

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 10. August 1998 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 16. Februar 1996 bestellte die Klägerin bei der E. (im folgenden: E.) die Planung und Errichtung eines schlüsselfertigen Betonfertigteilwerks zu einem Preis von 12,85 Mio. DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Geltung der VOB wurde vereinbart. Nach zwischenzeitlicher Kündigung des Vertrags durch die Klägerin einigte man sich am 7. März 1997, daß die E. das Werk fertigstellen sollte. Diese Vereinbarung lautet in den hier interessierenden Teilen wie folgt:

"Die Parteien setzen das Vertragsverhältnis ... vom 16.02.1996 fort. Die von ihnen zu erbringenden Leistungen werden wie folgt modifiziert:

1. Die Auftragnehmerin erstellt unverzüglich: ...
2. Die Auftraggeberin zahlt nach Vornahme der vorstehend genannten Arbeiten DM 1 Mio. an die Auftragnehmerin (Zahlung Nr. 11 des vereinbarten Zahlungsplanes). ...

Die Auftraggeberin zahlt weiterhin mit Fälligkeit der Rate über DM 1 Mio. weitere DM 3 Mio. gegen eine Bankbürgschaft (bzw. zwei Bankbürgschaften) der Banken der Auftragnehmerin. ...

3. Die Auftragnehmerin erbringt im Anschluß daran folgende Leistungen: ...
4. Die Auftraggeberin zahlt im Anschluß daran weitere DM 1 Mio. (Nr. 4 des Zahlungsplans).
5. Die Folgezahlungen gemäß Zahlungsplan (Nr. 10, 12, 13, 14 und 15 - teilweise -) werden gegen die Vorauszahlung von DM 3 Mio. verrechnet. Laut Zahlungsplan verbleiben zur Zahlung dann noch DM 385.000,00.

Die Bürgschaft bzw. die Bürgschaften über zusammen DM 3 Mio. bleiben hinsichtlich eines Restbetrages von DM 300.000,00 bis zum Erreichen der Produktion im Handbereich bestehen. ..."

Die Klägerin zahlte wie vereinbart 3 Mio. DM an die E., während die Beklagte der Klägerin am 10. März 1997 eine bis zum 15. September 1997 befristete "Allgemeine Bürgschaft" erteilte, in der unter anderem bestimmt ist:

- "3. Die Bürgschaft wird für folgende Ansprüche übernommen, die der Gläubiger gegenüber dem Kunden der Bank gegenwärtig hat oder künftig erwerben wird:

Erfüllung des Vertragsverhältnisses vom 16.02.1996 über die Lieferung der Werksplanung und Erstellung eines schlüsselfertigen kom-

- 4 -

pletten, betriebsbereiten, produzierenden und dem letzten Stand der Technik entsprechenden Fertigteilwerkes zur Herstellung von flächigen Betonelementen ... Der Bürgschaftsbetrag verringert sich entsprechend den durch den Gläubiger gegenüber der Bank abzugebenden Teilfreigabeerklärungen entsprechend dem zwischen dem Gläubiger und der E. ... vereinbarten Zahlungsplan hinsichtlich der Abnahme einzelner Bauabschnitte. ..."

Die Klägerin gab am 9. Mai 1997, 26. Juni 1997 und am 2. Juli 1997 die Bürgschaft in Höhe von insgesamt 1,2 Mio. DM frei. Im Sommer 1997 erfuhren die Parteien, daß der Vertrag vom 16. Februar 1996 aufgrund einer Zusage der E., an den damaligen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Klägerin 500.000 DM als Schmiergeld zu zahlen, zustande gekommen sei.

Im Juli 1997 stellte die E. die Bauleistungen ein. Sie kündigte am 19. September 1997 den Vertrag mit der Klägerin und erteilte am 30. September 1997 eine Schlußrechnung, mit der sie unter Berücksichtigung von der Klägerin bereits erhaltener 11.702.450 DM noch restliche 6.762.540,26 DM verlangte. Mit Schreiben vom 9. Juli und 21. August 1997 forderte die Klägerin die Beklagte fruchtlos auf, als Bürgin 1,8 Mio. DM zu zahlen. Im Herbst 1997 wurde über das Vermögen der E. die Gesamtvollstreckung eröffnet.

Ihre Klage auf Zahlung von 1,8 Mio. DM hat die Klägerin zunächst darauf gestützt, der Bauvertrag vom 16. Februar 1996 sei im Hinblick auf die Schmiergeldvereinbarung sittenwidrig und somit nichtig. Sie, die Klägerin, könne deshalb aufgrund von § 812 BGB den Betrag von 1,8 Mio. DM von der E. kondizieren. Für diese Rückzahlungsforderung habe sich die Beklagte ebenfalls verbürgt. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Bauvertrag sei zwar sittenwidrig, die danach allein in Betracht kommenden



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bereicherungsansprüche der Klägerin seien aber nicht durch die Bürgschaft gedeckt. Die Beklagte habe lediglich eine Vertragserfüllungsbürgschaft übernommen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Dagegen wendet sich nunmehr die Beklagte mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe mit der E. am 7. März 1997 einen wirksamen Werkvertrag geschlossen, der an die Stelle des ursprünglichen Vertrages vom 16. Februar 1996 getreten sei. Die Schmiergeldvereinbarung habe auf den neuen Vertrag keinen Einfluß mehr gehabt. In diesem Vertrag sei die Frage, was mit der Vorauszahlung von 3 Mio. DM zu geschehen habe, wenn der E. eine Fertigstellung des Werks nicht möglich sei, nicht geregelt worden. Er sei ergänzend dahin auszulegen, daß die Vorauszahlung zurückzugeben sei, soweit die E. ihre Gegenleistung nicht erbracht habe. Für diese Rückzahlungsverpflichtung habe sich die Beklagte verbürgt. Ihre Erklärung vom 10. März 1997 sei nicht als Vertragserfüllungs-, sondern als Vorauszahlungsbürgschaft auszulegen. Schließlich habe die Klägerin die Be-

klagte auch rechtzeitig vor dem Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung am 15. September 1997 in Anspruch genommen.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht, wie das Landgericht gemeint hatte, eine Vertragserfüllungsbürgschaft, sondern eine Vorauszahlungsbürgschaft übernommen, wird von den Parteien im Revisionsverfahren geteilt. Sie läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

2. Die bisherigen Feststellungen erlauben jedoch nicht die vom Berufungsgericht vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung. Der Sachverhalt, für den das Berufungsgericht eine vertragliche Regelung vermißt hat - Nichterbringung des Werks trotz unbeendeten Vertragsverhältnisses -, ist nicht festgestellt.

Mit Recht macht die Revision darauf aufmerksam, daß im Berufungsurteil als unstreitig festgehalten ist, die E. habe am 19. September 1997 (Zugang des Kündigungsschreibens) den Vertrag mit der Klägerin gekündigt und am 30. September 1997 Schlußrechnung erteilt. War die Kündigung wirksam, so wurde der Bauvertrag dadurch vorzeitig beendet. Der Werklohnanspruch der E. wurde fällig, falls die Schlußrechnung anerkannt wurde oder prüffähig war (vgl.

BGHZ 105, 290, 293; BGH, Urt. v. 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85, NJW 1987, 382, 383; v. 10. Mai 1990 - VII ZR 257/89, NJW-RR 1990, 1170, 1171). Da das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat, ist beides zu unterstellen. Dann ist eine Vorauszahlung - wie sie das Berufungsgericht im vorliegenden Fall, von den Parteien im Revisionsverfahren unbeanstandet, angenommen hat - mit der Gesamtwerklohnforderung zu verrechnen.

Die Verrechnung wäre nicht möglich, wenn die Vorauszahlung ihren Rechtsgrund allein in einer selbständigen Kreditvereinbarung zwischen der Klägerin und E. gehabt hätte. Dieser - von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erneut vorgebrachten - Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Die Vereinbarung vom 7. März 1997 war auf den Bauvertrag vom 16. Februar 1996 bezogen. Sie änderte diesen insoweit, als die Klägerin eine Sonderzahlung in Höhe von 3 Mio. DM, für die zu diesem Zeitpunkt noch keine Bauleistungen erbracht waren, leisten sollte; die dadurch bewirkte Vorleistung der Klägerin sollte gegen Ende der Bauzeit durch Verrechnung mit dann fällig werdenden Ratenzahlungen abgebaut werden.

Solche Vorleistungen stellen in der Schlußrechnung lediglich Rechnungsposten dar, die insoweit nicht einzelnen Leistungspositionen zugeordnet werden können. Das gilt auch, wenn die Schlußrechnung infolge vorzeitiger Beendigung der Arbeiten nicht das gesamte geschuldete Werk umfaßt. Eine Rückzahlung kommt nur in Betracht, wenn die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem Auftragnehmer zustehende Gesamtvergütung übersteigt (BGH, Urt. v. 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85, NJW 1986, 1681, 1684; v. 6. Mai 1999 - IX ZR 430/97, NJW 1999, 2113 f).

Wie sich die Summe der von der Klägerin erbrachten Vorleistungen zu der der E. zustehenden Gesamtvergütung verhält, hat das Berufungsgericht - weil es fälschlich nur auf die Sonderzahlung von 3 Mio. DM abgestellt hat - nicht geprüft. Indessen scheinen die Parteien davon auszugehen, daß die E. - wie von sachverständiger Seite ermittelt - Bauleistungen im Betrag von 11.752.350 DM (netto) erbracht hat. Das entspricht einem Bruttobetrag von 13.515.202 DM. Hierauf hat die Klägerin insgesamt 11.702.450 DM bezahlt. Eine Überzahlung ist danach nicht gegeben.

Falls der Klägerin - wie die Revisionserwiderung geltend macht - Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche gegen die E. zustehen, können diese nur im Rahmen der Gesamtabrechnung berücksichtigt werden.

III.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist, wird sie an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die Frage nochmals zu prüfen, ob der Vertrag vom 7. März 1997 nicht doch von einer Nichtigkeit des Vertrags vom 16. Februar 1996 berührt wird. Das Berufungsgericht hat darauf hingewiesen, der Klägerin sei es entscheidend darauf angekommen, die kostenträchtige Beauftragung eines anderen Unternehmens zur

Ausführung der Abschlußarbeiten zu vermeiden. Diese Zielsetzung habe sich - unabhängig davon, wem ursprünglich der Auftrag erteilt worden sei - nur bei Beauftragung der E. erreichen lassen. Dabei hatte das Berufungsgericht offenbar die Rechtsprechung im Auge, daß eine Schmiergeldvereinbarung grundsätzlich sittenwidrig ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 26. März 1962 - II ZR 151/60, NJW 1962, 1099; v. 14. Dezember 1972 - II ZR 141/91, NJW 1973, 363; v. 25. Juni 1986 - IVa ZR 234/84, WM 1986, 1389, 1390; v. 5. Dezember 1990 - IV ZR 187/89, WM 1991, 645, 646) und daß sich die daraus folgende Nichtigkeit regelmäßig auch auf den durch das Schmiergeld zustande gekommenen Hauptvertrag erstreckt (BGH, Urt. v. 17. Mai 1988 - VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 27), daß aber etwas anderes gilt, wenn die Schmiergeldzahlung auf den Inhalt des Hauptvertrages keinen Einfluß gehabt haben kann (BGH, Urt. v. 10. Januar 1990 - VIII ZR 337/88, NJW-RR 1990, 442, 443). Ob diese Ausnahme im vorliegenden Fall gegeben ist, erscheint fraglich. Die Vereinbarung vom 7. März 1997 änderte den Bauvertrag vom 16. Februar 1996 nur insoweit, als die Sonderzahlung der Klägerin in Höhe von 3 Mio. DM, die der schon damals in beengten finanziellen Verhältnissen befindlichen E. Liquidität verschaffte, in dem Termin- und Zahlungsplan berücksichtigt werden mußte. Daß die Beauftragung eines anderen Unternehmens möglicherweise noch teurer gekommen wäre, dürfte unerheblich sein. Denn in die Lage, die Restarbeiten der E. durch eine Sonderzahlung finanzieren zu müssen, ist die Klägerin nur geraten, weil sie gerade diesem Unternehmen den Bau übertragen hatte. Ist dies nur wegen einer Schmiergeldvereinbarung geschehen, wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist, so beruht auch der Änderungsvertrag vom 7. März 1997 darauf.

Damit steht allerdings die Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 7. März 1997 noch nicht fest. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Berufungsgericht von einer Schmiergeldvereinbarung zwischen dem früheren Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Klägerin, der in der Berufungsinstanz ihr Streithelfer war, und der E. nur deshalb ausgegangen ist, weil es gemeint hat, es komme nicht darauf an. Denn es hat die Schmiergeldvereinbarung als unstreitig behandelt, ohne auf den umfänglichen Vortrag des früheren Geschäftsführers einzugehen, welcher der Annahme einer Schmiergeldvereinbarung entschieden entgegengetreten ist. Das Berufungsgericht wird deshalb zu prüfen haben, ob eine Schmiergeldvereinbarung vorgelegen hat.

Falls es diese Frage bejahen sollte, kann die Vereinbarung vom 7. März 1997 aber aus anderen Gründen, als das Berufungsgericht gemeint hat, davon unberührt geblieben sein. Die Nichtigkeit der Schmiergeldvereinbarung erstreckt sich auf den durch das Schmiergeld zustande gekommenen Hauptvertrag auch dann nicht, wenn der Vertretene das sittenwidrige Handeln des Vertreters im nachhinein gebilligt hat (§ 177 BGB analog; vgl. dazu AK/Damm, BGB § 138 Rdnr. 176; Staudinger/Sack, BGB 13. Bearb. § 138 Rdnr. 473; Palandt/Heinrichs, BGB 58. Aufl. § 138 Rdnr. 63; Erman/Brox, BGB 9. Aufl. § 138 Rdnr. 68). Falls die Klägerin, nachdem sie von der angeblichen Schmiergeldvereinbarung erfahren hatte, die E. noch zur Leistung aufgefordert haben sollte, könnte darin eine Genehmigung gesehen werden. Dazu haben die Parteien nichts vorgetragen. Daß ihnen dies unmöglich ist, steht nicht fest. Ob der Klägerin im Falle der Unwirksamkeit des Hauptvertrages wegen der Vorauszahlung ein Bereicherungsanspruch zusteht und ob dieser gegebenenfalls - entgegen der Ansicht des Landgerichts - von der Bürgschaft gedeckt ist, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Insoweit ist der Bürgschaftsvertrag auszu-

legen (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 12. Februar 1987 - III ZR 178/85, NJW 1987, 2076, 2077).

Wenn das Berufungsgericht eine Schmiergeldvereinbarung bejahen und zugleich feststellen sollte, daß die Schmiergeldvereinbarung Einfluß auf den Vertrag vom 7. März 1997 gehabt hat, nach dem Inhalt des Bürgschaftsvertrages aber auch ein Bereicherungsanspruch unter die Bürgschaft fällt, wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Leistungen der E. im Wert hinter den Zahlungen der Klägerin zurückbleiben. Es ist somit ebenfalls eine Gesamtabrechnung vorzunehmen. Dabei müssen auch etwaige Mängel berücksichtigt werden, weil sie einen Minderwert der von der E. erbrachten Leistungen zum Ausdruck bringen.

Falls das Berufungsgericht eine Schmiergeldvereinbarung verneinen oder eine solche zwar bejahen, aber einen Einfluß auf den Hauptvertrag verneinen sollte, wird es prüfen müssen, ob das Vertragsverhältnis durch die Kündigung vom 19. September 1997 beendet worden ist, ob die Klägerin die Schlußrechnung vom 30. September 1997 anerkannt hat oder ob diese prüffähig war. Falls die Parteien zum Vorhandensein von Mängeln noch substantiiert

vortragen sollten, wird das Berufungsgericht diesen auch insoweit nachgehen müssen.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter