

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

6

BGB §§ 125, 127, 767, VOB/B §§ 16 A Nr. 1, 17 Nr. 4

- a) Die Vereinbarung in einem Bauvertrag, daß Sicherheit durch schriftliche Bürgschaftserklärung nach besonderem Vordruck zu leisten sei, stellt für den am Bauvertrag unbeteiligten Bürgen keine rechtsgeschäftliche Formvorschrift im Sinne der §§ 125 Satz 2, 127 BGB dar.
- b) Bei vorzeitiger Kündigung eines Bauvertrages nach der VOB hat der Auftragnehmer Abschlagszahlungen für nicht erbrachte Bauleistungen nur bis zur Höhe einer Überzahlung zurückzugewähren, die sich aus der Verrechnung der Gesamtvergütung für erbrachte Bauleistungen mit der Summe aller Voraus- und Abschlagszahlungen ergibt. Bürgen, die sich für die Rückgewähr von Abschlagszahlungen verbürgt haben, haften höchstens bis zu diesem Betrag.
- c) Beruht die Überzahlung auf mehreren Abschlagszahlungen für nicht erbrachte Leistungen, die verschieden verbürgt sind, wird zur Feststellung der Teilbeträge, für die die einzelnen Bürgen haften, die Vergütung, die in der Schlussrechnung auf bisher nicht bezahlte Teilleistungen entfällt, anteilig mit den einzelnen Abschlagszahlungen für nicht erbrachte Leistungen entsprechend deren Höhe verrechnet.

BGH, Urt. v. 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 46/85

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
23. Januar 1986
Thiesis
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

B [REDACTED] H [REDACTED] - und W [REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. Wilhelm A [REDACTED] und Dr. Hans B [REDACTED], T [REDACTED] straße [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Land Baden-Württemberg, vertreten durch die Oberfinanzdirektion St [REDACTED], R [REDACTED] platz [REDACTED] St [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED] -

W

6

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1986 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Gärtner, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten, die im übrigen zurückgewiesen werden, werden das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. Januar 1985 teilweise aufgehoben und das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 23. Mai 1984 wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 354.363,17 DM nebst 7,43 % Zinsen seit 9. November 1983 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 19/30 und die Beklagte 11/30 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

Der Kläger verlangt von der Beklagten als Bürgin die Erstattung überzahlten Werklohns.

Der Kläger beauftragte im Jahre 1981 die Firma G [REDACTED] M [REDACTED] GmbH (im folgenden: Auftragnehmerin) mit der Herstellung einer Metallfassade an einem Neubau. Dem Auftrag lagen unter anderem die VOB, "Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (Ausgabe 1980)" - im folgenden: ZVB - und "Besondere Vertragsbedingungen" - im folgenden: BV - zugrunde. Nach ausdrücklicher vertraglicher Vorschrift waren Vorauszahlungen auf den Werklohn nicht vorgesehen. Die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen" bestimmen in Ergänzung zu den §§ 16 und 17 VOB/B unter anderem:

"22.5

Auf Antrag werden Abschlagszahlungen gewährt

für Stoffe und Bauteile, die auf der Baustelle angeliefert, aber noch nicht eingebaut sind, soweit sie unter Berücksichtigung der Grundsätze wirtschaftlicher Betriebsführung für einen reibungslosen Bauablauf notwendig sind,

sowie für Bauteile, die für die geforderte Leistung eigens angefertigt und bereitgestellt sind.

...

22.8

Für Abschlagszahlungen nach Nr. 22.5 ist stets ausreichende Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaften nach vorgeschriebenem Muster - EFB-Sich 4 - zu leisten.

...

25.4

Urkunden über Abschlagszahlungsbürgschaften werden auf Verlangen zurückgegeben, wenn die Stoffe und Bauteile, für die Sicherheit geleistet worden ist, eingebaut sind."

Nr. 8.3 BV lautet:

"Als Sicherheit für Abschlagszahlungen nach Nr. 22.5 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) ist eine Bürgschaft gemäß Nr. 25.1 der ZVB zu stellen."

Die Auftragnehmerin erhielt eine Abschlagszahlung von 334.000 DM für die bis zum 26. November 1981 an der Baustelle erbrachten Leistungen sowie eine weitere von 112.000 DM für Bauteile, die eigens für den Auftrag gefertigt worden waren und in ihrem Hauptwerk bereitstanden; für letztere stellte die Auftragnehmerin dem Kläger eine Bürgschaft der H [REDACTED] K [REDACTED] -AG, die auch eine Vertragserfüllungsbürgschaft übernommen hatte.

