

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Juli 1997 und des Landgerichts München I, 2. Zivilkammer, vom 12. November 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 747.673,85 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 26. Juni 1996 verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten der Tatsacheninstanzen tragen die Beklagte 3/4 und die Klägerin 1/4.

Die Kosten der Revisionsinstanz trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin und ihr in der Revisionsinstanz verstorbener und von ihr allein beerbter Ehemann (im folgenden: die Kläger) beauftragten durch Generalunternehmervertrag vom 16. November 1995 die A. K. GmbH & Co. mit der Herstellung eines Mehrfamilienhauses nebst Tiefgarage für 6 Mio. DM. Sie hatten bereits am 22. Dezember 1994 eine Vorauszahlung von 2.012.500 DM geleistet. Am 30. November 1995 leisteten sie entsprechend dem vereinbarten Zahlungsplan eine "Vorauszahlung für Materialeinkauf" in Höhe von 1 Mio. DM und später für Baustelleneinrichtung und Erdarbeiten eine Zahlung von 460.000 DM. Bestandteil des Bauvertrags, in dem die Geltung der VOB Teil B vereinbart war, war ein Vergabeprotokoll vom 26. Oktober 1995, in dem festgehalten war, daß "die Vorauszahlungen in Höhe von brutto DM 3.000.000, 00 ... gegen Ende der Bauzeit abgebaut" würden. Für die Vorauszahlung von 2.012.500 DM stellte die Auftragnehmerin eine Bürgschaft der Bayerischen Landesbank Girozentrale. Für die Zahlung von 1 Mio. DM übernahm am 15. November 1995 die Beklagte "zur Sicherung eines etwaigen Anspruchs auf Rückgewähr" die selbstschuldnerische Bürgschaft unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, Aufrechenbarkeit und Vorklage.

Nachdem die Auftragnehmerin Konkursantrag gestellt hatte, kündigten die Kläger den Bauvertrag am 4. Juni 1996. Die Auftragnehmerin erteilte am 10. Juni 1996 eine "Teilschlußrechnung" über 966.562,19 DM. Am 1. Juli 1996 wurde über das Vermögen der Auftragnehmerin der Konkurs eröffnet. Die

- 4 -

Bayerische Landesbank Girozentrale zahlte aufgrund ihrer Bürgschaft 892.598,34 DM.

Die Kläger haben die Beklagte aus der von ihr übernommenen Bürgschaft auf Zahlung von 1 Mio. DM in Anspruch genommen. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, soweit sie zur Zahlung von mehr als 747.673,85 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die Kläger hätten gegen die Auftragnehmerin einen von der Beklagten verbürgten Anspruch auf Rückgewähr der Vorauszahlung von 1 Mio. DM. Die erbrachten Bauleistungen seien darauf nicht anzurechnen, weil die Vorauszahlungen erst gegen Ende der Bauzeit hätten "abgebaut" werden sollen; dazu sei es wegen der vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht gekommen.

Diese rechtliche Beurteilung ist, wie die Revision mit Recht rügt, nicht zutreffend.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Eine Voraus- oder Abschlagszahlungsbürgschaft soll den Rückzahlungsanspruch sichern, der sich für den Auftraggeber ergibt, wenn die entsprechenden Leistungen des Auftragnehmers die erbrachten Vorleistungen nicht decken.

a) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß es sich bei der Zahlung von 1 Mio. DM trotz der dafür im Zahlungsplan angegebenen Zweckbestimmung "für Materialeinkauf" nicht um eine Abschlagszahlung im Sinne des § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B, sondern um eine allgemeine Vorauszahlung handelte. Daß es so war, wird durch die vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang gewürdigte, im Vergabeprotokoll festgehaltene Abrede bestätigt, wonach diese Zahlung ebenso wie die schon vorher geleistete Anzahlung von rd. 2 Mio. DM "gegen Ende der Bauzeit abgebaut" werden sollte. Diese Formulierung besagt inhaltlich nichts anderes, als daß jene Zahlungen - erst - bei der abschließenden Abrechnung der Bauarbeiten zu verrechnen waren.

Das bedeutet, daß, wie das Berufungsgericht im Ansatz richtig gesehen hat, die Zahlung von 1 Mio. DM nicht durch bestimmte ihr zuzuordnende Bauleistungen verbraucht und deshalb unter diesem Gesichtspunkt in vollem Umfang zurückzugewähren ist.

b) Damit ist der Umfang des von der Bürgschaft der Beklagten gesicherten Rückzahlungsanspruchs der Klägerin jedoch noch nicht endgültig festgelegt. Der Bauvertrag wurde - darin sind sich die Parteien einig - durch die Kündigung der Kläger mit sofortiger Wirkung beendet (§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B).

Das hatte zur Folge, daß die bis dahin erbrachten Leistungen gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2, § 6 Nr. 5 VOB/B abzurechnen waren, während wegen des nichterfüllten Teils des Vertrages nur noch ein Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB in Betracht kommt (vgl. BGH, Urt. v. 30. Mai 1963 - VII ZR 11/62, BB 1963, 1076). Bei der Abrechnung der nicht zu Ende geführten Bauarbeiten sind wie in einer nach Fertigstellung des Baues aufzustellenden Schlußrechnung einerseits die erbrachten Bauleistungen und andererseits etwaige Voraus- und Abschlagszahlungen zu berücksichtigen. Sind solche Zahlungen in einem größeren Umfang geleistet worden, als es dem Wert der Arbeiten entspricht, so führt das zu einem - vertraglichen (BGH, Urt. v. 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, WM 1999, 811, 814, z. Abdr. in BGHZ best.) - Erstattungsanspruch des Auftraggebers (BGH, Urt. v. 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85, WM 1986, 520, 523). Die Höhe dieses sich aus der Gesamtabrechnung ergebenden Anspruchs begrenzt die Haftung von Sicherheiten, die für einzelne Voraus- oder Abschlagszahlungen gestellt worden sind; denn der Auftraggeber kann nicht Ersatz für einen Ausfall beanspruchen, den er gar nicht erlitten hat.

Bleibt der sich aus der Gesamtabrechnung ergebende Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers hinter der Summe der Ansprüche zurück, zu denen man bei Einzelbetrachtung der jeweils erbrachten Vorleistungen gelangt (s.o. zu a), dann zeigt das, daß der Auftragnehmer seinerseits Bauleistungen erbracht hat, die sich keinen bestimmten Zahlungen des Auftraggebers zuordnen lassen. Die auf diese Teilleistungen entfallende Vergütung, um die es sich bei der Differenz zwischen dem nach der Gesamtabrechnung bestehenden Rückzahlungsanspruch und der Summe der rechnerischen Rückgewähransprüche

aus den einzelnen Zahlungen des Auftraggebers handelt, ist anteilig mit diesen rechnerischen Einzelansprüchen zu verrechnen (BGH, Urt. v. 23. Januar 1986 aaO). Zu diesen gehören nicht nur solche aus verbürgten oder anderweitig abgesicherten Voraus- und Abschlagszahlungen, sondern auch Rückgewähransprüche aus nicht gesicherten Vorleistungen des Auftraggebers. Soweit eine Absicherung unterblieben ist, muß dieser den Ausfall selbst tragen; die Haftung der Sicherungsgeber, die nur für andere Vorleistungen einzustehen haben, kann sich dadurch nicht erhöhen.

c) Das Berufungsgericht hat gemeint, eine Verrechnung mit anderweitigen, nicht durch bestimmte Zahlungen abgegoltenen Teilleistungen des Bauunternehmers habe hier wegen der schon erwähnten Vereinbarung zu unterbleiben, wonach die Vorauszahlung von 1 Mio. DM erst "gegen Ende der Bauzeit abgebaut" werden sollte; dazu sei es wegen der vorzeitigen Beendigung des Bauvertrags nicht mehr gekommen. Die Revisionserwiderung, die dem beipflichtet, begründet das damit, daß durch die Kündigung das Vertragsverhältnis nicht insgesamt umgestaltet worden, sondern im Umfang der bereits erbrachten Bauleistungen bestehengeblieben sei und Rückzahlungsansprüche der Kläger nur insoweit in Betracht kämen, als es um den nicht ausgeführten Teil gehe. Mit einem insoweit etwa bestehenden Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B könnten die Kläger als Auftraggeber lediglich gegen den Vergütungsanspruch des Bauunternehmers aufrechnen. Das könne die Beklagte dem Anspruch aus der Bürgschaft jedoch nicht entgegenhalten, weil sie auf die Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB) verzichtet habe. Auch die Revision meint, der Rückgewähranspruch der Kläger sei

