Rn. 68; Erman/Kindl, BGB, aaO., § 311a Rn. 10).“

Dass der VII. Zivilsenat damit die Zurechnung des Wissens der „Berater“ des Auftraggebers analog § 166 Abs. 1 BGB abgelehnt hat, ist nicht sofort ersichtlich, kann aber wohl dem (ausschließlichen) Hinweis auf § 254 BGB (und eben nicht auf § 166 BGB) entnommen werden. Da Kniffka die Entscheidung als damaliger Vorsitzender mitgetragen hat, darf man im Übrigen davon ausgehen, dass die von ihm in seinem Aufsatz dargestellte Bedeutung auch gegeben ist. Bei der Entscheidung des BGH ging es um das bei Vertragsschluss vorhandene Wissen des Planers vom technisch unvermeidbaren Restrisiko eines Spontanbruchs einzelner ESG-H-Glasscheiben, nicht um die verjährungsrechtlich entscheidende Kenntnis (oder grob fahrlässige Unkenntnis) einer vertragswidrigen Abrechnung. Es kann insoweit aber nichts anderes gelten, denn die Zurechnung des Wissens ein und desselben Planers über § 166 Abs. 1 BGB analog kann nicht in einem Falle verneint und im anderen bejaht werden.

Im Ergebnis ist eine Zurechnung des Wissens der vom Auftraggeber eingeschalteten externen Planer bei üblicher Gestaltung des Planervertrags (ohne rechtsgeschäftliche Vollmacht) mangels Wissensvertreter-Stellung des Planers auch nach Auffassung des VII. Zivilsenats abzulehnen. Eine diesbezügliche Klarstellung des aktuellen VII. Zivilsenats bei nächster Gelegenheit wäre aus Sicht der Praxis wünschenswert, auch um die insofern überholte Entscheidung vom 08.05.2008 gerade zu rücken.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 08.05.2014 – VII ZR 203/11

⁶⁵ OLG Köln, Urteil vom 16.01.2007 – 3 U 214/05

⁶⁶ BauR 2017, 168

Selbst wenn man eine vertreterähnliche Stellung des (rechnungsprüfenden) Architekten oder Ingenieurs aber bejahen wollte, käme eine Zurechnung seiner Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis von einer vertragswidrigen Abrechnung des Bauunternehmers im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB im Übrigen nicht in Betracht, wie im Folgenden gezeigt wird.

Der III. Zivilsenat des BGH hat mit Urteil vom 23.01.2014 – III ZR 436/12 zur Kondiktion bei Bösgläubigkeit des Wissensvertreters Folgendes entschieden:

„Dem Anspruchsgegner kann es im Einzelfall nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die Wissenszurechnung eines Vertreters des Anspruchstellers zu berufen. Dies kommt unter anderem dann in Betracht, wenn sich der betreffende Anspruch gerade gegen diejenige Person richtet, deren Wissen zugerechnet werden soll (BGH, NJW-RR 2011, 832 Rn. 10 und NJW-RR 1989, 1255 [1259]; MüKoBGB/Grothe § 199 Rn. 33 a; Otto, 184). In solchen Fällen kann nicht erwartet werden, dass der Schuldner dafür sorgt, dass die Ansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht werden (BGH, NJW-RR 2011, 832).

Ein derartiger, eine Wissenszurechnung des Vertreters ausschließender Ausnahmefall liegt nicht nur vor, wenn sich der Anspruch allein gegen den Wissensvertreter selbst richtet. Er ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn sich der Anspruch zwar gegen einen Dritten richtet, jedoch mit einem gegen den Wissensvertreter gerichteten Anspruch in einem so engen Zusammenhang steht, dass auch hier die Befürchtung besteht, der Vertreter werde nicht zu einer sachgerechten Verfolgung des Anspruchs beitragen (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 1321 = WM 2013, 763 Rn. 25; Otto, 184; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2009, § 199 Rn. 61). In einer solchen Situation ist der Vertreter einer vergleichbaren Interessenkollision ausgesetzt wie bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen sich selbst (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 123 Rn. 17, für die Interessenkollision eines in einem Gesamtvollstreckungsverfahren bestellten Verwalters bei Ansprüchen gegen Mitglieder des Gläubigerausschusses wegen unzureichender Überwachung desselben Verwalters). Auch hier kann nicht erwartet werden, dass er für die Geltendmachung der Ansprüche des Vertretenen (gegen den Dritten) sorgt. Denn auch hier würde ihm zugleich die Geltendmachung eines Anspruchs gegen ihn selbst drohen.“

Dies trifft auf die Situation des rechnungsprüfenden Architekten oder Ingenieurs unseres Erachtens ebenso zu. Er haftet dem Auftraggeber bei (bewusstem oder fahrlässigem) Übersehen eines Abrechnungsfehlers selbst auf Schadensersatz in Höhe einer daraus resultierenden Überzahlung. Der Architekt kann den Auftraggeber diesbezüglich auch nicht darauf verweisen, er müsse vorrangig den Bauunternehmer auf Rückzahlung der Überzahlung in Anspruch nehmen oder diesen gar erst (erfolglos) verklagen. Eine Überzahlung des Unternehmers zieht unmittelbar eine Vermögenseinbuße des Auftraggebers nach sich und ein Rückzahlungsanspruch, sei er auf Vertrag oder sei er auf Bereicherungsrecht gestützt, kann kein gleichwertiger Ersatz für ausgegebenes Geld sein (OLG Frankfurt, Urteil vom 31.03.2016 – 6 U 36/15 m. w. N.). Auch mit der Einführung des § 650s BGB wird sich hieran nichts ändern, da die hierin geregelte Pflicht des Auftraggebers, dem Bauunternehmer vor Inanspruchnahme des Architekten erfolglos eine Frist gesetzt zu haben, nur Mängel am Bauwerk betrifft. Stellt der Architekt somit bei der Schlussrechnungsprüfung eine bereits eingetretene Überzahlung fest, begründet er damit meist gleichzeitig einen Schadensersatzanspruch gegen sich selbst, soweit die Überzahlung nämlich aus einer nicht sachgerechten Prüfung der Abschlagsrechnungen resultiert. Damit besteht in diesen Fällen die vom III. Zivilsenat als relevant erkannte Befürchtung, dass der Architekt/Ingenieur zu einer sachgerechten Verfolgung des Rückforderungsanspruchs gegen den Bauunternehmer nichts beitragen wird. Bei Rückforderungsfällen wegen Überzahlung besteht auch kein Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer. Die

Pflicht, dem Architekten seinen Rückforderungsanspruch gegen den Bauunternehmer abzutreten (§ 255 BGB), wird der Auftraggeber gegen Erhalt des Schadensersatzes gerne erfüllen; das hilft dem Architekten aber bei einem „unwilligen“ Bauunternehmer wenig und bei einem insolventen Bauunternehmer sogar gar nicht weiter.

Eine Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB würde den Auftraggeber somit in diesen Fällen unzumutbar belasten, weshalb sich der Bauunternehmer im Anschluss an die oben zitierte Entscheidung des III. Zivilsenats dann richtigerweise nicht auf sie berufen kann.

Der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat ist in seiner Entscheidung vom 08.05.2008 auf diesen – bereits vor 2008 vom II. Zivilsenat⁶⁷ angesprochenen, allerdings erst 2011⁶⁸ vom II. Zivilsenat bzw. 2014⁶⁹ vom III. Zivilsenat in dieser Deutlichkeit auch auf die vorliegende Konstellation eines **anderen** Anspruchs, dem sich der Vertreter ausgesetzt sähe, angewendeten – Aspekt nicht eingegangen. Aus Sicht des Verfassers besteht Veranlassung, dies bei der nächsten Gelegenheit nachzuholen und die Entscheidung vom 08.05.2008 auch insofern einzuschränken.

5.3.3 Ist für die grob fahrlässige Unkenntnis im Rahmen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ein subjektiver oder objektiver Maßstab anzulegen?

Das OLG Celle⁷⁰ hat hierzu Folgendes bemerkt:

„Für die Beurteilung der Frage, ob die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB vorliegen, kommt es auf die konkrete Person des Gläubigers an und nicht auf eine vermeintliche objektive Erkennbarkeit. Es findet daher keine Ex-post-Betrachtung durch das Gericht statt.“

Ist der Auftraggeber ein Privatmann und baufachlicher Laie, so sind für ihn Abrechnungsfehler in einem Bau- oder Architektenvertrag nur dann „ohne weiteres“ ersichtlich, wenn es um eklatante Rechenfehler (z. B. falsche Multiplikation) oder Ähnliche für Laien erkennbare Unrichtigkeiten geht, nicht aber, wenn der Fehler z. B. aus einer falschen Anwendung der Abrechnungsregeln der VOB/C oder der HOAI resultiert.