Mit Rechnung vom 22. Januar 1982 bat die Auftragnehmerin um eine dritte Abschlagszahlung von 1.519.589,67 DM, die wiederum für Bauteile bestimmt war, die sie eigens für den Auftrag gefertigt und in ihrem Hauptwerk bereitgestellt hatte. Sie fügte der Rechnung folgende schriftliche Bürgschaftserklärung der Beklagten vom 29. Januar 1982 bei:

"Die Firma - nachstehend Auftragnehmer genannt -
G [REDACTED] M [REDACTED] GmbH, Re [REDACTED] straße [REDACTED],
[REDACTED] St [REDACTED]

hat von

Universitätsbauamt Tü [REDACTED], Sch [REDACTED] -
straße [REDACTED], [REDACTED] Tü [REDACTED]
- nachstehend Auftraggeber genannt -

den Auftrag zur Ausführung von Metallbauarbeiten

gemäß Vertr. Nr. TUE 2111-3.1.31 vom
31.8.1981
Gesamtauftragssumme: DM 10.950.461,79
für das Vorhaben/Objekt UNI Tü [REDACTED], Ho [REDACTED]
Se [REDACTED] str., [REDACTED] Tü [REDACTED]

erhalten.

Für diesen Auftrag leistet der Auftraggeber
eine Vorauszahlung von

DM 1.519.589,67,

wenn dagegen eine Bankbürgschaft in gleicher
Höhe erbracht wird.

Zur Sicherung eines etwaigen Anspruchs auf
Rückgewähr dieser Vorauszahlung übernehmen
wir für den Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von insgesamt

DM 1.519.589,67
i.W. Deutsche Mark eine Million
fünfhundertneunzehntausendfünfhundert-
neunundachtzig 67/100

unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung gemäß § 770 BGB.

Unsere Verpflichtungen aus der Bürgschaft erlöschen mit Rückgabe der Bürgschaftserklärung.

...

Die Bürgschaft tritt in Kraft, wenn der Betrag von DM 1.519.589,67 bei der B [REDACTED] H [REDACTED] und W [REDACTED] Aktiengesellschaft, Zweigstelle/Filiale Re [REDACTED] zugunsten des Kontos Nr. [REDACTED] 1, lautend auf Fa. G [REDACTED] M [REDACTED] GmbH, D [REDACTED], bedingungslos eingegangen ist."

Die Beklagte hatte die Erklärung aufgrund eines Fernschreibens der Auftragnehmerin vom selben Tage ausgestellt, das den Gegenstand der Bürgschaft als "Vorauszahlung für Metallarbeiten" bezeichnete. Der Kläger überwies im Februar 1982 die auf 1.519.000 DM abgerundete Abschlagszahlung auf das in der Bürgschaftsurkunde angegebene Konto.

Im Mai 1982 stellte die Auftragnehmerin den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Der Kläger kündigte deshalb am 18. Juni 1982 das Vertragsverhältnis. Am 12. Juli 1982 wurde über das Vermögen der Auftragnehmerin der Anschlußkonkurs eröffnet.

Die zwischen dem Kläger und dem Konkursverwalter abgestimmte Schlußrechnung wies für die bis zur Kündigung ausgeführten Leistungen der Auftragnehmerin einen Werklohn von 1.024.597,27 DM und nach Verrechnung der Abschlagszahlungen eine Überzahlung von 940.402,73 DM aus. In dem Werklohn sind 2.171,76 DM für Bauteile aus der zweiten Abschlagsrechnung und 29.440,40 DM für Bauteile aus der dritten Abschlagsrechnung enthalten.

Der Kläger verlangte von der Beklagten und der H K [REDACTED]-AG als Bürgen Rückzahlung der Abschlags-

zahlungen für die Bauteile, die die Auftragnehmerin nicht mehr eingebaut hatte. Die Beklagte zahlte 521.463,10 DM, die H [REDACTED] K [REDACTED]-AG 38.448,90 DM.

Der Kläger ist der Ansicht, die Bürgschaft der Beklagten stelle eine Sicherheit für den Einbau der mit der dritten Abschlagsrechnung berechneten Bauteile dar. Die Beklagte schulde ihm deshalb den gesamten Unterschiedsbetrag zwischen der dritten Abschlagszahlung (1.519.000 DM) und der Vergütung für eingebaute Bauteile aus der dritten Abschlagsrechnung (29.440,40 DM), mithin 1.489.559,60 DM. Unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlung errechnet er deshalb einen restlichen Bürgschaftsanspruch von 968.096,50 DM. Diesen macht er nebst 7,43 % Verzugszinsen seit Rechtshängigkeit mit der Klage geltend.

Das Landgericht gab der Klage statt, das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Der Berufungsrichter führt aus, die Beklagte habe sich durch ihre Erklärung vom 29. Januar 1982 wirksam für einen etwaigen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der dritten

Abschlagszahlung verbürgt. Ihre Erklärung sei als Angebot an den Kläger zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zu werten. Der Vertrag sei gemäß § 151 Satz 1 BGB zustande gekommen; einer ausdrücklichen Erklärung der spätestens in der Auszahlung der Abschlagssumme liegenden Annahme habe es nicht bedurft.

