



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 3 U 44/13 = 8 O 2263/12 Landgericht Bremen

Verkündet am: 16.01.2014

gez. Mack  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes**

## U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...],

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

g e g e n

1. [...],

2. [...],

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter zu 1, 2:

Rechtsanwalt [...]

hat der 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom **05.12.2013** durch die Richterin Buse, den Richter Dr. Haberland und die Richterin Otterstedt für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 14.06.2013, Gesch.-Nr.: 8 O 2263/12, wie folgt abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin € 11.748,25 nebst Zinsen von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.11.2012 zu zahlen.

Wegen der übersteigenden Zinsforderung wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf € 11.748,25 festgesetzt.

### **Gründe**

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Rückzahlung einer Doppelzahlung in Anspruch.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte zu 1), deren Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist, mit der Errichtung eines Lärmschutzwalls in Bremen. Die Beklagte führte die Arbeiten aus und erteilte hierfür zunächst unter dem 08.01.2008 eine Abschlagsrechnung. Diese Abschlagsrechnung ließ die Klägerin durch ihre Fachplaner prüfen, die einen auszahlenden Rechnungsbetrag von € 11.748,25 errechneten. Diesen Betrag zahlte die Klägerin am 18.02.2008 an die Beklagte zu 1). Am 14.08.2008 überwies die Klägerin den Zahlungsbetrag ein zweites Mal, wobei der Grund der weiteren Zahlung unklar ist.

Im März 2009 übersandte die Beklagte der Klägerin ihre Schlussrechnung, die gezahlte Abschläge nicht berücksichtigte. Die Rechnungsprüfung der Fachplaner der Klägerin ergab einen berechtigten Gesamtsaldo der Beklagten von € 32.277,13. Hiervon zogen die Fachplaner die im Februar 2008 geleistete Abschlagszahlung von € 11.748,25 ab. Die weitere Zahlung von August 2008 berücksichtigten sie nicht. Den so errechneten Restbetrag von € 20.528,86 glich die Klägerin gegenüber der Beklag-

ten anschließend aus.

Erst im Herbst 2012 stellte die Klägerin anlässlich einer Rechnungsprüfung fest, dass die Abschlagsrechnung aus dem Jahre 2008 zweimal angewiesen worden war. Auf eine Aufforderung zur Rückzahlung nebst Fristsetzung vom 12.11.2012 reagierten die Beklagten nicht.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch bestehe, dessen Verjährungsfrist frühestens mit Stellung der Schlussrechnung im Jahre 2009 beginne und bei Einreichung der Klage deshalb noch nicht abgelaufen sei.

Die Klägerin hat mit Ihrer am 27.12.2012 eingereichten und am 16.02.2013 zugestellten Klage beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie € 11.748,25 nebst Zinsen von 8 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit dem 20.11.2012 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben die Einrede der Verjährung erhoben.

Mit Urteil vom 14.06.2013 hat das Landgericht Bremen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass sich ein Anspruch der Klägerin allein aus Bereicherungsrecht und nicht aus Vertragsrecht ergebe. Dieser Anspruch sei aber, da die dreijährige Verjährungsfrist mit der Bewirkung der versehentlichen Doppelzahlung im August 2008 zu laufen begonnen habe, mit Ablauf des Jahres 2011 verjährt. Auf den Zeitpunkt der Erteilung der Schlussrechnung komme es nicht an.

Die Klägerin greift das Urteil des Landgerichts in vollem Umfang an. Das Landgericht sei von der Auffassung ausgegangen, dass sich der Erstattungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ergebe und dieser Anspruch verjährt sei. Diese Ansicht sei aber unzutreffend, denn ein Anspruch auf Rückzahlung eines Überschusses gezahlter Abschlagszahlungen ergebe sich aus dem zu Grunde liegenden Bauvertrag. Aus einer Vereinbarung über Abschlagszahlungen im Bauvertrag folge die vertragliche Verpflichtung Auftragnehmers seine Leistungen abzurechnen. Der Auftraggeber habe einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung eines Überschusses. Dieser Anspruch entstehe erst nach Vertragsbeendigung mit Stellung der Schlussrechnung und sei vorliegend

