

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 41/78

URTEIL

Verkündet am
17. September 1979
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Hanns M[REDACTED], Konsul und Dipl.Ing., K[REDACTED]straße [REDACTED]
in Mü[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma H[REDACTED]-He[REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch den
Vorstand Dipl.Ing. Wolfgang W[REDACTED] und Dipl.Volkswirt
Ernst Mül[REDACTED] E[REDACTED]straße [REDACTED] in Es[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
- unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Dezember 1977 im Kostenpunkt (Nr. II und V des Urteilstenors) und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 570 782,43 DM nebst 7 % Zinsen seit dem 13. August 1964 verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten des gesamten Revisionsverfahrens zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Beklagte hielt bis Anfang 1963 51 % der Kommanditanteile der Straßenbaufirma Josef B. GmbH & Co. KG (im folgenden: KG), die sich in Süddeutschland vorwiegend am Autobahnbau beteiligte, sowie 51 % der Gesellschafteranteile an der Komplementär-GmbH der vorgenannten KG. Mit zwei Verträgen vom 21. Februar 1963 verkaufte der Beklagte jeweils 46 % der Gesamtanteile an beiden Gesellschaften an die Klägerin. Hinsichtlich der noch nicht fertiggestellten Arbeiten an der Autobahnbaustelle T. (Autobahn Würzburg - Nürnberg) bestimmte Nr. IV des privatschriftlichen Vertrages vom 21. Februar 1963 betreffend den Verkauf der Kommanditanteile folgendes:

"Der Verkäufer übernimmt im Verhältnis seines verkauften Anteiles folgende Gewährleistungen, deren Nichteinhaltung zu alsbald fälligen Ansprüchen der Käuferin im Verhältnis zu deren Beteiligung zum gesamten Gesellschaftskapital führt. Die Ansprüche der Käuferin können, soweit die Kaufpreisforderung noch nicht getilgt ist, auch gegen diese verrechnet werden.

g) der etwaige Verlustbetrag, der bei dem Los T. nach Abschluß dieses Vertrages die Summe von 200 000 DM übersteigt, ... wird von der Firma Hu. (Klägerin) nicht mitgetragen. ..."

Mit der Behauptung, bei der Fertigstellung dieser Baustelle durch die KG sei nach dem 21. Februar 1963 ein Verlust von 3 923 329,03 DM entstanden, hat die Klägerin den Beklagten unter Verrechnung mit einer dem Beklagten



noch zustehenden Restkaufpreisforderung von 325 000 DM auf Zahlung eines Teilbetrages von 1 275 000 DM in Anspruch genommen. Der Beklagte hat einen Verlust überhaupt - jedenfalls aber in dieser Höhe - bestritten und sich hilfsweise darauf berufen, daß die Klägerin durch unsachgemäße Beaufsichtigung der Baustelle T [REDACTED] einen etwaigen Verlust selbst verschuldet habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 392 489,60 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 956 262,43 DM nebst Zinsen verurteilt und die im Berufungsrechtszug erhobene Widerklage des Beklagten - u.a. auf Zahlung des von der Klägerin verrechneten Restkaufpreises von 325 000 DM gerichtet - abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Mit Beschluß vom 9. Mai 1979, berichtigt durch Beschluß vom 17. September 1979, hat der Senat lediglich die Revision des Beklagten, und diese nur insoweit angenommen, als dieser zur Zahlung von mehr als 403 859,47 DM nebst Zinsen (Fremdkapitalzinsen, Überzahlungsrückhalt) verurteilt worden ist. Im Umfang der Annahme verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Der Senat hat die Revision des Beklagten mit Beschluß vom 9. Mai 1979 nur insoweit angenommen, als seine Verurteilung den Betrag von 403 859,47 DM übersteigt. Damit sind sowohl die Verurteilung des Beklagten in Höhe von 403 859,47 DM nebst Zinsen als auch die Abweisung der Widerklage rechtskräftig. Es geht nunmehr nur noch um die Frage, ob

- a) als verlusterhöhend auch die Zinsen für das - anteilig auf die Baustelle T[REDACTED]- [REDACTED] entfallende - Fremdkapital anzusehen sind, das die Klägerin angesichts der schwierigen finanziellen Lage der KG für diese bereitstellen müssen, um die Durchführung der restlichen Bauarbeiten zu ermöglichen, und ob
- b) die insgesamt 362 876 DM, die das Autobahnamt Nürnberg von den Abschlagsrechnungen für die Lose Nr. 20 und 21 der Baustelle T[REDACTED] als sogen. "Überzahlungsrückhalt" zunächst einbehalten und erst bei Fertigstellung der Bauarbeiten ausgezahlt hat, deswegen nicht als verlustmindernder Erlös für die Zeit seit dem 21. Februar 1963 berücksichtigt werden dürfen, weil sie sich auf Bauarbeiten beziehen, die vor dem 21. Februar 1963 erbracht worden sind.

1. Fremdkapitalzinsen:

Unstreitig befand sich die KG, als die Klägerin im Februar 1963 von dem Beklagten die Kommandit- und die Gesellschaftsanteile der GmbH übernahm, in nicht unerheblichen finanziellen Schwierigkeiten. Die Klägerin war daher gezwungen, der KG in großem Umfang Fremdkapital zuzuführen, um die Beendigung der Bauarbeiten - u.a. an der Autobahnbaustelle T [REDACTED] - sicherzustellen. Das Berufungsgericht meint, die laufenden Zinsen für dieses aufgenommene Fremdkapital seien, was auf der Hand liege und keiner weiteren Ausführungen bedürfe, als Betriebsausgaben der Baustelle anzusetzen und damit, soweit sie nach dem 21. Februar 1963 entstanden seien, Teil des von dem Beklagten anteilig zu tragenden Verlustes; das gelte auch deswegen, weil die Parteien in Nr. IV g des Vertrages - anders etwa als bei den nicht als Verlust anzusehenden sog. Gerätemieten - die Anrechnung dieser Betriebsausgaben auf den Verlust nicht ausdrücklich ausgeschlossen hätten. Gestützt auf das Gutachten des Wirtschaftsprüfers Dr. K [REDACTED] vom 15. März 1973 setzt das Berufungsgericht diesen Posten zu Lasten des Beklagten mit insgesamt 838 000 DM an.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Der Sachverständige Dipl.Kfm. Prof. F [REDACTED] hatte in seinem am 30. August 1969 erstellten Gutachten die Berücksichtigung einer derartigen t a t s ä c h l i c h e n Zinsbelastung in einer solchen Ergebnisrechnung - anstelle der von ihm vorgenommenen Berücksichtigung der Verzinsung des

betriebsnotwendigen Kapitals nach Maßgabe sog. kalkulatorischer Zinsen (0,5 %) - unter Hinweis auf die in der Praxis übliche und im Schrifttum vertretene Auffassung abgelehnt und zu diesem bereits im ersten Rechtszug umstrittenen Punkt folgendes ausgeführt:

"Ferner gehört zu den Allgemeinen Geschäftskosten die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals in Form kalkulatorischer Kosten [es folgen zahlreiche Zitate]. Die kalkulatorischen Zinsen treten an die Stelle der tatsächlichen Zinsbelastung, die je nach der Höhe des im Unternehmen arbeitenden Eigen- und Fremdkapitals sehr unterschiedlich sein kann, denn je höher der Fremdkapitalanteil ist, umso höher muß auch der Zinsaufwand sein. Die tatsächlich angefallenen Zinsen werden als sog. neutraler Aufwand bezeichnet; sie haben in einer Kosten- und Leistungsrechnung, hier in der Ergebnisrechnung der Baustelle Theilheim nichts zu suchen. Zur Klarstellung sei bemerkt, daß dieser Grundsatz ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Eigen- und Fremdkapitalverhältnisse in einem Unternehmen gilt, d.h. auch in den Extremfällen - ausschließliche Fremdkapitalfinanzierung, hoher tatsächlicher Fremdzinsaufwand; ausschließliche Eigenkapitalfinanzierung, Fehlen jeglichen Zinsaufwandes - würden in der Kosten- und Leistungsrechnung sowohl bei der Angebotspreisermittlung als auch in der Ergebnisrechnung allein kalkulatorische Zinsen anzusetzen sein."

Auch der Sachverständige Dr. K[REDACTED], der allerdings vom Gericht nur nach der Höhe des etwa aufgenommenen Fremdkapitals und der auf dieses entfallenden Zinsen und

nicht nach der Berücksichtigung derartiger Zinsen als Betriebsausgaben gefragt war, hatte in seinem Gutachten vom 15. März 1973 (GA Bl. 723 ff, 727) darauf hingewiesen, daß der durch die Aufnahme des Fremdkapitals anfallende Zinsaufwand üblicherweise den einzelnen Baustellen nicht direkt zugeordnet werde, also auch hier nur theoretisch ermittelt werden könne.

Wollte angesichts dieser dezidierten Ausführungen insbesondere des Sachverständigen Prof. P. [REDACTED] das Berufungsgericht gleichwohl die anteiligen tatsächlich entstandenen Fremdkapitalzinsen als verlusterhöhend i.S. der Nr. IV g des Vertrages vom 21. Februar 1963 ansehen, so hätte es dazu einer eingehenden, für die Parteien wie auch für das Revisionsgericht nachprüf-
baren Begründung bedurft; die bloße Bemerkung, die Berücksichtigung derartiger Fremdkapitalzinsen als Betriebsausgaben für ein bestimmtes Objekt "liege auf der Hand und brauche deshalb nicht weiter ausgeführt zu werden", reichte nicht aus. Verfügte das Berufungsgericht zu diesem Punkt nicht über eigene baubetriebswirtschaftliche Sachkenntnis, so hätte es sich der Hilfe eines Sachverständigen bedienen müssen. Das gilt auch dann, wenn das Berufungsgericht - wie in den Entscheidungsgründen anklingt - den Begriff des **V e r l u s t e s** gerade in d i e s e m Vertrag nach dem Parteiwillen anders als sonst in der Praxis üblich auslegen wollte. Bei einer dahingehenden Auslegung hätte es im übrigen nicht unberücksichtigt lassen dürfen, daß die Klägerin den Fremdkapitalbedarf der KG - d.h. die zur Fortführung der Baustelle T. [REDACTED] erforderlichen "Geldspritzen" - in dem auf

Schadensersatz wegen falscher Bilanzangaben gerichteten, zwischen denselben Parteien anhängigen Parallelprozeß OLG München 7 U 3192/77 (BGH VIII ZR 186/75) geltend gemacht hat und die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit ausdrücklich erklärt haben, daß die dort geltend gemachten Ansprüche mit denjenigen d i e s e s Rechtsstreits nicht identisch seien (BU S. 10). Sollten in der dort von der Klägerin aufgestellten Schadensberechnung auch Zinsaufwendungen für die Fortführung der Arbeiten gerade an der Baustelle T [REDACTED] enthalten sein, so könnten sich auch daraus Rückschlüsse ergeben, wie der Beklagte den Begriff "Verlust" bei Abgabe seiner Garantieerklärung verstanden wissen wollte und die Klägerin sie verstanden hat.

In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht, an das der Rechtsstreit allein wegen dieses Punktes zurückverwiesen werden muß, dieser Frage - zweckmäßig unter erneuter Beiziehung des Sachverständigen Prof. F. [REDACTED] oder eines anderen Sachverständigen - nachzugehen haben.

2. Garantieeinbehalt:

Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten ohne Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht die nach dem 21. Februar 1963 erfolgte Auszahlung eines sog. Garantieeinbehalts (in Wirklichkeit: Überzahlungsrückhalts) des Autobahnamtes Nürnberg von 362 876 DM an die KG nicht als einen den hier umstrittenen Verlust mindernden Erlös berücksichtigt hat. Ausweislich der 18. und 31. Abschlagsrechnung der KG vom 1. Dezember 1962 bzw. 14. Januar 1963 (Anlagen 1 und 2 zu Bl. 676 ff; vgl. auch das Gutachten Dr. K. [REDACTED] GA Bl. 723 S. 11/12) hat das Autobahnamt Nürnberg

die Abschlagsforderungen der KG um einen "Überzahlungsrückhalt" von 5 % - insgesamt also 362 876 DM - gekürzt. Beide Abschlagsrechnungen betrafen, wie eingangs in ihnen vermerkt, Leistungen, die die KG von Baubeginn an bis zum 14. Januar 1963 erbracht haben will. Das Berufungsgericht folgt insoweit der von dem Sachverständigen Prof. F. [REDACTED] vertretenen, einleuchtenden und ersichtlich auch von der Revision geteilten Ansicht, daß es bei einer mit einem bestimmten Zeitpunkt abschließenden Ertragsberechnung nicht darauf ankommt, wann die Vergütungen für erbrachte Leistungen ausgezahlt werden; entscheidend ist vielmehr allein, daß sie - auch wenn die Zahlung später erfolgt - einer vor dem Stichtag erbrachten Leistung zuzuordnen sind. Diese Betrachtungsweise läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Bezog sich aber der "Überzahlungsrückhalt" - als Sicherung des Bauherrn gegen überhöhte Abschlagsforderung für noch nicht erbrachte Leistungen des Unternehmers - auf Arbeiten der KG vor dem 21. Februar 1963, so ist für die Berücksichtigung dieser Zahlungen als eines n a c h dem vorgenannten Stichtag angefallenen Erlöses kein Raum.

Die erstmals im Revisionsrechtszug aufgestellte Behauptung des Beklagten, Teile der in der 18. und 31. Abschlagsrechnung aufgeführten Leistungen der KG seien tatsächlich erst nach Abschluß des Kaufvertrages erbracht worden, weil üblicherweise Abschlagsrechnungen überhöht ausgestellt würden, ist eine bloße Vermutung und überdies unsubstantiiert; der Beklagte, der bis zum 21. Februar 1963 Mehrheitsgesellschafter der KG und der GmbH war, unstreitig damals persönlich auf

die Überwachung der Baustellen - gerade auch der in T[REDACTED] - maßgeblichen Einfluß nahm und daher Einblick in die Geschäftsvorgänge der KG hatte, hätte rechtzeitig und substantiiert vortragen müssen, welche der in den Abschlagsrechnungen Nr. 18 und 31 bereits in Rechnung gestellten, aber bis zum 21. Februar 1963 noch nicht erbrachten Arbeiten der KG als durch die spätere Auszahlung des Überzahlungsrückhalts ausgeglichen gelten sollten; an einem solchen Vortrag aber fehlt es. Der Beklagte kann daher mit seinem Begehren, ihm müsse auf den von ihm zu erstattenden Verlustanteil ein Betrag von 166 922,96 DM (46 % von 362 876 DM) gutgebracht werden, keinen Erfolg haben.

3. Verzugszinsen:

Soweit der Beklagte schließlich meint, er könne hinsichtlich der Verzinsung des unter 2. genannten Betrages - und nur insoweit hat das Revisionsgericht über den Zinsanspruch abschließend zu befinden - deswegen nicht zu V e r z u g s z i n s e n in Höhe von 7 %, sondern lediglich zur Zahlung von Prozeßzinsen in Höhe von 4 % seit Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) verpflichtet werden, weil er sich angesichts der 13 1/2 Jahre währenden Verfahrensdauer und der unübersichtlichen Sach- und Rechtslage in einem den Verzug ausschließenden entschuldbaren Rechtsirrtum befunden habe, geht seine Ansicht ebenfalls fehl. Wer, wie der rechtlich und betriebswirtschaftlich beratene Beklagte, meint, eine - später rechtskräftig gegen ihn festgestellte - Schuld deswegen nicht bezahlen zu müssen, weil er die ihr

zugrunde liegenden Positionen aus tatsächlichen Gründen anders berechnet und auch während eines gegen ihn angestrenzten Rechtsstreits - hier überdies noch in der Revisionsinstanz - an dieser Ansicht festhält, handelt grundsätzlich auf sein Risiko.

4. Die Revision konnte mithin nur Erfolg haben, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 570 782,43 DM nebst Zinsen (403 859,47 DM zuzüglich 166 922,96 DM, das sind 46 % von 362 876 DM) verurteilt worden ist. Da die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens jedenfalls teilweise von dem Ergebnis des erneuten Berufungsverfahrens abhängt, erschien es zweckmäßig, dem Berufungsgericht einheitlich die Entscheidung über diese Kosten zu übertragen, auch soweit sie durch die teilweise Nichtannahme der Revision entstanden sind.

Braxmaier

Claßen

Dr. Hiddemann

Merz

Treier