Für die Auslegung des vom Kläger angenommenen Vertragsangebots der Beklagten komme es allein auf den objektiven Erklärungswert des Verhaltens der Beklagten an; nicht entscheidend sei, welche vertraglichen Verpflichtungen die Beklagte eingehen wollte. Die Auslegung könne nicht allein darauf abstellen, daß die Beklagte in ihrer Erklärung das Wort "Vorauszahlung" verwendet habe. Vielmehr sei der gesamte Inhalt der Bürgschaftsurkunde einschließlich der einleitenden Erklärungen zu berücksichtigen. Danach habe der Kläger davon ausgehen können, die Beklagte sei über die Vertragsbeziehungen zwischen ihm und der Auftragnehmerin informiert. Für ihn habe sich aus der Bürgschaftsurkunde unmißverständlich ergeben, daß die Beklagte sich für die zu leistende Zahlung von 1.519.589,67 DM verbürgen wollte. Das aber sei die dritte Abschlagszahlung gewesen, die die Auftragnehmerin unter Beifügung der Bürgschaftserklärung der Beklagten mit Rechnung vom 22. Januar 1982 angefordert habe. Zwar sei nach dem Vorbringen der Beklagten davon auszugehen, daß sie die Rechnung nicht gekannt, die Bürgschaft vielmehr ausschließlich aufgrund der Angaben ausgestellt habe, die das Fernschreiben der Auftragnehmerin vom 29. Januar 1982 enthalten habe. Gleichwohl müsse sie sich den objektiven Erklärungswert ihrer mit rechtsgeschäftlichem Bindungswillen abgegebenen Bürgschaftserklärung zurechnen lassen. In dieser

habe sie für den Empfänger erkennbar erklärt, sich für eine ganz bestimmte Zahlung an die Auftragnehmerin zu verbürgen. Sie habe dabei zum Ausdruck gebracht, daß ihr bekannt sei, es handele sich um eine vorläufige Zahlung, bezüglich derer es ein Vorauszahlungsrisiko zu sichern gelte. Dieses Risiko sei in der Bürgschaftsurkunde nicht näher umschrieben. Insbesondere habe sich daraus für den Empfänger nicht ergeben, daß die Beklagte für eine Abschlagszahlung nach Nr. 22.5 ZVB nicht bürgen wollte. Der Kläger habe mithin davon ausgehen dürfen, die Beklagte habe sich für einen etwaigen Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der aufgrund der Rechnung vom 22. Januar 1982 an die Auftragnehmerin geleisteten Zahlung verbürgt.

Verbürgte Hauptschuld sei demnach die Forderung des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB auf Rückzahlung der im Februar 1982 gemäß Nr. 22.5 ZVB für Bauteile geleisteten Abschlagszahlung. Daß ein derartiger Rückzahlungsanspruch in Höhe der Klageforderung offen sei, sei unter den Parteien nicht streitig.

II.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nur zum Teil stand.

1. Nicht gerechtfertigt ist die Verfahrensrüge des Klägers, die Berufung der Beklagten sei unzulässig gewesen. Obwohl weder die Berufungsschrift noch die Berufungsbegründung ausdrückliche Berufungsanträge enthielten, genügte die

Berufungsbegründung den Anforderungen des § 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Die Berufungsbegründung läßt nämlich Umfang und Ziel des Rechtsmittels erkennen. Die Ausführungen unter II. der Begründungsschrift ergeben mit hinreichender Deutlichkeit, daß die Beklagte mit der Berufung in erster Linie volle Abweisung der Klage erstrebte (vgl. Bl. 9 Abs. 1 der Berufungsbegründung). Die Aufhebung des Urteils war beantragt. Nur im Rahmen einer Hilfsbegründung unter III. der Berufungsbegründung errechnete die Beklagte einen Restanspruch des Klägers von allenfalls 351.050,33 DM. Ungeachtet dieser Hilfsbegründung können aber keine Zweifel daran bestehen, daß die Beklagte in erster Linie volle Klageabweisung begehrte.

2. Zutreffend nimmt der Berufungsrichter an, daß aufgrund der Bürgschaftserklärung der Beklagten ein Bürgschaftsvertrag zwischen den Parteien wirksam zustande gekommen ist. Die Erklärung enthält alle für eine Bürgschaft wesentlichen Bestandteile (vgl. dazu BGHZ 26, 142, 146). Der Kläger hat das in der Erklärung liegende, ihm durch die Auftragnehmerin übermittelte Vertragsangebot der Beklagten angenommen, wie sich aus der Überweisung der Abschlagszahlung auf das in der Bürgschaftsurkunde bezeichnete Konto ergibt. Einer ausdrücklichen Annahmeerklärung gegenüber der Beklagten bedurfte es gemäß § 151 Satz 1 BGB nicht.

Unerheblich ist, daß die Parteien nach dem vom Berufungsrichter unterstellten Sachverhalt unterschiedliche Vorstellungen darüber hatten, welches Risiko die Bürgschaftserklärung betraf: Während der Kläger davon ausging, daß sie eine Abschlagszahlung für noch nicht gelieferte und einge-

baute Bauteile im Sinne der Nr. 22.5 ZVB sicherte, nahm die Beklagte an, sie verbürge sich für eine ihrem Gegenstand nach nicht näher bestimmte Vorauszahlung auf den Werklohn. Da der Kläger das Vertragsangebot der Beklagten - mit der unten noch zu erörternden Maßgabe - unverändert annahm, stimmten die zum Vertragsschluß erforderlichen Willenserklärungen überein. Wie sie zu verstehen sind, ist eine Frage der Auslegung. Ein vom Inhalt ihrer Erklärungen abweichender innerer Wille der einen oder anderen Partei hinderte das Zustandekommen des Vertrages nicht, sondern konnte allenfalls ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums über den Erklärungsinhalt nach § 119 Abs. 1 BGB begründen. Eine Anfechtung ist indessen nicht erfolgt.

Der Vertragsschluß scheiterte auch nicht daran, daß der Kläger nicht genau den in der Bürgschaftserklärung bezeichneten Betrag auf das bei der Beklagten geführte Konto der Auftragnehmerin überwies, sondern eine geringfügig abgerundete Summe. Wie sich aus dem Vortrag der Beklagten ergibt, hat sie ebenso wie der Kläger mit der Überweisung die im letzten Absatz ihrer Bürgschaftserklärung enthaltene Bedingung als erfüllt angesehen. Insoweit liegt eine stillschweigende Änderung des Bürgschaftsvertrages vor, die der Beklagten als Handelsgesellschaft formlos möglich war (§ 3 AktG, §§ 6, 343, 350 HGB).

Daß der Vertrag zwischen dem Kläger und der Auftragnehmerin eine schriftliche Bürgschaftserklärung nach besonderem Muster vorschrieb (vgl. § 17 Nr. 4 Satz 2 VOB/B, Nr. 22.5, 22.8 und 25.1 ZVB), steht der Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung und ihrer formlosen Änderung ebenfalls

nicht entgegen. Diese Vereinbarungen über die Form der Bürgschaftserklärung gelten für das Verhältnis zwischen den Parteien des Bauvertrages und begründen das Recht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, eine den vertraglichen Formvorschriften nicht entsprechende Bürgschaftserklärung als Sicherheit zurückzuweisen. Im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem am Bauvertrag nicht beteiligten Bürgen wird dadurch aber nicht eine - qualifizierte - Schriftform im Sinne von § 127 BGB vereinbart (a.A. Ingenstau/Korbion, VOB 10. Aufl. § 17 VOB/B Rz. 9 a; Nicklisch/Weick, VOB/B § 17 Rz. 33; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB 3. Aufl. § 17 VOB/B Rz. 22; Heiermann, BB 1977, 1575, 1578). Die Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung ist insoweit nach den gesetzlichen Formvorschriften zu beurteilen, sofern nicht mit dem Bürgen zulässigerweise etwas anderes vereinbart ist (im Ergebnis ebenso Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB Teil B 4. Aufl. Rz. 215).

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auslegung der Bürgschaftserklärung durch den Berufungsrichter.

a) Unzutreffend ist die Ansicht der Revision, der Wortlaut der Bürgschaftserklärung ergebe eindeutig, daß sich die Beklagte nur für einen Anspruch auf Rückzahlung einer Vorauszahlung von 1.519.589,67 DM, nicht aber für eine Abschlagszahlung im Sinne der Nr. 22.5 ZVB verbürgt habe, und lasse insoweit eine Auslegung nicht zu.

Zwar ist die Zahlung, deren Rückgewähr die Bürgschaft sichern sollte, im Text der Bürgschaftsurkunde als "Vorauszahlung" bezeichnet. Richtig ist auch, daß § 16 VOB/B und

andere Bestimmungen des Bauvertrages zwischen Abschlagszahlungen und Vorauszahlungen unterscheiden (vgl. § 16 Nr. 1 VOB/B und Nr. 22.5 bis 22.9, 25. ZVB, Nr. 8.3 BV; § 16 Nr. 2 VOB/B und Nr. 6 der Vereinbarung vom 29. Mai 1981 zwischen der Auftragnehmerin und der Oberfinanzdirektion St[REDACTED]). Abschlagszahlungen im Sinne dieser Bestimmungen sind Zahlungen für bereits erbrachte Teile der vertraglich vereinbarten Gesamtleistung (vgl. Ingenstau/Korbion, § 16 VOB/B Rz. 13; Nicklisch/Weick, § 16 VOB/B Rz. 8; Heiermann/Riedl/Schwaab, § 16 VOB/B Rz. 10), während als Vorauszahlungen die Zahlungen bezeichnet werden, die nicht die Ausführung entsprechender Leistungen voraussetzen (vgl. Ingenstau/Korbion, § 16 VOB/B Rz. 31; Nicklisch/Weick aaO; Heiermann/Riedl/Schwaab, § 16 VOB/B Rz. 48). Zahlungen für Bauteile, die für die vertraglich geforderte Leistung eigens angefertigt und bereitgestellt worden sind, werden den Abschlagszahlungen zugerechnet (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B, Nr. 22.5 ZVB).

Daraus folgt aber nicht, daß der in der Bürgschaftsurkunde der Beklagten verwendete Begriff "Vorauszahlung" im gleichen Sinne verstanden werden muß wie in den oben bezeichneten Vorschriften. Die Zahlung, deren Rückgewähr die Bürgschaft sichern sollte, ist in der Bürgschaftserklärung nicht nur durch das Wort "Vorauszahlung", sondern auch durch die Angabe des Betrages gekennzeichnet. Bei dem in der Urkunde genannten Betrag handelt es sich um genau jene Summe, die die Auftragnehmerin durch Rechnung vom 22. Januar 1982 für von ihr eigens für den Bauauftrag gefertigte und in ihrem Hauptwerk bereitgestellte Bauteile bei dem Kläger als Abschlagszahlung im Sinne des § 16 Nr. 1 VOB/B und der Nr. 22.5 ZVB anforderte. Somit wies die Angabe des Zahlungs-

betrages auf eine Abschlagszahlung hin. Berücksichtigt man ferner, daß im allgemeinen Sprachgebrauch die Begriffe "Vorauszahlung" und "Abschlagszahlung" nicht so scharf unterschieden werden wie in der VOB, kann man den Begriff "Vorauszahlung" in der Bürgschaftserklärung auch als ungenaue Bezeichnung der tatsächlich angeforderten Abschlagszahlung deuten. Da der Text der Bürgschaftserklärung mithin mehrere Deutungen zuläßt, bedarf er der Auslegung.

b) Die Auslegung der Bürgschaft durch den Berufungsrichter bindet das Revisionsgericht. Denn es handelt sich um einen von der Beklagten formulierten Individualvertrag, dessen Auslegung dem Tatrichter obliegt. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze und Verfahrensregeln verletzt sind. Solche Fehler liegen nicht vor.

Der Wortlaut der Bürgschaftserklärung läßt die Auslegung zu, verbürgt sei ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der dritten Abschlagszahlung. Die Bezeichnung der gesicherten Zahlung als Vorauszahlung steht nicht entgegen. Der Berufungsrichter hat nicht verkannt, daß der Begriff "Vorauszahlung" nach dem Sprachgebrauch der VOB und der "Zusätzlichen Vertragsbedingungen" einen anderen Inhalt hat als der Begriff "Abschlagszahlung". Er hat jedoch zulässigerweise anderen Umständen entnommen, daß das Wort "Vorauszahlung" hier in einem von diesem Sprachgebrauch abweichenden Sinne zu verstehen sei. Die rechtliche Grundlage dafür bietet § 133 BGB. Danach ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften.

Nach dem vom Berufungsrichter unterstellten Sachverhalt, von dem auch die Revision ausgeht, wichen die Vorstellungen der Parteien über die Bedeutung des Begriffes "Vorauszahlung" voneinander ab. Einen für die Auslegung verbindlichen übereinstimmenden Parteiwillen (vgl. dazu BGHZ 71, 243, 247 m.w.N.) konnte der Tatrichter mithin nicht zugrunde legen. Die Ansicht der Revision, dann komme es entscheidend auf die Vorstellung der Beklagten an, trifft nicht zu. Fehlt es an einem übereinstimmenden Parteiwillen, ist nicht der innere Wille des Erklärenden maßgebend, sondern der erklärte Wille, also das, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war (BGHZ 36, 30, 33; 47, 75, 78). Da die Bürgschaftserklärung für den Kläger bestimmt war, ist also entscheidend, wie er sie nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung verstehen mußte (§§ 133, 157 BGB; BGHZ 47, 75, 78). Dieser für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltende Grundsatz ist auch auf die Bürgschaft als einseitig verpflichtenden Vertrag anzuwenden. Allerdings muß die Bürgschaftserklärung als notwendigen Bestandteil die Bezeichnung der verbürgten Hauptschuld enthalten (BGHZ 76, 187, 189). Die Bezeichnung muß jedoch nicht eindeutig sein; es genügt, wenn die verbürgte Hauptschuld durch Auslegung zweifelsfrei festgestellt werden kann. Zur Auslegung können auch Umstände außerhalb der Bürgschaftserklärung herangezogen werden, sofern nur der so ermittelte Wille bereits irgendwie in der Erklärung seinen Ausdruck gefunden hat (BGH aaO).

Diese Grundsätze hat der Berufungsrichter nicht verletzt. Die in der Bürgschaftserklärung enthaltene Angabe des Betrages, dessen Rückzahlung die Bürgschaft sichern sollte, ist ein genügender Anhaltspunkt für die vom Berufungsrichter vorgenommene Auslegung. Es handelt sich nämlich um den Betrag der von der Auftragnehmerin geforderten dritten Abschlagszahlung. Ergänzend durfte der Berufungsrichter den übrigen Inhalt der Bürgschaftsurkunde und die sonstigen dem Kläger erkennbaren Umstände der Erklärung heranziehen. Er verweist mit Recht darauf, daß die Beklagte im Eingang der Bürgschaftserklärung auf den Bauvertrag zwischen dem Kläger und der Auftragnehmerin Bezug genommen hat. Das legte für den Kläger den Schluß nahe, die Beklagte kenne den Inhalt des Bauvertrages. Dieser sah nur Abschlagszahlungen, aber keine Vorauszahlungen vor. Da die Beklagte selbst in der Bürgschaftsurkunde auf den Bauvertrag verwiesen hat, liegt in der Berücksichtigung von dessen Inhalt keine unzulässige Verwertung von Umständen, die der Beklagten nicht zurechenbar sind. Der Kläger wußte nicht und konnte auch nicht wissen, daß der Beklagten ungeachtet ihrer Erklärung der Inhalt des Bauvertrages unbekannt war. Wie der Berufungsrichter ebenfalls zutreffend hervorhebt, hatte die Beklagte die Bürgschaftserklärung im Auftrag der Auftragnehmerin verfaßt und ihr zur Weiterleitung an den Kläger ausgehändigt. Die Beklagte wußte nach dem Inhalt der Urkunde, daß die Bürgschaft eine bestimmte Zahlung sichern sollte, die der Kläger von einer entsprechenden Bankbürgschaft abhängig machte. Dieser konnte nicht ahnen, daß die Auftragnehmerin diese Zahlung gegenüber der Beklagten als Vorauszahlung bezeichnet und die Beklagte deshalb eine unzutreffende Vorstellung über die Rechtsnatur der Zahlung

hatte. Nach den dem Kläger erkennbaren Umständen lag die Annahme fern, die Beklagte habe die Bürgschaftserklärung aufgrund einer unzureichenden und irreführenden Unterrichtung über das zu verbürgende Risiko abgegeben. Die Verwendung der Bezeichnung "Vorauszahlung" statt "Abschlagszahlung" allein konnte diesen Verdacht nicht rechtfertigen. Im Hinblick darauf, daß diese Begriffe im allgemeinen Sprachgebrauch nicht selten gleichbedeutend verwendet werden und die Beklagte den Betrag der von der Auftragnehmerin beantragten Abschlagszahlung angegeben hatte, durfte der Kläger von einer aus rechtlicher Sicht ungenauen Ausdrucksweise ausgehen. Da es sich um eine individuelle Vertragserklärung handelt, kommt es auf die genauere Unterscheidung der Begriffe in dem durch den Bauvertrag vorgeschriebenen Bürgschaftsformular nicht an. Der Berufungsrichter durfte somit aus den von ihm verfahrensfehlerfrei gewürdigten Umständen folgern, der Kläger habe die Bürgschaftserklärung nach ihrem objektiven Erklärungswert als Sicherung der von der Auftragnehmerin beantragten dritten Abschlagszahlung verstehen müssen.

4. Durchgreifende rechtliche Bedenken bestehen aber gegen die Auffassung des Berufungsrichters, aufgrund dieser Auslegung sei die Klageforderung in vollem Umfang gerechtfertigt. Rechtlich zutreffend ist der Ausgangspunkt: Verbürgte Hauptschuld ist ein etwaiger Anspruch des Klägers gegen die Auftragnehmerin auf Rückgewähr der dritten Abschlagszahlung.

Zur Feststellung der verbürgten Hauptschuld genügt indessen nicht der Hinweis, unter den Parteien sei nicht

streitig, daß ein derartiger Rückzahlungsanspruch in Höhe der Klageforderung offen sei. Die Parteien stritten darüber, in welcher Weise ein etwaiger Rückzahlungsanspruch zu berechnen sei. Wenn die Beklagte dabei auch von ihrer abweichenden Auslegung der Bürgschaftserklärung ausging, mußte der Berufungsrichter dennoch die dem Geständnis nicht zugänglichen Rechtsfragen der Abrechnung selbständig entscheiden und durfte nicht ohne nähere Prüfung die Berechnung des Klägers zugrunde legen.

Diese geht davon aus, daß die Auftragnehmerin die dritte Abschlagszahlung zurückzuzahlen habe, soweit sie die in der dritten Abschlagsrechnung bezeichneten Bauteile nicht in das Bauwerk des Klägers eingebaut habe. Das ist nicht richtig.

a) Die Abschlagszahlung ist nach § 16 Nr. 1 VOB/B Vergütung eines bereits erbrachten Teils der vertraglich vereinbarten Bauleistung (vgl. Ingenstau/Korbion, § 16 VOB/B Rz. 13). Gemäß § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B gelten als erbrachte Teilleistung auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile. Diese Teilleistung geht allerdings mit der Anfertigung und Bereitstellung der Bauteile noch nicht in das Vermögen des Auftraggebers über. Nachträgliche Leistungsstörungen können verhindern, daß der Auftraggeber die bereits bezahlten Bauteile erwirbt. In diesem Falle kann dem Auftraggeber ein Anspruch auf Rückzahlung der Abschlagszahlung zustehen. Um diesen zu sichern, macht Nr. 22.8 ZVB i.V.m. § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B Abschlagszahlungen für derartige Teilleistungen (Nr. 22.5 bis 22.7 ZVB) von einer ausreichenden Sicherheits-

leistung des Auftragnehmers durch selbstschuldnerische Bürgschaften abhängig. Sobald der Auftragnehmer die von ihm angefertigten und bereitgestellten Bauteile vertragsgemäß in das Bauwerk eingebaut hat und der Auftraggeber dadurch Eigentümer geworden ist (§ 946 BGB), steht dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung dafür endgültig zu. Unter der Voraussetzung, daß die Abschlagszahlung nicht höher als die für die Bauteile vereinbarte Vergütung war, ist dann eine Rückforderung der Abschlagszahlung nicht mehr möglich. Demgemäß entfällt mit dem Einbau durch den Auftragnehmer regelmäßig der Sicherungszweck der Bürgschaft; der Bürge kann nicht mehr auf Rückzahlung der Vergütung für die eingebauten Bauteile in Anspruch genommen werden (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dementsprechend bestimmt Nr. 25.4 ZVB, daß Urkunden über Abschlagszahlungsbürgschaften auf Verlangen zurückzugeben sind, wenn die Stoffe und Bauteile, für die die Sicherheit geleistet worden ist, eingebaut sind (vgl. auch Heiermann, BB 1977, 1575, 1579).

Hier hat die Auftragnehmerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur einen Teil der mit der dritten Abschlagszahlung vergüteten Bauteile im Wert von 29.440,40 DM eingebaut. Durch den Einbau ist mithin ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der Abschlagszahlung nur in dieser Höhe ausgeschlossen.

b) Daraus folgt indessen noch nicht, daß dem Kläger ein Rückzahlungsanspruch in Höhe der Differenz zwischen der Abschlagszahlung und dem Wert der eingebauten Bauteile zusteht, für den die Beklagte eintreten muß. Abschlagszahlun-

gen (§ 16 Nr. 1 VOB/B) sind nur vorläufige Vergütungen bereits erbrachter Teilleistungen; in Bezug auf den Werklohn für das Gesamtwerk stellen sie Anzahlungen dar (vgl. BGH, Urt. v. 25. September 1975 - VII ZR 302/74, Schäfer/Finnern, Rechtsprechung der Bau-Ausführung, Z 2.330.1 Bl. 7; Ingenstau/Korbion § 16 VOB/B Rz. 13; Nicklisch/Weick, § 16 VOB/B Rz. 8; Heiermann/Riedl/Schwaab, § 16 VOB/B Rz. 44; Korbion/Hochstein, Der VOB-Vertrag 3. Aufl. Rz. 346). Endgültig wird der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers erst durch die vom Auftraggeber geprüfte und anerkannte Schlußrechnung (§§ 14 Nr. 3, 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B) festgestellt. Im Rahmen der Schlußrechnung sind zu hohe oder zu geringe Abschlagszahlungen auszugleichen (vgl. Nicklisch/Weick aaO; Korbion/Hochstein aaO Rz. 349). Daraus folgt, daß der Auftragnehmer nach Erstellung der Schlußrechnung eine Überzahlung einer einzelnen Teilleistung nicht zurückgewähren muß, soweit er andere, noch nicht oder nicht ausreichend vergütete Leistungen erbracht hat, auf die der durch Gegenleistungen nicht gedeckte Teil der Abschlagszahlung im Rahmen der Schlußabrechnung zu verrechnen ist (vgl. BGH, Urt. v. 16. Juni 1969 - VII ZR 63/67, Schäfer/Finnern aaO, Z 2. 330 Bl. 35; Ingenstau/Korbion, § 16 VOB/B Rz. 48, 51). Nur soweit die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem Auftragnehmer zustehende Gesamtvergütung übersteigt, ist er zur Rückzahlung verpflichtet (vgl. Nicklisch/Weick, § 16 VOB/B Rz. 69).

Hier ergibt die vom Kläger geprüfte Schlußrechnung nach Verrechnung aller Abschlagszahlungen mit dem Werklohn für die ausgeführten Arbeiten eine Überzahlung von

940.402,73 DM. Mehr kann der Kläger von der Auftragnehmerin nicht zurückfordern. Dieser Betrag ist demnach die Obergrenze für die Bürgschaftsverpflichtung der Beklagten (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die demgegenüber in den Vorinstanzen geäußerte Auffassung des Klägers, zur Ermittlung der Bürgschaftsschuld sei der durch den Einbau von Bauteilen nicht gedeckte Betrag der dritten Abschlagszahlung nicht auf andere Bauleistungen der Auftragnehmerin anzurechnen, sondern zuerst auf einen von der Auftragnehmerin nicht bezahlten Sicherheitsbetrag von 545.000 DM sowie die Schadensersatzforderung des Klägers wegen teilweiser Nichterfüllung des Bauvertrages von 2.866.075,48 DM, ist unzutreffend. Wie schon erwähnt, ist die Abschlagszahlung eine Anzahlung auf den Werklohn für die erbrachten Bauleistungen. Daher ist sie in der Schlußrechnung mit dem Werklohn für den ausgeführten Teil der Bauleistungen und nicht mit anderen, auf teilweiser Nichterfüllung des Bauvertrages beruhenden Ansprüchen des Klägers zu verrechnen. Dem entspricht hier die Schlußrechnung.

c) Die in der Schlußrechnung ausgewiesene Überzahlung ist errechnet unter Berücksichtigung von drei Abschlagszahlungen des Klägers. Die Beklagte hat sich jedoch nur für die Rückzahlung der dritten Abschlagszahlung verbürgt. Die Ermittlung der Bürgschaftsschuld erfordert deshalb die Feststellung, welcher Anteil an der Überzahlung auf die dritte Abschlagszahlung entfällt.

Hierzu ist zunächst darauf zurückzugreifen, daß Abschlagszahlungen für bestimmte Teilleistungen gewährt

werden. Soweit diese nach dem Inhalt der Schlußrechnung den Abschlagsbetrag decken, scheidet dessen Rückzahlung aus.

Hier betraf die erste Abschlagszahlung von 334.000 DM die bis zum 26. November 1981 an der Baustelle erbrachten Leistungen. Es ist weder festgestellt noch vorgetragen, daß insoweit eine Überzahlung vorliege. Die in der Schlußrechnung ausgewiesene Überzahlung kann sich mithin nur aus der zweiten und der dritten Abschlagszahlung ergeben.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Auftragnehmerin Bauteile im Wert von 2.171,76 DM aus der zweiten Abschlagsrechnung und von 29.440,40 DM aus der dritten Abschlagsrechnung eingebaut. Somit bleiben aus der zweiten Abschlagszahlung (112.000 DM) 109.828,24 DM, aus der dritten Abschlagszahlung (1.519.000 DM) 1.489.559,60 DM zunächst offen. Diese Beträge sind mit den Leistungen zu verrechnen, für die keine Anzahlungen geleistet worden sind.

Der in der Schlußrechnung ausgewiesene Gesamtwerklohn für ausgeführte Leistungen von 1.024.597,27 DM umfaßt die durch Abschlagszahlungen gedeckten Teilleistungen von (334.000 DM + 2.171,76 DM + 29.440,40 DM =) 365.612,16 DM. Mithin entfallen auf andere, nicht in den Abschlagsrechnungen erfaßte Leistungen 658.985,11 DM. Da dieser Betrag geringer ist als die Summe der durch Gegenleistungen nicht gedeckten Abschlagszahlungen von (109.828,24 DM + 1.489.559,60 DM =) 1.599.387,84 DM, ist zu entscheiden, wie er im Rahmen der Schlußrechnung auf die offenen Beträge der zweiten und dritten Abschlagszahlung zu verrechnen ist.

Sachgerecht erscheint eine verhältnismäßige Aufteilung (vgl. dazu BGHZ 30, 176, 185) nach der Höhe der noch offenen Abschlagsbeträge. Auf die zweite Abschlagszahlung entfallen dann 45.251,78 DM, auf die dritte 613.733,33 DM. Die in der Schlußrechnung ausgewiesene Überzahlung von insgesamt 940.402,73 DM umfaßt mithin 64.576,46 DM aus der zweiten Abschlagszahlung und 875.826,27 DM aus der dritten.

Den letztgenannten Betrag schuldete die Beklagte als Bürgin. Darauf hat sie 521.463,10 DM gezahlt. Offen sind noch 354.363,17 DM.

Die Zahlungen der H [REDACTED] K [REDACTED]-AG aus der Vertragserfüllungsbürgschaft und der Bürgschaft für die zweite Abschlagszahlung sind darauf nicht anzurechnen, weil sie andere Ansprüche des Klägers gegen die Auftragnehmerin sichern.

Die Revision ist mithin wegen eines Betrages von
354.363,17 DM und der darauf entfallenden Verzugszinsen un-
begründet, im übrigen aber begründet.

Merz

Zorn

Gärtner

Winter

Graßhof