deshalb nicht verjährt. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, in ihrer Schlussrechnung alle empfangenen Abschlagszahlungen zu berücksichtigen. Eine ausdrückliche Vereinbarung über Abschlagszahlungen sei hierfür nicht erforderlich.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie € 11.748,25 nebst Zinsen von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.11.2012 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen unter Verteidigung des angefochtenen Urteils,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie sind der Auffassung, dass das Landgericht zutreffend eine Verjährung des geltend gemachten Anspruchs bejaht habe. Insbesondere liege ein vertraglicher Erstattungsanspruch schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin nicht auf eine vertragliche Vereinbarung über Abschlagszahlungen geleistet habe. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe es sich bei der Zahlung vom 14.8.2008 in Höhe von € 11.748,25 auch gar nicht um eine Abschlagszahlung gehandelt. Vielmehr sei dies eine Leistung ohne Rechtsgrund gewesen, die deshalb auch lediglich auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zurückverlangt werden könne. Ein solcher Anspruch sei aber verjährt.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsrechtszug wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 27.08.2013 und der Beklagten vom 07.11.2013 (§ 540 Abs. 1 und 2 ZPO) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.12.2013 ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist statthaft (§ 511 Abs. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§§ 511 Abs. 2, 517, 519, 520 ZPO). Sie ist auch – bis auf einen geringfügigen Teil der geltend gemachten Zinsen – begründet, denn der Klägerin steht ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung des von der Klägerin geleisteten Überschusses von € 11.748,25 zu. Dieser Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt.

1. Grundsätzlich ist es anerkannt, dass aus einer Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen im Bauvertrag die vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers folgt, seine Leistungen abzurechnen; der Auftraggeber hat dann einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung des etwaigen Überschusses (BGH, Urteil vom 11.2.1999, VII ZR 399/97, Rn. 23 f.; Ganten/Jansen/Voit/Kandel, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl., Vorbem. 16 Rn. 48, jeweils m.w.N.).

Mit der Vereinbarung von Abschlags- oder Vorauszahlungen treffen die Vertragsparteien sowohl in einem BGB- als auch in einem VOB-Bauvertrag die konkludente Abrede, dass über diese Zahlungen nach Abschluss der Leistungen bzw. nach anderweitiger Herstellung der Abrechnungsreife abgerechnet werden muss. Der Charakter der Voraus- und Abschlagszahlungen als vorläufige Zahlungen bedingt die Verpflichtung des Auftragnehmers, Auskunft darüber zu erteilen, ob und inwieweit eine endgültige Vergütung den geleisteten Zahlungen gegenübersteht. Voraus- und Abschlagszahlungen müssen deshalb bei der Schlussrechnung berücksichtigt werden. Sie sind darin lediglich Rechnungsposten, die nicht auf einzelne Leistungspositionen des Vertrages bezogen werden können (BGH, Urteil vom 09.01.1997, VII ZR 69/96, Rn. 6; BGH, Urteil vom 11.2.1999, VII ZR 399/97, Rn. 24 m.w.N.). Das bedeutet, dass Abschlagszahlungen auf Grund der vertraglichen Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer, also mit Rechtsgrund geleistet werden und die bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB auf diese Sachverhaltskonstellationen insgesamt nicht anwendbar sind (BGH, Urteil vom 11.2.1999, VII ZR 399/97, Rn. 26; BGH, Urteil vom 19.03.2002, X ZR 125/00, Rn. 16; Ganten/Jansen/Voit/Kandel, a.a.O., Rn 49; PWW/Prütting, 8. Aufl., § 812 Rn. 35; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB, 5. Aufl., § 16 VOB/B Rn. 73, 124, jeweils m.w.N.). Zu hohe oder zu geringe Abschlagszahlungen sind deshalb ausschließlich im Rahmen der Schlussrechnung auszugleichen. Wenn also die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem Auftragnehmer zustehende Gesamtvergütung übersteigt, ist dieser aufgrund der stillschweigend getroffenen Abrede zur Zahlung in Höhe des Überschusses an den Auftraggeber verpflichtet (BGH, Urteil vom 23.01.1986, IX ZR 46/85, Rn. 55; BGH, Urteil vom 11.2.1999, VII ZR 399/97, Rn. 24, jeweils m.w.N.).

An dieser Rechtslage ändert sich nichts, wenn der Besteller einzelne Abschlagsrechnungen, etwa in Folge von sachlichen oder rechnerischen Fehlern bei der Prüfung von Abschlagsrechnungen, überzahlt (vgl. BGH, Urteil vom 19.03.2002, X ZR 125/00, Rn. 16) oder – wie hier – eine Abschlagsrechnung versehentlich doppelt zahlt. In bei-

den Fällen steht erst zum Zeitpunkt der Erstellung der Schlussrechnung fest, ob die geleisteten Abschlagszahlungen ausreichend zur Deckung des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers waren, ob er noch eine Nachzahlung verlangen kann oder ob er einen Überschuss aus den Abschlagszahlungen zurückzuerstatten hat. Zwar wird teilweise vertreten, dass der Ausschluss der bereicherungsrechtlichen Vorschriften nicht bei der versehentlichen Doppelzahlung gelte, denn in einem solchen Fall leiste der Auftraggeber die zweite Zahlung ohne Rechtsgrund, da der Abschlagsanspruch zum Zeitpunkt der Bewirkung der zweiten Zahlung bereits im Wege der Erfüllung erloschen sei (so Ganten/Jansen/Voit/Kandel, a.a.O., Rn. 49; s.a. Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 5. Teil, § 197). Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen. Auch in den vom BGH entschiedenen Fällen der versehentlichen Überzahlung auf Grund rechnerischer oder sachlicher Fehler wäre der Abschlagsanspruch in Höhe der fälligen Abschlagszahlung durch Erfüllung erloschen mit der Folge, dass für den überschießenden Betrag ebenfalls kein Rechtsgrund vorliegen würde. Gleichwohl nimmt der BGH an, dass zu hohe oder zu geringe Abschlagszahlungen in derartigen Fällen ausschließlich im Rahmen der Schlussrechnung und nicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen auszugleichen sind. Eine materiell-rechtlich unterschiedliche Behandlung von Überzahlung und Doppelzahlung ist deshalb nicht gerechtfertigt. Daraus folgt, dass die Beklagten den durch die versehentlich doppelt geleistete Abschlagszahlung zu viel erhaltenen Betrag von € 11.748,25 an die Klägerin zu erstatten haben.

2. Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht verjährt.

Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Diese Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB). Macht ein Besteller im Rahmen eines Werkvertrages Rückforderungsansprüche wegen einer Überzahlung geltend, sind nach der Rechtsprechung des BGH die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Regel dann erfüllt, wenn er das Leistungsverzeichnis, die Aufmaße und die Schlussrechnung kennt und aus diesen eine fehlerhafte Abrechnung ohne weiteres ersichtlich sind (BGH, Urteil vom 08.05.2008, VII ZR 106/07, Rn. 13). Im vorliegenden Fall ist die Schlussrechnung im März 2009 an die Klägerin gesandt worden. Frühestens zu diesem Zeitpunkt konnte sie erkennen, dass die Beklagten nicht sämtliche von der Klägerin erbrachte Abschlagszahlungen in der Schlussrechnung berücksichtigt hatten. Der Lauf der Verjährungsfrist begann danach mit Schluss des Jahres 2009 zu laufen und endete mit Ablauf des 31.12.2012.

Die am 27.12.2012 anhängig gewordene Klage hat die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO gehemmt, denn die Zustellung der Klage am 16.02.2013 erfolgte noch „demnächst“ im Sinne von § 167 ZPO. Den Gerichtskostenvorschuss brauchte die Klägerin nicht von sich aus mit der Klage einzuzahlen; sie durfte vielmehr die Anforderung durch das Gericht abwarten (Zöller/Greger, ZPO, 30. Auflage, § 167 Rn. 15 m.w.N.). Bleibt die Anforderung aus, darf die Klägerin aber nicht länger als angemessen (ca. drei Wochen) untätig bleiben sondern muss beim Gericht nachfragen. Im vorliegenden Fall ist die Kostenvorschussanforderung des Landgerichts bei dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 17.1.2013 eingegangen. Das ist nach den vorstehenden Ausführungen noch rechtzeitig gewesen. Nach erfolgter Anforderung muss der Kostenvorschuss unverzüglich, spätestens binnen zwei Wochen eingezahlt werden (Zöller/Greger, a.a.O. m.w.N.). Nach dem von der Klägerin vorgelegten Kontoauszug ist der Kostenvorschuss von ihr am 22.1.2013 überwiesen worden. Das ist bei den üblichen Banklaufzeiten noch rechtzeitig gewesen.

3. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1 Satz 1, 288 Abs. 2 BGB. Allerdings befanden sich die Beklagten erst seit dem 21.11.2012 in Verzug, denn die von der Klägerin mit Schreiben vom 12.11.2012 gesetzte Zahlungsfrist endete erst mit Ablauf des 20.11.2012.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.

6. Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe, die die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.