c) Eine den Anforderungen des § 7 MaBV entsprechende Bürgschaft deckt jedenfalls auch Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers, die sich daraus ergeben, daß die Fläche des zu errichtenden Gebäudes geringer als vereinbart ist, und bereits vor Abnahme geltend gemacht worden sind.

BGH, Urteil vom 19. Juli 2001 - IX ZR 149/00 - OLG Stuttgart
LG Ravensburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Dr. Ganter und Raebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 4. April 2000 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten kauften mit notariellem Vertrag vom 23. November 1995 von der BG C. mbH (nachfolgend: BG C. oder Auftragnehmerin) drei näher bezeichnete Grundstücke. Zugleich verpflichtete sich die Auftragnehmerin, die beiden dort bereits errichteten Gebäude fertigzustellen. Mit der Ausführung der Bauwerke hatte sie durch Vertrag vom 7. März 1994 die Klägerin beauftragt.

Die Beklagten hatten als Vergütung für die Grundstücke einschließlich der Gebäude 10.600.000 DM zu entrichten. Gemäß Anlage II des Vertrages sollte die Mietfläche der Gebäude 680,10 qm sowie 1756,50 qm (jeweils "Def.

H.") betragen. § 3 Ziff. 3 des notariellen Vertrages enthielt dazu folgende Regelung:

> "Flächenminderungen werden im Verhältnis der weggefallenen Fläche zur gesamtgeschuldeten Fläche, wie in Anlage II erwähnt, zugunsten des Käufers vergütet.
>
> Flächenmehrungen hingegen werden nicht zusätzlich vergütet.
>
> Hierbei handelt es sich nur um Nettonutzflächen nach gültiger DIN 277 Teil 1 ohne Verkehrsflächen, abgeschlossene Treppenhäuser sowie Heiz- und Technikräumen."

Die Zahlung war an die Klägerin, der die BG C. ihren Anspruch abgetreten hatte, bis zum 15. Dezember 1995 vorzunehmen, "Zug um Zug gegen Aushändigung einer Bürgschaft eines Kreditinstitutes, die den Anforderungen von §§ 7, 2, 3 der Makler- und Bauträgerverordnung genüge tut", und wurde vertragsgerecht erbracht. Im Auftrag der Klägerin übernahm die L. S. mit Erklärung vom 20. Dezember 1995 die selbstschuldnerische Bürgschaft gegenüber den Beklagten bis zum Betrag von 10,6 Mio. DM. Weiter heißt es in der Urkunde:

> "Die Bürgschaft dient zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Käufers auf Rückgewähr oder Auszahlung des vorgenannten Betrages, die die P. H. AG erhalten hat.
>
> ....
>
> Diese Bürgschaft erlischt nach Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers im Grundbuch an vereinbarter Rangstelle, nach Sicherung der Freistellung der o.g. Vertragsobjekte von allen Grundpfandrechten, die nicht übernommen werden sollen, und nach Übergabe derselben an die Käufer.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Danach ist die Bürgschaftserklärung umgehend an uns zurückzugeben."

Am 8. Oktober 1997 wurden "Begehungen zur Abnahme" durchgeführt. Die dabei festgestellten Mängel sind inzwischen beseitigt, die Restarbeiten sind durchgeführt. Die Beklagten beanstanden, die Mietfläche sei um 426,97 qm geringer als in Anlage II des notariellen Vertrages angegeben, und haben von der Bürgin daher mit Schreiben vom 23. Januar 1998 Zahlung in Höhe von 2.136.604,85 DM begehrt.

Die Klägerin verlangt Rückgewähr der Bürgschaftsurkunde. Sie bestreitet die Flächenangabe der Beklagten, behauptet außerdem, nach der von den Parteien getroffenen Sicherungsabrede sei der von den Beklagten geltend gemachte Mangel von der erteilten Bürgschaft nicht gedeckt, und meint, diese sei inzwischen erloschen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht den Beklagten ein Anspruch auf Minderung des gezahlten Kaufpreises zu. Die für dessen Berechnung maßgebliche Mietfläche richte sich nicht nach der "Def. H.", sondern nach DIN 277 Teil 1. Auf der Grundlage dieser Norm weiche selbst nach dem Vortrag der Klägerin die Nutzfläche für beide Gebäude um insgesamt 63,37 qm von den vertraglich vereinbarten Größen nach unten ab. Der daraus folgende Kaufpreisrückzahlungsanspruch der Beklagten sei auf der Grundlage des auch für den hier zu entscheidenden Fall maßgeblichen Urteils des BGH v. 14. Januar 1999 (IX ZR 140/98 - WM 1999, 535) durch die Bürgschaft gedeckt. Vor Inanspruchnahme der Bank aus der Bürgschaft habe keine Abnahme stattgefunden. Die Beklagten hätten ihre Ansprüche auch rechtzeitig geltend gemacht.

