

## GPA-Mitteilung Bau 3/2003

Az. 600.536

01.07.2003

### Rückforderungsansprüche der öffentlichen Auftraggeber bei Überzahlungen

#### 1 Rückforderungsansprüche

Bei überörtlichen Prüfungen wird immer wieder festgestellt, dass an Bauunternehmer oder Architekten/Ingenieure höhere Zahlungen geleistet worden sind, als ihnen nach den Bauverträgen bzw. Architekten-/Ingenieurverträgen zustehen. Die Auftraggeber haben bei solchen **Überzahlungen (ohne Rechtsgrund)** geleistete Zahlungen) Rückforderungsansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach den §§ 812 ff. BGB.

Nach § 818 Abs. 3 BGB sind Auftragnehmer zur Herausgabe bzw. Erstattung nicht verpflichtet, wenn sie nicht mehr bereichert sind. Diese Bestimmung ist abdingbar. Deshalb sehen die vertraglichen Regelungen in Nr. 33.1 KEVM(B)ZVB in Teil II des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau - sowie die einschlägigen Architekten-/Ingenieurvertragsmuster vor, dass sich Auftragnehmer nicht auf den **Wegfall der Bereicherung** berufen können.

Nach § 818 BGB umfasst der Rückforderungsanspruch nicht nur den Überzahlungsbetrag, sondern auch die Herausgabe der **Zinsen** (OIG Celle, Ur. v. 30.12.1998, BauR 1999, 1457; LG Frankfurt, Ur. v. 28.02.1996, NJW 1997, 329). Umstritten ist noch, ob die Auftragnehmer nur nachweislich erwirtschaftete **Guthabenzinsen** herauszugeben haben (z.B. bei Anlegung der Überzahlungsbeträge als Festgelder) oder ob sie auch **ersparte Zinsaufwendungen** zu ersetzen haben (z.B. bei ersparten Kassenkreditaufnahmen in Höhe der Überzahlungsbeträge) und inwieweit den Auftraggebern in dem Zusammenhang Beweiserleichterungen bei Durchsetzung der Rückforderungsansprüche zugestanden werden können. Der BGH hat im Urteil v. 08.10.1987, BauR 1988, 92 die Frage offen gelassen. Gemäß der Entscheidung des LG Frankfurt (a.a.O.) umfassen Bereicherungsansprüche auch die ersparten Zinsaufwendungen. Das Gericht hat dargelegt, dass bei Überzahlungen zunächst zu **vermuten** ist, dass die Überzahlungsbeträge in einem Betrieb grundsätzlich gewinnbringend

eingesetzt werden und insoweit dem Auftraggeber Beweiserleichterungen zugestanden werden können. Das Gericht hat den Zinsbetrag gemäß § 287 ZPO und im Hinblick auf die §§ 288, 291 BGB a.F. auf 4 v.H. geschätzt.

Die vertragliche Zinsregelung in Nr. 33.2 KEVM(B)ZVB in Teil II des KVHB-Bau, die eine Rückforderung der Zinsen erleichtert hätte, dürfte nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung einer Rechtskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB n.F.<sup>1</sup> nicht standhalten (OLG Hamburg, Urt. v. 12.04.2002, IBR 2003, 63; OLG Celle, a.a.O.). Die Unwirksamkeit einer solchen vertraglichen Regelung hat nach diesen Urteilen aber nicht zur Folge, dass die gesetzlichen Herausgabeansprüche nach § 818 BGB ausgeschlossen wären.

Nach § 814 BGB kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Voraussetzung ist hiernach, dass der Auftraggeber bei Zahlung tatsächlich gewusst hat, dass er nach der Rechts-/Vertragslage eine Forderung nicht schuldet. Zahlt er trotzdem (freiwillig und ohne Vorbehalt), sind Rückforderungen ausgeschlossen. Schuldhaftes „Kennenmüssen“ einer Nichtschuld führt aber noch nicht zum Ausschluss des Rückforderungsrechts. Ebenso schließen Irrtümer eine Anwendung des § 814 BGB aus (Palandt, BGB-Kommentar zu § 814).

## 2 Verjährung der Rückforderungsansprüche

Rückforderungsansprüche der Auftraggeber verjähren gemäß § 195 BGB n.F. in drei Jahren<sup>2</sup>. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Auftraggeber **von den den Anspruch begründenden Umständen** und der Person des Schuldners **Kenntnis erlangt** oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB n.F.), höchstens jedoch in 10 Jahren (§ 199 Abs. 4 BGB n.F.). Demnach beginnt die dreijährige Verjährungsfrist i.d.R. mit dem Schluss des Jahres, in dem der Auftraggeber aufgrund der überörtlichen Prüfung oder Zusendung des Prüfungsberichts Kenntnis von der Überzahlung erlangt hat. Hatte der Auftraggeber bereits aufgrund örtlicher Eigenprüfungen oder gar schon im Zeitpunkt der Schlusszahlung Kenntnis von Überzahlungen, beginnt die Verjährungsfrist entsprechend früher zu laufen. Bei Rückforderungen ist also der Beginn und das Ende der Verjährungsfrist bzw. der **Zeitpunkt**

---

<sup>1</sup> Früher § 9 AGB-Gesetz.

<sup>2</sup> In der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) ab 01.01.2002; nach § 195 BGB a.F. betrug die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre.

**der Kenntniserlangung** neben dem Verwirkungstatbestand (s. nachfolgend Nr. 3) stets im Einzelfall zu prüfen.

Bei den **vor dem 01.01.2002 geschlossenen Verträgen** sind die Überleitungsvorschriften nach Art. 2 § 6 Abs. 4 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) zu beachten. Danach gilt auch bei den vor dem 01.01.2002 geschlossenen Verträgen die neue dreijährige Verjährungsfrist, berechnet ab 01.01.2002.

### **3 Verwirkung der Rückforderungsansprüche**

Das Recht des Auftraggebers auf Rückforderung ist verwirkt, wenn sich ein Auftragnehmer wegen der Untätigkeit des Auftraggebers über einen gewissen **Zeitraum** hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, der Auftraggeber werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung nach **§ 242 BGB** gegen Treu und Glauben verstößt (BGH, Urt. v. 14.01.1982, BauR 1982, 283).

Bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand ist zu berücksichtigen, dass deren gesamte Haushaltsführung geprüft wird und dass die vorgeschriebenen Prüfungen erfahrungsgemäß in der Regel **mehrere Jahre** in Anspruch nehmen (BGH, a.a.O.). Die Zeiträume, in denen die Rechtsprechung je nach den besonderen Umständen des Einzelfalls (z.B. Größe des Bauvorhabens, Höhe der Überzahlung, Erfahrungen des Auftragnehmers mit der Abwicklung von öffentlichen Baumaßnahmen) Rückforderungsansprüche der öffentlichen Auftraggeber als verwirkt angesehen hat, reichen von drei bis sieben Jahren. In der Praxis kann von der Faustregel ausgegangen werden, dass ein Anspruch auf Rückforderung innerhalb von **fünf Jahren, gerechnet ab der Schlusszahlung bis zur Rückforderung**, noch nicht verwirkt ist.

### **4 Aufrechnung des Auftragnehmers**

Die Auftragnehmer sind berechtigt, nach den §§ 387 ff. BGB n.F. gegenüber einer Rückforderung des Auftraggebers mit einem Vergütungsanspruch aufzurechnen, auch mit einem nach § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ausgeschlossenen Vergütungsanspruch (BGH, Urt. v.

08.07.1982, BauR 1983, 478). Die Auftragnehmer können auch mit verjährten Vergütungsansprüchen aufrechnen (§ 215 BGB n.F.)<sup>1</sup>.