Für Verbraucher gilt im Rahmen des § 199 BGB ein geringerer Sorgfaltsmaßstab als für Unternehmer (so Ellenberger in Palandt, § 199 BGB, Rn. 39). Das überzeugt, denn wenn man den üblichen Kenntnisstand eines Fachmanns ansetzen würde, müsste man als Laie zur Prüfung einer Bau- oder Architektenrechnung immer einen Fachmann beauftragen, um dem ansonsten drohenden Verdikt der grob fahrlässigen Unkenntnis zu entgehen. Eine Erkundigungspflicht nimmt die Rechtsprechung aber richtigerweise erst dann an, wenn sich bereits für den Laien aus der Abrechnung konkrete Anhaltspunkte für einen Rückzahlungsanspruch ergeben.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 12.06.1989 – II ZR 334/87

⁶⁸ BGH, Urteil vom 15.03.2011 – II ZR 301/09

⁶⁹ BGH, Urteil vom 23.01.2014, a. a. O.

⁷⁰ OLG Celle, Urteil vom 07.05.2009, a. a. O.

Der VII. Zivilsenat hat sich mit Urteil vom 11.10.2012, a. a. O., zu dieser Frage geäußert, dabei ging es um einen überzahlten Architektenvertrag. Der amtliche Leitsatz lautet wie folgt (Hervorhebungen durch Verfasser):

„Dem im Honorarrecht für Architekten unerfahrenen Auftraggeber, der nach Stundenaufwand abgerechnetes und gezahltes Architektenhonorar teilweise zurückverlangt, weil die zugrunde liegende Zeithonorarvereinbarung wegen Höchstsatzüberschreitung unwirksam ist, kann grob fahrlässige Unkenntnis der den Rückforderungsanspruch begründenden Tatsachen nicht angelastet werden, wenn er bei Bezahlung der Zeithonorarrechnungen keine Ermittlungen zur zulässigen Höhe des Honorars anstellt, weil er keine konkreten Hinweise dafür hatte, dass das abgerechnete Honorar das nach der HOAI zulässige Honorar überschreitet.“

In so genannten Segelanweisungen gibt der BGH in Rn. 16 folgende weitere Hinweise:

*„Inwieweit der Gläubiger zur Vermeidung der groben Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung gehalten ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Das Unterlassen einer solchen Ermittlung ist nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen **aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Gläubigers** als unverständlich erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2009 - VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 Rn. 16). Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein, so dass er **aus verständiger Sicht** gehalten ist, die Voraussetzungen des Anspruchs aufzuklären, soweit sie ihm nicht ohnehin bekannt sind.“*

Auch der XI. Zivilsenat des BGH (Urteil vom 23.09.2008 – XI ZR 262/07) geht erst dann von einer Erkundigungspflicht des Laien aus, wenn diese für den Laien naheliegt.

*„Jedenfalls hatten die Kläger vor dem 1.1.2003 keine Kenntnis (...). Diese Unkenntnis der Kläger beruhte nicht auf grober Fahrlässigkeit. (...) **Für die Kläger als juristische Laien lag die Nichtvorlage (...) keinesfalls so nahe, dass sie dieser Frage nachgehen mussten.**“*

So auch der VI. Zivilsenat m. w. N. in dem vom VII. Zivilsenat zitierten Urteil vom 10.11.2009 – VI ZR 247/08:

„Das Unterlassen einer Nachfrage ist ebenso wie in den Fällen des § 932 II BGB auch nach § 199 I Nr. 2 BGB nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Geschädigten als unverständlich erscheinen lassen. Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein und sich ihm der Verdacht einer möglichen Schädigung aufdrängen.“

Die zitierte Rechtsprechung geht somit grundsätzlich von einer Mischung objektiver und subjektiver Maßstäbe aus. So werden dem Laien zwar keine Fachkenntnisse (insbesondere zur HOAI oder VOB) abverlangt,⁷¹ es wird allerdings bezüglich der Pflicht zur Hinzuziehung eines fachkundigen Dritten auf die Sicht eines „verständigen und auf seine Interessen bedachten“ (Laien-)Gläubigers abgestellt. Dummheit oder Schlampigkeit schützen somit richtigerweise im Interesse der Rechtssicherheit vor grob fahrlässiger Unkenntnis nicht. Eine Aufklärungspflicht

⁷¹ Bei Ansprüchen nach § 823 BGB wegen Körperverletzung vertrat der BGH mit Urteil vom 03.06.1997 – VI ZR 71/96 zu § 852 BGB a. F. allerdings folgende Auffassung: „Dabei kommt es für die Beantwortung der Frage nach der möglichen Voraussehbarkeit nicht stets auf die Sicht des Geschädigten an. Für Körperschäden, wie sie hier in Rede stehen, gilt vielmehr, daß die Sicht der medizinischen Fachkreise entscheidend ist.“ Kritisch hierzu Peters in NZV 1991, 144

(z. B. Hinzuziehung eines Fachmanns) wird nur bei „konkreten Anhaltspunkten“⁷² für das Bestehen eines Anspruchs bejaht. Sonderwissen des Gläubigers (z. B. Bauherr ist selbst Architekt oder Fachanwalt für Baurecht) wird berücksichtigt.

Beauftragt der nicht fachkundige Auftraggeber dagegen einen Fachmann (insbesondere Architekt oder Ingenieur) mit der Prüfung der Schlussrechnung (der Baufirma oder des Planners), so soll er sich nach der oben dargestellten Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 08.05.2008 die (wegen der subjektiven Komponente schneller als beim Laien erreichte) grob fahrlässige Unkenntnis des Fachmanns über § 166 Abs. 1 BGB analog zurechnen lassen müssen. Damit stünde ein nicht fachkundiger Auftraggeber, der für die Rechnungsprüfung einen Fachmann einschaltet, verjährungsrechtlich gegenüber seinem Bauvertragspartner schlechter als derjenige, der die Rechnung trotz fehlender Fachkunde (z. B. um Geld zu sparen) selbst prüft. Kann man dies damit rechtfertigen, dass der Auftraggeber ja durch die Beauftragung des Fachmanns ohnehin einen „Ersatz-Verantwortlichen“ im Falle einer Überzahlung hinzubekommt, der fünf Jahre ab Abnahme der Leistungen für von ihm verursachte Überzahlungen des Bauunternehmers haftet? Wir meinen nein, denn für diese Verbesserung seiner Rechtsposition bezahlt der Auftraggeber ja auch zusätzliches Honorar. Es verbleibt somit ein Wertungswiderspruch, der – neben dem oben bereits dargestellten Aspekt der unzulässigen Rechtsausübung – dafür spricht, dass der Auftraggeber sich die Kenntnis des mit der Rechnungsprüfung beauftragten Architekten oder Ingenieurs im Rahmen des § 199 BGB nicht zurechnen lassen muss.

6 Praxishinweis zum Vorgehen bei festgestellten Überzahlungen

Ein öffentlicher Auftraggeber, der erst nach erfolgter Schlusszahlung (insbesondere durch Mitteilung der überörtlichen Prüfbehörden) auf Falschabrechnungen des Bauunternehmers aufmerksam gemacht wird, muss zunächst eigenständig prüfen, ob sich im Gesamtsaldo des Vertrags eine Überzahlung ergibt. Ist dies der Fall, hat er regelmäßig zwei unabhängig voneinander bestehende Ansprüche:

- Rückforderungsanspruch gegen den Bauunternehmer aus § 812 Abs. 1 BGB
- Schadensersatzanspruch gegen den mit der Rechnungsprüfung beauftragten Freiberufler aus §§ 634 Nr. 4, 280 BGB

Gegen wen der Auftraggeber tätig wird, bleibt ihm überlassen; es gibt insbesondere keine Pflicht zur vorrangigen Inanspruchnahme des Bauunternehmers. Da der Bauunternehmer die Überzahlung durch vertragswidrige Abrechnung verursacht hat, während der Freiberufler diesen Fehler nur übersehen und somit nur mittelbar verursacht hat, wäre es nachvollziehbar, wenn der Auftraggeber sich zunächst an das Bauunternehmen wendet. Die Praxis zeigt allerdings, dass dies häufig nicht zum Erfolg führt. Wendet der Bauunternehmer Verjährung ein, kann der Auftraggeber prüfen, ob es Aufrechnungsmöglichkeiten gegen Forderungen des Bauunternehmers aus anderen Verträgen gibt (Voraussetzungen siehe § 215 BGB). Falls diese nicht bestehen, sollte sich der Auftraggeber im Zweifel wegen der oben beschriebenen rechtli-