II.

Die dagegen von der Revision erhobenen Rügen haben im Ergebnis Erfolg, weil das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin zum Inhalt einer zwischen den Parteien angeblich mündlich getroffenen Sicherungsabrede nicht beachtet hat (§ 551 Nr. 7 ZPO).

1. Unstreitig ist die Bürgschaft, die die Beklagten erhalten haben, nicht, wie nach dem notariellen Vertrag vorgesehen, von der BG C. als Verkäuferin, sondern von der Klägerin beigebracht worden. Diese hat der L. den Auftrag

erteilt, die Bürgschaft vom 20. Dezember 1995 zu übernehmen. Nach der unter Beweis gestellten Behauptung der Klägerin beruhte dieser Auftrag auf einer eigenständigen mündlichen Sicherungsabrede zwischen ihr und den Beklagten, weil im Zeitpunkt des notariellen Vertrages die Bauleistung bereits weitgehend erbracht, aber noch nicht vollständig fertiggestellt gewesen sei. Aus diesem Grunde habe man verabredet, daß die Bürgschaft nur Ansprüche der Beklagten sichern solle, welche die damals noch nicht ausgeführten Bauleistungen der Klägerin beträfen. Dabei habe Einigkeit darüber bestanden, daß die Bürgschaft nach Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks, Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten sowie der Lastenfreistellung an die Bank zurückzugewähren sei; eventuelle Ansprüche der Beklagten gegen die Verkäuferin wegen einer Flächenmaßdifferenz seien von dieser Abrede nicht erfaßt worden.

2. Dieses von den Beklagten bestrittene Vorbringen durfte das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revisionserwiderung nicht als unsubstantiiert unbeachtet lassen.

Wer einen Anspruch geltend macht, genügt seiner Substantiierungslast (§ 138 Abs. 1 ZPO) durch die Behauptung von Tatsachen, die geeignet sind, in Verbindung mit einem Rechtssatz die behauptete Rechtsfolge entstehen zu lassen (BGH, Urt. v. 23. April 1991 - X ZR 77/89, NJW 1991, 2707, 2709; v. 18. Mai 1999 - X ZR 158/97, NJW 1999, 2887, 2888; vom 5. April 2001 - IX ZR 441/99, WM 2001, 1075, 1076). Die Klägerin hat den Inhalt der behaupteten Vereinbarung in diesem Sinne ausreichend konkret dargestellt und ersichtlich auf einen engen zeitlichen Zusammenhang zum Abschluß des notariellen Vertrages abgehoben. Die Beklagten haben ein Gespräch zwischen den Parteien

des Rechtsstreits in Zusammenhang mit der Überlassung der Bürgschaft generell in Abrede gestellt. Allein dieses Bestreiten führt nicht dazu, daß das Vorbringen der Klägerin zu diesem Punkt ohne die Darstellung weiterer Einzelheiten insgesamt als unsubstantiiert anzusehen ist (vgl. BGH, Urt. v. 23. April 1991, aaO). Allerdings hätte die Klägerin angeben müssen, ob die behauptete Abrede mit allen sieben Beklagten persönlich oder nur mit bestimmten Personen von ihnen als Bevollmächtigte der übrigen getroffen wurde. Indessen wäre das Berufungsgericht gemäß § 139 ZPO verpflichtet gewesen, die Klägerin in diesem Punkt auf die Unvollständigkeit ihrer Darstellung hinzuweisen. Für die revisionsrechtliche Prüfung ist deshalb davon auszugehen, daß die Klägerin dann die gebotene Ergänzung vorgenommen hätte.

3. In diesem Falle ist das Vorbringen der Klägerin auch rechtlich erheblich.

a) Eine Sicherungsabrede des behaupteten Inhalts kann wirksam getroffen worden sein. Sie verstößt nicht gegen § 7 Abs. 1 MaBV, weil die Klägerin allein als Bauunternehmerin tätig geworden ist und daher nicht die Verpflichtung übernommen hat, den Beklagten das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Die Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung hatte nur die Auftragnehmerin, die BG C., zu beachten. Zwar hatte die Klägerin die Zahlungsansprüche aus dem notariellen Vertrag vom 23. November 1995 abgetreten erhalten; sie war damit jedoch nicht Vertragspartner der Beklagten geworden.

Die Vereinbarung einer entsprechenden isolierten Sicherungsabrede ließ den Anspruch der Beklagten gegen die Auftragnehmerin auf Leistung einer

nach dem Inhalt des notariellen Vertrages geschuldeten Bürgschaft unberührt. Die Beklagten blieben also weiterhin befugt, die Zahlung an die Klägerin zu verweigern, solange ihnen die gemäß § 7 MaBV notwendige Bürgschaft nicht gewährt worden war (§ 404 BGB). Allein der Umstand, daß sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben, schließt jedoch eine Vereinbarung, wie sie die Klägerin behauptet, nicht aus.

b) Ist zwischen den Parteien eine eigenständige Sicherungsabrede zustande gekommen, die nicht die auf § 3 Nr. 3 des notariellen Vertrages gestützten Ansprüche der Beklagten wegen der Flächenmaßdifferenz erfaßt, hat die Klägerin Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaft. Die Beklagten haben sich, abgesehen von dem Streitpunkt des Flächenmaßes, nicht auf Ansprüche aus der Bürgschaft berufen. Da nach dem Vortrag der Klägerin die Bürgschaft nach Wissen und Willen aller Beteiligten ausschließlich zur Erfüllung der individuell zwischen den Parteien getroffenen, lediglich die Fertigstellung des Bauwerks erfassenden Sicherungsabrede erteilt worden sein soll, kann in einem solchen Fall außer der Klägerin, die die Bürgschaft beigebracht hat, auch die Bürgin selbst sich auf den Inhalt dieser Sicherungsabrede berufen, also gegenüber dem erhobenen Anspruch die der Klägerin als Sicherungsgeberin zustehenden Einwände geltend machen (vgl. BGHZ 107, 210, 214; 143, 381, 384 f). Die Beklagten können die Rückgabe in diesem Fall nicht unter Berufung darauf verweigern, die von der Auftragnehmerin geschuldete Bürgschaft nicht erhalten zu haben. Können Ansprüche, für die Sicherheit gewährt wurde, nicht mehr entstehen, darf der Sicherungsnehmer die Herausgabe der Sicherheit nicht unter Berufung auf andere Ansprüche aus dem Hauptvertrag verweigern (BGH, Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, WM 2001, 947, 949 m.w.N.). Die behauptete Sicherungsabrede wurde nach dem Vorbringen der Klägerin

unabhängig von den im notariellen Vertrag enthaltenen Regelungen getroffen und daher in keine rechtliche Beziehung zu der Bürgschaft gesetzt, die die Auftragnehmerin beizubringen hatte.

c) Eine Vereinbarung des von der Klägerin behaupteten Inhalts ist allerdings nur dann zustande gekommen, wenn aus ihren Erklärungen für die Beklagten zweifelsfrei erkennbar war, daß ihnen nicht die im notariellen Vertrag vereinbarte, sondern eine jener gegenüber wesentlich eingeschränkte Sicherheit angeboten wurde. Hat die Klägerin dies nicht hinreichend klargestellt, durften die Beklagten schon wegen des auf den notariellen Vertrag abgestimmten Wortlauts der Bürgschaft in deren Übergabe die Erfüllung der mit der Verkäuferin vereinbarten Sicherheit sehen. In diesem Falle ist die Klägerin an den Inhalt der beurkundeten Sicherungsabrede gebunden. Für den Inhalt der von ihr behaupteten atypischen Vereinbarung trägt sie uneingeschränkt die Beweislast. Die Tatsache, daß die von der Klägerin beauftragte Bank eine Bürgschaft erteilt hat, die ihrem Wortlaut nach geeignet ist, alle in dem notariellen Vertrag bezeichneten Ansprüche zu decken, begründet eine tatsächliche Vermutung, die dem Vorbringen der Klägerin entgegensteht und von ihr daher widerlegt werden muß.

III.

Für die neue Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

Vermag die Klägerin ihre Darstellung zu der von den Parteien angeblich vereinbarten Sicherungsabrede in dem bisher fehlenden Punkt nicht ausrei-

chend zu ergänzen oder den ihr obliegenden Beweis nicht zu führen, so ist die Auffassung des Berufungsgerichts, Ansprüche der Beklagten auf Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises wegen einer geringeren als der vertraglich zugrunde gelegten Nutzfläche seien von der Bürgschaft gedeckt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. Verbürgt sind die Ansprüche der Beklagten auf Rückgewähr der in Erfüllung des notariellen Vertrages vom 23. November 1995 geleisteten Beträge. Ein solcher durch die Bürgschaft gesicherter Erstattungsanspruch ist in dem Umfang begründet, in dem eine Differenz zwischen der gezahlten Vergütung für die vertraglich geschuldete und dem Wert der tatsächlich erbrachten Leistung besteht (vgl. BGH, Urt. v. 14. Januar 1999 - IX ZR 140/98, WM 1999, 535, 537; v. 6. Mai 1999 - IX ZR 430/97, WM 1999, 1204, 1205 f).

2. Nach § 3 Nr. 3 des notariellen Vertrages werden Flächenminderungen im Verhältnis zur insgesamt geschuldeten Fläche zugunsten des Käufers vergütet, während Flächenmehrungen unberücksichtigt bleiben.

a) Möglicherweise wollten die Vertragsparteien mit dieser Regelung eine unmittelbare Beziehung zwischen der Größe der Mietflächen und der Höhe des Kaufpreises herstellen. In diesem Falle begründen Abweichungen von der vereinbarten Fläche ohne weiteres einen Rückzahlungsanspruch der Beklagten, der von der Bürgschaft gedeckt ist.

b) Andernfalls stellt die Flächendifferenz einen Mangel im Sinne des § 634 BGB dar (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, WM 2001, 482, 483), so daß der Auftraggeber die Vergütung mindern darf.

aa) Im Streitfall ist das Minderungsrecht vor Abnahme des Werks entstanden und geltend gemacht worden. Erstmals mit Schreiben des Beklagten zu 1 vom 4. November 1997 haben die Beklagten Minderung wegen der Flächendifferenz verlangt. Bei den am 8. Oktober 1997 durchgeführten Begehungen ist das Werk nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht abgenommen worden. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die über die Begehung erstellten Protokolle enthalten keine Erklärung der Beklagten. Das Berufungsgericht vermochte auch aus den Umständen nicht zu erkennen, daß die Beklagten bei der genannten Gelegenheit das Werk als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung gebilligt haben. Dies beruht auf einer revisionsrechtlich nicht angreifbaren tatrichterlichen Würdigung; die dagegen gerichteten Verfahrensrügen erachtet der Senat nicht für durchgreifend (§ 565a ZPO).

bb) Der infolge dieses Mangels begründete Rückzahlungsanspruch wird von einer Bürgschaft gedeckt, die zur Erfüllung der Anforderungen des § 7 MaBV erteilt wurde. Die Flächendifferenz verringert den Wert der vertraglich geschuldeten Leistung des Unternehmers. Ein entsprechender Minderwert fließt grundsätzlich in die bei Voraus- und Abschlagszahlungsbürgschaften allgemein gebotene Abrechnung ein (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1999, aaO; vom 6. Mai 1999, aaO). § 7 MaBV soll den Auftraggeber auch vor den Nachteilen schützen, die sich daraus ergeben, daß infolge eines solchen Mangels der Wert der geschuldeten Leistung hinter der Höhe der geleisteten Vorauszahlungen zurückbleibt. Daher sind auf Minderungsrechte gegründete Rückzahlunganspruche jedenfalls dann von einer gemäß § 7 MaBV erteilten Bürgschaft gedeckt, wenn der Mangel vor Abnahme geltend gemacht worden ist. Ob

der Schutzzweck der Bürgschaft auch Ansprüche sichert, die nach Abnahme begründet sind, bedarf hier keiner Entscheidung.

c) Die Beklagten haben den Anspruch geltend gemacht, bevor die Bürgschaft erlöschen konnte. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war der Notar von den Grundpfandgläubigern aus dem Treuhandvertrag noch nicht entlassen worden, als der Bürgin mit Schreiben der Beklagten vom 23. Januar 1998 ihre Inanspruchnahme angezeigt wurde.

Kreft Kirchhof Fischer

Ganter Raebel