## **5 Bindung der öffentlichen Auftraggeber an die Feststellungen in gemeinsamen Aufmaßen?**

Über die rechtliche Wirkung eines „gemeinsamen Aufmaßes“ bestehen immer noch widersprüchliche Meinungen in Literatur und Rechtsprechung. Überwiegend wird die Meinung vertreten, dass ein „gemeinsames Aufmaß“, d.h. ein gemeinsam vom Bauunternehmer und einem Vertreter des Auftraggebers vorgenommenes und unterzeichnetes Aufmaß, ein sog. kausales bzw. **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** darstellt, das auch für die öffentlichen Auftraggeber bindend ist.

Auch über das Ausmaß der Bindungswirkung bestehen noch unterschiedliche Meinungen. Die weitestgehende ist, dass ein gemeinsames Aufmaß spätere Aufmaßberichtigungen und Rückforderungen - auch durch die Prüfungsbehörden - ausschließt (zur Thematik vgl. u.a. Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 14. Aufl. 2001, Rdnr. 36 zu § 14 VOB/B; OLG Hamm, Urf. v. 12.07.1991, BauR 1992, 242 und vom 12.03.1996, BauR 1996, 739; OLG Frankfurt, Urf. v. 29.02.1996, BauR 1997, 323 und vom 08.03.2000, BauR 2000, 1062).

In Literatur und Rechtsprechung wird zum Thema „Bindung an gemeinsame Aufmaße“ verschiedentlich auf ein Urteil des BGH vom 30.01.1975, BauR 1975, 211 verwiesen. In diesem Urteil ist aber die Frage, ob und inwieweit ein gemeinsames Aufmaß ein Schuldanerkenntnis darstellt und Bindungswirkung hat, völlig offen gelassen worden. Der BGH hatte seinerzeit lediglich festgestellt, dass durch bauleitende Architekten/Ingenieure unterzeichnete Aufmaße schon deshalb kein Schuldanerkenntnis darstellen können, weil diese Personen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen grundsätzlich keine Vollmacht haben.

Die GPA vertritt folgende Auffassung:

Der BGH hat bereits mit Urteilen vom 08.03.1979 (BauR 1979, 249) und vom 14.01.1982 (BauR 1982, 283) klargestellt, dass die Verwaltungsvorgänge **„Schlussrechnungsprüfung und Schlusszahlung“** innerhalb einer Bauabrechnung kein Schuldanerkenntnis darstellen

---

<sup>1</sup> Zur Verjährung der Vergütungsansprüche vgl. die GPA-Mitteilung Bau 5/2002 Az. 600.513.

können, weil die öffentlichen Auftraggeber der **gesetzlichen Prüfung** unterliegen und diese Tatsache entscheidend dafür spricht, dass der öffentliche Auftraggeber und der von ihm beauftragte Architekt/Ingenieur im Zusammenhang mit der Rechnungsprüfung in aller Regel keine rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgeben will und kann (z.B. Schuldanerkenntnis oder Vergleich). Diese Rechtsprechung des BGH kann auch auf „gemeinsame Aufmaße“ übertragen werden. Die **Baubrechnung** umfasst alle Verwaltungsvorgänge vom Aufmaß bis hin zur Schlusszahlung. Es ist wenig einsichtig, weshalb im Rahmen einer Baubrechnung der Verwaltungsvorgang „Aufmaß“ rechtlich anders behandelt werden sollte als der danach folgende Verwaltungsvorgang „Rechnungsprüfung“.

Ein gemeinsames Aufmaß ist (ebenso wie ein einseitiges Aufmaß oder die bloße Anerkennung von Abrechnungszeichnungen) ausschließlich ein **„technischer Abrechnungsvorgang“** und hat nur praktische Bedeutung. Es dient der Feststellung der einzelnen Maße vor Ort am Bau und als Grundlage für die Mengenermittlung und spätere Stellung der Schlussrechnung. Insoweit schafft das gemeinsame Aufmaß vorab Sicherheit und Klarheit und erleichtert die Prüfbarkeit im Rahmen einer Baubrechnung. Die Durchführung eines gemeinsamen Aufmaßes ist insbesondere dann vorteilhaft und empfehlenswert, wenn die Feststellung der Maße wegen der Weiterführung der Arbeiten nicht oder nur noch schwerlich möglich wäre (§ 14 Nr. 2 VOB/B)<sup>1</sup>.

Vor diesem Hintergrund kann einem gemeinsamen Aufmaß grundsätzlich keine Rechtswirkung beigemessen werden. Davon abgesehen wären die mit der Durchführung von gemeinsamen Aufmaßen Beauftragten (z.B. Architekten, Ingenieure, Bedienstete der Bauämter) auch **nicht befugt, neben** ihren **technischen Aufgaben** i.S. der Architekten-/Ingenieurverträge bzw. i.S. der Leistungsbilder der §§ 15, 55 oder 73 HOAI zugleich auch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen namens und im Auftrag des kommunalen Auftraggebers abzugeben (vgl. BGH, Urt. v. 30.01.1975, BauR 1975, 211).

Nach einer neueren Rechtsprechung des BGH zur Rechnungsprüfung (vgl. Urt. v. 24.06.1999, BauR 1999, 1300) **setzt ein kausales bzw. deklaratorisches Schuldanerkenntnis voraus, dass die Vertragsparteien sich über Streitpunkte oder Ungewissheiten geeinigt haben, die aus ihrer Sicht nach den Umständen des Einzelfalles klärungsbedürftig und regelungsbedürftig waren.** Mit diesem Urteil hat der BGH die **Anforderungen** für die Annahme eines Schuldanerkenntnisses noch erheblich verschärft. Es muss danach nicht nur tatrichterlich festgestellt werden, welche Punkte aus der Sicht der Vertragsparteien klärungs- oder regelungsbedürftig waren, sondern es muss im Wege der Vertragsauslegung nach

---

<sup>1</sup> Betr. insbesondere die Bauarbeiten im Baugrundbereich.

den §§ 133, 157 BGB zusätzlich ermittelt werden, über welche dieser Fragen dann tatsächlich eine Einigung erzielt wurde<sup>1</sup>. Nach dieser neueren Rechtsprechung muss davon ausgegangen werden, dass ein gemeinsames Aufmaß grundsätzlich keine Rechtswirkung entfalten kann.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen geht die GPA bis auf Weiteres davon aus, dass auch diejenigen Mengenansätze in den Schlussrechnungen, die durch gemeinsames Aufmaß ermittelt wurden, im Rahmen einer späteren überörtlichen Prüfung jederzeit noch berichtigt (deren objektive Unrichtigkeit selbstverständlich vorausgesetzt) und etwaige Überzahlungen nach den §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden können.

## **6 Verrechnung zeitweilig überhöhter Abschlagszahlungen**

Nach dem Urteil des BGH vom 19.03.2002 (NJW 2002, 2640) handelt es sich bei dem Anspruch auf Rückzahlung bzw. Verrechnung zeitweilig überhöhter Abschlagszahlungen (z.B. werden Überzahlungen bei den ersten vier Abschlagszahlungen durch eine 5. Abschlagszahlung wieder ausgeglichen) nicht um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB), sondern ausschließlich um einen vertraglichen Ausgleichs-/Verrechnungsanspruch (z.B. nach § 16 Nr. 1 VOB/B). Folglich können Auftraggeber von den Auftragnehmern für die zeitweiligen Überzahlungen auch keine Zinsen nach § 818 BGB verlangen. Im Blick auf die Zinsverluste sowie wegen des Insolvenzrisikos ist es deshalb erforderlich, auch Abschlagsrechnungen intensiv zu prüfen und Abschlagszahlungen immer nur **in Höhe des Werts der nachgewiesenen Leistungen** zu gewähren.

Abt. 6/60

---

<sup>1</sup> Vgl. die Anmerkungen von Vogel zum Urteil des OLG Hamburg betr. Anerkenntnis von Stundenlohnzetteln in BauR 2000, 1491.