⁷² Welche Anhaltspunkte dies sein könnten, bleibt allerdings unklar. Reicht es z. B. aus, wenn die Gesamtforderung über der ursprünglich vereinbarten Gesamtvergütung liegt? Das mag bei einer vereinbarten Pauschale gelten, nicht aber bei einem VOB-Einheitspreisvertrag und auch nicht, wenn nur die Parameter, nach denen sich die Vergütung ergibt, festgelegt wurden (wie häufig beim Architektenvertrag).

chen Probleme spätestens dann an den eingeschalteten Freiberufler halten, da dieser bereits dann haftet, wenn der Fehler bei sachgerechter Prüfung aufgedeckt hätte werden müssen, was regelmäßig der Fall ist. Der Freiberufler müsste das gesetzlich vermutete Verschulden widerlegen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, was bei Falschabrechnungen selten gelingen dürfte. Der Anspruch gegen den Freiberufler verjährt zudem gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB regelmäßig erst in fünf Jahren ab Abnahme seiner Leistung (Beginn regelmäßig frühestens nach Erbringung aller Leistungen bis inkl. LP 8, kein Anspruch des Freiberuflers auf vorherige Teilabnahmen früherer Leistungsphasen), d. h. die Verjährungsfrist läuft meist ca. zwei Jahre länger als die (gegebenenfalls nur dreijährige, siehe oben) der Baufirma. Den Streit mit dem Bauunternehmer über eventuell eingetretene Verjährung kann sich der Auftraggeber dann sparen, er muss dem Freiberufler nur Zug um Zug gegen Erhalt des Schadensersatzes seinen Rückforderungsanspruch gegen den Bauunternehmer abtreten (§ 255 BGB). Will der Auftraggeber seinen Rückforderungsanspruch dennoch gegen den Bauunternehmer einklagen, sollte er zumindest über eine Verkündung des Streits an den mit der Rechnungsprüfung beauftragten Freiberufler nachdenken. Um den gegebenenfalls steinigen gerichtlichen Weg zu vermeiden, kann es sich auch anbieten, beide Haftungsgegner an einen Tisch zu bringen, um eine gütliche Lösung unter Aufteilung der Kosten und damit geringerer Belastung der einzelnen Haftungsgegner zu erzielen. Soweit hier insbesondere bei nicht gänzlich eindeutiger Rechtslage zu den Abrechnungsfehlern ein sinnvoller Vergleich zur Vermeidung eines Rechtsstreits abgeschlossen wird, ist dies auch aus Sicht der überörtlichen Prüfung nicht zu beanstanden, im Einzelfall wirken die Prüfbehörden hierbei auch – soweit dies kapazitätsbedingt möglich ist und ins Prüfungskonzept passt – mit.

7 Zusammenfassung

- Die 2002 eingeführte kurze Verjährungsfrist von drei Jahren beginnt für Rückforderungsansprüche des Auftraggebers nur zu laufen, wenn positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vorliegt. Fahrlässige Unkenntnis – als häufigster Praxisfall – reicht nicht aus. Die durch die obergerichtliche Rechtsprechung teilweise vorschnell vorgenommene Bejahung grob fahrlässiger Unkenntnis ist zu korrigieren, da hiermit die hohen Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht beachtet werden.
- Grob fahrlässige Unkenntnis liegt in der Regel vor, wenn der Auftraggeber das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine vertragswidrige Abrechnung und Massenermittlung ohne weiteres ersichtlich sind. Besonderheiten und Umstände des Einzelfalls sind zu beachten.
- Grob fahrlässige Unkenntnis liegt auch vor, wenn der Auftraggeber die Schlussrechnung „ins Blaue hinein“, also ohne dass begründende Unterlagen vorliegen, prüft und anweist.
- Abrechnungsfehler sind dann „ohne weiteres“ ersichtlich, wenn sie auf den ersten Blick und ohne „vertiefte Prüfung“ erkennbar sind, nicht aber, wenn sie erst durch Einblick in vertragliche Abrechnungsbestimmungen oder gar Auslegung des Vertrags erkennbar sind.

- Das Wissen des mit der Rechnungsprüfung beauftragten Freiberuflers kann entgegen der Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 08.05.2008 nicht pauschal über § 166 BGB analog dem Bauherrn zugerechnet werden, da dieser kein Wissensvertreter ist.
- Bejaht man eine Wissensvertreter-Stellung des rechnungsprüfenden Freiberuflers, scheidet eine pauschale Zurechnung des Wissens dennoch aus; das ergibt sich aus der besonderen Konfliktsituation des Freiberuflers und der mittlerweile hierzu vorliegenden Rechtsprechung des II. und III. Zivilsenats.