

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 765; VOB/B § 16 A Nr. 1

Eine Abschlagszahlungsbürgschaft sichert nicht den Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers, der darauf beruht, daß die Abschlagszahlung in der Schlußrechnung rechtsgrundlos nicht berücksichtigt worden ist und er infolgedessen eine Überzahlung geleistet hat.

BGH, Urt. v. 9. April 1992 - IX ZR 148/91 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 148/91

Verkündet am:
9. April 1992
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Land B -W ,
vertreten durch die Oberfinanzdirektion S ,
R , S ,

Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

H K AG,
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. Gerhard Beuck,
Fallee , H ,

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -



- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 9. April 1992 durch
den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter
Dr. Schmitz, Dr. Kreft, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird
das Urteil des 1. Zivilsenats des
Hanseatischen Oberlandesgerichts
Hamburg vom 3. Mai 1991 im Kosten-
punkt und insoweit aufgehoben, als
es der Klage stattgegeben hat.

Die Berufung des Klägers gegen das
Urteil der 3. Zivilkammer des Land-
gerichts Hamburg vom 26. Febru-
ar 1988 wird zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers wird zu-
rückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der
Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Das klagende Land erteilte im Jahre 1981 der G[REDACTED] M[REDACTED] GmbH den Auftrag zur Ausführung von Fassadenarbeiten an dem Neubau eines Dienstgebäudes in H[REDACTED]. Dem Vertrag lagen die VOB, die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (ZVB) und die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) in der damals geltenden Fassung zugrunde. Nach Nr. 22.5/22.6 ZVB wurden auf Antrag Abschlagszahlungen in Höhe von 70 % des Wertes für auf der Baustelle angelieferte, aber noch nicht eingebaute Stoffe und Bauteile gewährt. Der Auftragnehmer hatte als Sicherheit eine in Nr. 25.1 ZVB näher beschriebene Bürgschaft zu stellen (Nr. 22.8 ZVB/8.3 BVB).

Im Dezember 1981 erbat die Auftragnehmerin unter Hinweis auf Nr. 22.6 ZVB eine Abschlagszahlung von 693.748,41 DM. Diesem Antrag war ein von der beklagten Kreditversicherung unterzeichnetes Bürgschaftsformular vom 11. Dezember 1981 beigelegt, in welchem es heißt:

Nach Nr. 8.3/Nr. 10 der Besonderen Vertragsbedingungen hat der Auftragnehmer für eine Abschlagszahlung/Vorauszahlung für Beschaffung von Stoffen und Bauteilen dem Auftraggeber eine Bürgschaft zu stellen.

Dies vorausgeschickt, übernehmen wir ... hiermit für den Auftragnehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft und verpflichten uns, jeden Betrag bis zur Gesamthöhe von 693.748,41 DM ... an den Auftraggeber zu zahlen, sofern der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zum Einbau der Stoffe oder Bauteile, für die die Abschlagszahlung gewährt worden ist, nicht oder nicht vollstän-

dig nachkommt oder der Auftragnehmer der Verpflichtung zur Rückzahlung der Vorauszahlung nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist.

Der Kläger leistete daraufhin die beantragte Summe. Am 12. Mai 1982 bat die Auftragnehmerin um eine weitere Abschlagszahlung, die in Höhe von 565.421,80 DM gewährt wurde.

Am 18. Mai 1982 stellte die Auftragnehmerin Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens; am 12. Juli 1982 wurde über ihr Vermögen der Anschlußkonkurs eröffnet. Der Vergleichs- und spätere Konkursverwalter erklärte, er könne den Auftrag nur zu Ende führen, wenn die Vergütung um 340.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer erhöht werde. Damit erklärte sich das Land einverstanden, verlangte jedoch, daß es ein etwaiges Guthaben der G■■■■ GmbH aus den bisher entrichteten Leistungen zur Abdeckung von Mehrkosten heranziehen könne. Hierauf erwiderte der Vergleichsverwalter:

Hier handelt es sich um eine Frage der Leistungsabgrenzung. Falls nach dem jetzigen Leistungsstand die Vergleichsschuldnerin einen zusätzlichen Zahlungsanspruch haben sollte, steht Ihnen bis zur Höhe des aufzuwendenden Mehrpreises ein Schadensersatzanspruch zu. Diesseits ist die Mehrpreisberechnung unter Zugrundelegung des nach dem jetzigen Leistungsstand noch zu erbringenden Leistungsumfangs aufgemacht worden.