Teil des Schadensersatzanspruchs nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B. Sie ist jedoch der Ansicht, daß infolge der Kündigung an die Stelle des Vertragsverhältnisses ein einheitliches Abrechnungsverhältnis trete, in dem alle von den Vertragspartnern erbrachten Teilleistungen nur unselbständige Rechnungsposten darstellten.

Bei Beendigung eines Werkvertrags infolge Nichterbringung eines Teils des geschuldeten - teilbaren - Werks "zerfällt" der Vertrag in einen erfüllten Teil, für den der vereinbarte Werklohn zu zahlen ist, und in einen nicht ausgeführten Teil, für den dem Besteller ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zustehen kann (BGHZ 36, 316, 318; vgl. auch BGHZ 68, 379, 381 f). Diese Aufspaltung des Vertragsverhältnisses hat aber nicht zur Folge, daß bei der Abrechnung der erbrachten Arbeiten Vorleistungen des Bestellers, denen keine entsprechenden Leistungen des Unternehmers gegenüberstehen, nicht zu berücksichtigen wären. Die durch den Abbruch der Bauarbeiten bewirkte Zweiteilung des Schuldverhältnisses führt nicht auch zu einer entsprechenden Aufteilung von Vorleistungen des Bestellers. Bei ihnen handelt es sich um Anzahlungen auf den Werklohn für das Gesamtwerk. Sie stellen, wie die Revision zutreffend bemerkt, 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 erfaßt (BGH, Urt. v. 23. Januar 1986 aaO). Das ist selbstverständlich, soweit es sich um Abschlagszahlungen auf schon erbrachte Werkleistungsteile handelt. Es ist aber auch bei sonstigen Vorleistungen nicht anders. Es gibt keinen wirtschaftlich vernünftigen Grund

dafür, dem Werkunternehmer einen Vergütungsanspruch zuzubilligen, bei dem tatsächlich erbrachte Leistungen des Bestellers unberücksichtigt bleiben. Eine andere Beurteilung ist hier entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deswegen geboten, weil die beiden ersten Zahlungen von rund 3 Mio. DM erst "gegen Ende der Bauzeit abgebaut" werden sollten. Diese vertragliche Bestimmung hatte, wie bereits dargelegt, nur die Bedeutung, daß die Zahlungen erst bei der Schlußabrechnung abzuziehen und daneben vereinbarte Abschlagszahlungen ohne Rücksicht darauf geschuldet waren, ob den Gesamtzahlungen bereits gleichwertige Bauleistungen gegenüberstanden. Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertrages verlor diese gesteigerte Vorleistungspflicht der Kläger ihren Sinn; es gab jetzt nichts mehr "abzubauen". Bei der nunmehr vorzunehmenden Abrechnung sind daher alle Zahlungen mit den erbrachten Teilleistungen zu verrechnen. Die von der Revisionserwiderung erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. Mai 1963 (aaO) betraf einen andersgearteten Sachverhalt. Dort machte der Bauherr Rückzahlungsansprüche gegen eine Bank geltend, an die der Bauunternehmer die Werklohnforderung abgetreten hatte.

Die in der mündlichen Revisionsverhandlung erhobene Rüge der Klägerin, das Berufungsgericht hätte ihr gemäß § 278 Abs. 3 ZPO einen Hinweis erteilen müssen, wie die von der Beklagten geschuldete Bürgenleistung in rechtlicher Hinsicht zu berechnen sei, greift schon deswegen nicht durch, weil sie dabei nicht angegeben hat, was auf einen derartigen Hinweis vorgebracht worden wäre. Eine solche Darlegung ist zur ordnungsgemäßen Ausführung einer auf § 278 Abs. 3 ZPO gestützten Verfahrensrüge ebenso erforderlich wie bei

einer solchen nach § 139 ZPO (BGH, Urt. v. 9. Dezember 1987 - VIII ZR 374/86, WM 1988, 432, 434 f; Beschl. v. 1. Juli 1994 - BLw 107/93, MDR 1994, 1238).