Wir empfehlen eine gemeinsame Feststellung des jetzigen Leistungsstandes.

Die Leistungen der G■■■■ GmbH wurden zum Stichtag 18. Mai 1982 einvernehmlich auf 1.068.263,58 DM ermittelt. Zu diesem Zeitpunkt waren mit der ersten Abschlagszahlung vergütete Materialien im Werte von 500.064,16 DM

(442.534,66 DM netto) noch nicht eingebaut. Sie blieben bei der Leistungsfeststellung unberücksichtigt und wurden in der Folgezeit zur Herstellung des Werkes verwendet.

Der Auftrag wurde zu Ende geführt. Die Schlußrechnung des Konkursverwalters enthielt die gesamten vor und nach dem 18. Mai 1982 erbrachten Leistungen und setzte nicht die Abschlagszahlungen des Klägers, sondern den Wert der Arbeiten zum 18. Mai 1982 davon ab. Den danach verbleibenden Betrag von 3.749.776,73 DM hat der Kläger ausgeglichen. Er nimmt nunmehr die Beklagte aus der Bürgschaft in Höhe von 477.443,52 DM in Anspruch, weil er das mit der ersten Abschlagszahlung vergütete, bis zum 18. Mai 1982 nicht eingebaute Material zweimal habe bezahlen müssen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht ihr in Höhe von 283.136,89 DM stattgegeben. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, während der Kläger den abgewiesenen Teil des Klageanspruchs weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg; diejenige des klagenden Landes ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht meint, die Bürgschaft habe dem Kläger garantieren sollen, daß er die bezahlten Materialien zu Eigentum erhalte. Dieser Erfolg sei in erheblichem Umfang nicht eingetreten; denn er habe Materialien im Werte von 442.534,66 DM netto ein zweites Mal bezahlen müssen. Um die Erfüllung des Vertrages zu erlangen, sei das Land gezwungen gewesen, auf die Bedingungen des Vergleichs- und späteren Konkursverwalters - Anerkennung nur eines bestimmten Bautenstandes und Zuzahlung von 384.200 DM - einzugehen.

Trotzdem könne der Kläger nur 283.136,89 DM erstattet verlangen; denn er dürfe durch die Leistungen der Beklagten nicht besser gestellt werden, als er bei vertragsgemäßer Abwicklung des Bauvorhabens gestanden hätte. Dem Kläger seien durch den wirtschaftlichen Zusammenbruch der Auftragnehmerin nur der mit dem Vergleichsverwalter vereinbarte Zuschlag von 384.200 DM brutto sowie Kosten von 125.386,89 DM infolge der wochenlangen Unterbrechung der Arbeit entstanden. Darauf müsse er sich die aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft der Beklagten bereits erhaltenen 226.450 DM anrechnen lassen.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch aus der Bürgschaft vom 11. Dezember 1981 zu.

1. Das Berufungsgericht hat es versäumt, den Inhalt der von der Beklagten übernommenen Verpflichtung genau zu bestimmen. Da die insoweit maßgeblichen Tatsachen unstrittig sind und zudem das von der Beklagten verwendete Formular über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus Verwendung findet, kann der Senat die erforderliche Auslegung der Bürgschaftsurkunde selbst vornehmen.

Die Beklagte hat eine Abschlagszahlungsbürgschaft geleistet. Die Auftragnehmerin hat unter Berufung auf Nr. 22.6 ZVB eine Abschlagszahlung für bereitgestellte Materialien gefordert und dafür die gemäß Nr. 8.3 BVB/ 22.8 ZVB vorgesehene Bürgschaft beigebracht. Abschlagszahlungen setzen voraus, daß der Auftragnehmer die vergütet verlangten Teile der vertraglich vereinbarten Leistung bereits erbracht hat. Als solche Leistung gelten auch die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B). Zwar läßt der Wortlaut des Bürgschaftsformulars offen, ob eine Abschlagszahlung oder eine Vorauszahlung gesichert werden sollte, weil keine der beiden dort vorgesehenen Alternativen gekennzeichnet oder

gestrichen worden ist. Da der Kläger aber mit seinem Auftragnehmer keine Vorauszahlungen vereinbart, dieser um eine Abschlagszahlung gebeten hatte und die Urkunde genau auf den geforderten Betrag ausgestellt wurde, ist von einer Abschlagszahlungsbürgschaft auszugehen (vgl. auch Senatsurt. v. 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85, NJW 1986, 1681, 1683).

2. Verbürgte Hauptschuld ist der Anspruch des klagenden Landes gegen den Auftragnehmer auf Rückgewähr der ersten Abschlagszahlung.

a) Die in der Bereitstellung von Materialien bestehende Teilleistung, für die die Abschlagszahlung gemäß § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B gewährt wird, erbringt dem Auftraggeber noch keinen Vermögenszuwachs. Aus diesem Grunde hatte der Unternehmer Sicherheit durch die streitgegenständliche Bürgschaft zu leisten (Nr. 22.8 ZVB/8.3 BVB). Erst durch Eigentumserwerb aufgrund vertragsmäßigen Einbaus der bereitgestellten Bauteile in das Bauwerk (§ 946 BGB) erhält der Bauherr den Gegenwert für die geleistete Anzahlung. Verhindern Leistungsstörungen, daß er die schon bezahlten Bauteile erwirbt, kommt ein Anspruch auf Rückgewähr der Abschlagszahlung in Betracht. Nur zur Sicherung dieses Anspruchs dient die nach den Vertragsbedingungen zu stellende Bürgschaft (vgl. Urt. v. 23. Januar 1986 aaO S. 1683).

b) Die Urkunde vom 11. Dezember 1981 enthält keine von dieser Regel abweichende Bestimmung dieser Hauptschuld. Dies wird aus dem Hinweis auf Nr. 8.3 BVB und der Wiederholung des Betrages der Abschlagszahlung hinreichend deut-

lich. Die Einstandspflicht des Bürgen ist an das Entstehen eines Hauptanspruchs mit dem beschriebenen Inhalt gebunden. Die Erklärung zu zahlen, sofern der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zum Einbau der Stoffe und Bauteile nicht oder nicht vollständig nachkommt, beschreibt nur die Voraussetzungen der Entstehung der Hauptschuld und begründet keine umfassende Haftung für einen Teil des Erfüllungsanspruchs des Auftraggebers. Demgemäß besteht nach dem vertragsmäßigen Einbau der bezahlten Bauteile grundsätzlich kein Rückforderungsanspruch mehr. Der Sicherungszweck entfällt und der Bürge kann nicht mehr in Anspruch genommen werden (Urt. v. 23. Januar 1986, aaO S. 1683 f).

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat das klagende Land das Entstehen eines Rückzahlungsanspruchs als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der beklagten Bürgin nicht schlüssig dargelegt.

a) Unstreitig ist das gesamte mit der Abschlagszahlung vergütete Material tatsächlich zum Einbau verwendet worden; der Kläger hat Eigentum daran erlangt.

b) Ein Rückzahlungsanspruch ist auch nicht dadurch entstanden, daß der Konkursverwalter in der Schlußrechnung alle Materialien nochmals berechnet und von der Gesamtsumme lediglich den Betrag der Leistungsfeststellung zum 18. Mai 1982 in Höhe von 1.068.263,58 DM abgezogen hat, hierin aber schon bezahltes Material im Werte von 442.534,66 DM netto = 500.064,16 DM brutto nicht berücksichtigt war.

Die Feststellung im angefochtenen Urteil, zwischen den Parteien sei unstreitig geworden, daß der Kläger Material im Werte von 442.534,66 DM doppelt bezahlt habe, beruht auf der Annahme, der Konkursverwalter habe sich auf seinen Werklohnrestanspruch nicht die Abschlagszahlungen des Klägers, sondern lediglich den Wert der Leistungsfeststellung zum 18. Mai 1982 anrechnen lassen müssen. Diese Auffassung ist jedoch rechtlich nicht haltbar. Das klagende Land hatte mit dem Vergleichs- und späteren Konkursverwalter vereinbart, den Werkvertrag mit der Maßgabe, daß eine zusätzliche Vergütung von 340.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer gewährt wurde, zu erfüllen. Darüber hinaus ist der Vertrag nicht zu Lasten des Klägers abgeändert worden. Dieser hat nicht substantiiert behauptet, sich mit einer eingeschränkten Anrechnung der geleisteten Abschlagszahlungen einverstanden erklärt zu haben. Auch dem im Juni 1982 geführten Schriftwechsel ist eine solche Einigung nicht zu entnehmen. Die gemeinsame Ermittlung des damaligen Leistungsstandes sollte danach allein dazu dienen festzustellen, ob er die bis dahin vom Kläger erbrachten Zahlungen wertmäßig überstieg und dem Land somit die Möglichkeit eröffnete, gegenüber einer insoweit begründeten zusätzlichen Forderung der Vergleichsschuldnerin mit infolge der Insolvenz entstandenen Schadensersatzansprüchen aufzurechnen. Nach Konkurseröffnung wurde der Vertrag mit dem im Juni 1982 vereinbarten Inhalt erfüllt (§ 17 KO).

Die Schlußrechnung vom 22. November 1984 ist daher fehlerhaft erstellt worden. Der Konkursverwalter hätte die vom Kläger geleisteten Abschlagszahlungen von 693.748,41 DM und 565.421,80 DM - nicht lediglich den Wert der von der

7

G■■■■ GmbH bis zum 18. Mai 1982 erbrachten Leistung - berücksichtigen müssen. Bei vertragsgemäßer Verrechnung der Abschlagszahlung hätte der Kläger folglich eine ihrem Betrag entsprechende Gegenleistung erhalten. Dadurch, daß die Anrechnung vom Konkursverwalter versäumt und dieser Fehler vom klagenden Land nicht beanstandet worden ist, konnte ein von der Bürgschaft gesicherter Hauptanspruch ebenfalls nicht entstehen. Die Verletzung der Verpflichtung zur Anrechnung hatte zur Folge, daß der restliche Vergütungsanspruch um $(693.748,41 + 565.421,80 \text{ DM}) - 1.068.263,58 \text{ DM} = 190.906,63 \text{ DM}$ zu hoch berechnet worden ist und daher insoweit eine Überzahlung des Klägers vorliegt. Der daraus folgende Rückgewähranspruch betrifft ausschließlich den Rest des mit der Schlußrechnung verlangten Werklohns. Darauf erstreckt sich die Bürgschaft der Beklagten nicht.

c) Ob ein Anspruch auf Rückgewähr der erhaltenen Abschlagszahlung dann in Betracht kommt, wenn der Bauherr später zwar Eigentümer des Materials wird, es jedoch ganz oder teilweise doppelt bezahlen muß, kann dahingestellt bleiben; denn der Zuschlag zur Vergütung von 340.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer bezog sich unstreitig nicht auf die Materialpreise, sondern ausschließlich auf die vom Auftragnehmer nach dem 18. Mai 1982 erbrachten Werkleistungen. Auch daraus läßt sich folglich keine Forderung herleiten, deren Erfüllung die streitgegenständliche Bürgschaft sichert. Dasselbe gilt erst recht für den vom Kläger mit 125.386,89 DM angegebenen reinen Verzögerungsschaden.

III.

Weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf es nicht; der Senat kann daher in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Da es an einem Hauptanspruch, zu dessen Sicherung die Bürgschaft dient, fehlt, ist auf die Revision der Beklagten das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Demzufolge bleibt die Revision des Klägers erfolglos.

Brandes

Schmitz

Kreft

Kirchhof

Fischer