2. Nach den genannten Grundsätzen ermittelt sich die Bürgschaftsschuld der Beklagten entsprechend der im wesentlichen zutreffenden Berechnung der Revision wie folgt:

Von den in der "Teilschlußrechnung" vom 10. Juni 1996 abgerechneten Arbeiten läßt sich nur ein geringer Teil einer bestimmten Anzahlung der Kläger zuordnen. Die Zahlung von 1 Mio. DM sowie die schon im Jahre 1994 geleistete Zahlung von 2.012.500 DM waren allgemeine Vorauszahlungen, die keine bestimmten Bauleistungen abgelten sollten. Anders ist es dagegen teilweise bei der Zahlung von 460.000 DM für "Baustelleneinrichtung und Erdarbeiten". Auf solche Arbeiten entfallen in der Rechnung vom 10. Juni 1996 die Beträge von 56.248,47 DM (Baustelleneinrichtung) und 129.618,90 DM (Erdarbeiten), zusammen 185.867,37 DM. Dieser Betrag ist, wie sich der Rechnung weiter entnehmen läßt, um einen Sondernachlaß für Erdarbeiten von 74.428 DM und einen insgesamt gewährten Nachlaß von 6,55 % oder betragsmäßig 7.299,28 DM zu kürzen und um die Mehrwertsteuer von 15 % in Höhe von 15.621,01 DM zu erhöhen. Der sich so ergebende Betrag von 119.761,10 DM stellt die "Gegenleistung" für die Zahlung von 460.000 DM dar. Die Revisonerwiderung folgert demgegenüber aus dem von den Parteien gewählten Begriff der "Abschlagszahlung", daß die damit honorierte Teilleistung insgesamt erbracht gewesen und die darauf entfallende gesamte Vergütung deshalb

in der Rechnung enthalten sein müsse. Tatsächlich ist das jedoch, wie sich aus der Rechnung ergibt, nicht der Fall. Für die Leistungspflicht des Bürgen kommt es nur darauf an, inwieweit eine solche Zahlung durch eine entsprechende, wirklich erbrachte "Gegenleistung" gedeckt ist.

Zieht man die oben erwähnten 119.761,10 DM vom Endbetrag der Teilschlußrechnung (966.562,19 DM) ab, dann bleiben 846.801,09 DM übrig. Dies ist der Wert der Arbeiten, die nicht mit bestimmten Vorleistungen der Kläger bezahlt worden und deshalb anteilig mit allen Voraus- und Abschlagszahlungen zu verrechnen sind, soweit Abschlagszahlungen nicht bereits durch sie betreffende Bauleistungen gedeckt sind. Gedeckt ist auf diese Weise von der Anzahlung von 460.000 DM der Teilbetrag von 119.761,10 DM. Offen sind neben dem Rest von 340.238,90 DM die Vorauszahlung von 2.012.500 DM und die von der Beklagten verbürgte Abschlagszahlung von 1.000.000 DM. Diese macht von der Gesamtsumme der nicht gedeckten Vorleistungen (3.352.738,90 DM) einen Anteil von 29,83 % aus. In Höhe dieses Anteils sind die oben erwähnten 846.801,09 DM auf den Bürgschaftsbetrag von 1 Mio. DM anzurechnen. Das ergibt einen Betrag von 252.600,77 DM. Nach dessen Abzug von der Bürgschaftssumme verbleiben 747.399,23 DM. Auf diesen Betrag ist die Haftung der Beklagten begrenzt.

3. Das Berufungsurteil ist demnach entsprechend dem Revisionsbegehren aufzuheben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 747.673,85 DM

nebst Zinsen verurteilt worden ist. Da keine weiteren tatsächlichen Feststellungen zu treffen sind, ist die Klage insoweit abzuweisen.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter