BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VII ZR 218/02

Verkündet am:
24. Juli 2003
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 133 B, 157 B, 649; VOB/B § 8

a) Eine Kündigung, die ausschließlich für den Fall erklärt wird, daß ein außerordentlicher Kündigungsgrund nach § 8 Nr. 2 bis 4 VOB/B vorliegt, ist unwirksam, wenn ein solcher Grund nicht gegeben ist.

b) Ob eine außerordentliche Kündigung eines Bauvertrages auch als freie Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB oder nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B verstanden werden kann, richtet sich nach dem Inhalt der Kündigungserklärung.

c) Im Regelfall ist die Kündigung eines Bauvertrages dahin zu verstehen, daß auch eine freie Kündigung gewollt ist. Will der Auftraggeber seine Kündigung nicht so verstanden wissen, muß sich das aus der Erklärung oder den Umständen ergeben.

BGH, Versäumnisurteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 218/02 - OLG Stuttgart
LG Ravensburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. April 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Rückzahlung einer geleisteten Abschlagszahlung von 33.904 DM sowie Erstattung von Kosten in Höhe von 3.724,71 DM nach Kündigung eines Vertrages über die schlüsselfertige Herstellung eines Einfamilienhauses. Die Parteien streiten im wesentlichen darüber, ob der Vertrag wirksam durch Kündigung beendet worden ist.

Mit Bauvertrag vom 19./22. Juli 2000 verpflichtete sich die Beklagte unter Geltung der VOB/B als Generalunternehmerin zur schlüsselfertigen Erstellung

eines Einfamilienhauses für den Kläger zum Pauschalpreis von 423.000 DM. Nach Nr. 2 des Bauzeitenplans war "angestrebt, die Bautätigkeit innerhalb von vier Wochen nach Vorlage der Baugenehmigung zu beginnen". Der Bau sollte sieben Monate später fertiggestellt sein. Der Kläger zahlte vereinbarungsgemäß die erste Abschlagszahlung in Höhe von 33.904 DM (8% des Kaufpreises) nach Vorlage der Baugenehmigung. Eine zweite Zahlung von 22% des Pauschalpreises sollte bei Beginn der Kellerarbeiten geleistet werden. Wegen einer auf Wunsch des Klägers erforderlichen Änderung übergab dieser erst am 6. November 2000 eine Änderungsgenehmigung und forderte die Beklagte auf, umgehend mit dem Bau zu beginnen.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten, H. GmbH, verhandelten die Parteien über die Reduzierung der zweiten Abschlagszahlung auf 13,5%, was die Beklagte ablehnte. Der Kläger beanstandete mit Schreiben vom 4. Dezember 2000, daß der Bau entgegen der Ankündigung der Beklagten nicht am 29. November 2000 begonnen worden sei. Er kündigte am 8. Dezember 2000 "nach § 5 VOB/B wegen Verzögerung des Auftragnehmers bei Beginn der Bauausführung" und forderte die Abschlagszahlung zurück.

Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 13. Dezember 2000 mitgeteilt hatte, daß statt der H. GmbH Otto H. als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten sei, erklärte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers mit Schreiben vom 19. Dezember 2000, daß er wegen der von der Beklagten erklärten Leistungsfähigkeit die Kündigung vom 8. Dezember 2000 zurücknehme. In diesem Schreiben forderte er die Beklagte zugleich auf, mit dem Bau (Kelleraushub) bis spätestens 8. Januar 2001 zu beginnen. Andernfalls drohte er "Entziehung des Auftrags nach § 8 Ziff. 3 VOB/B an". Die Beklagte berief sich mit Schreiben vom 15. Dezember 2000 auf die Kündigung und teilte mit weiterem Schreiben vom

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

28. Dezember 2000 mit, sie könne den Inhalt des Schreibens vom 19. Dezember 2000 und die Fristsetzung zum 8. Januar 2001 nicht hinnehmen. Sie habe die ausgesprochene Kündigung akzeptiert und dementsprechend geplant, sei jedoch hinsichtlich eines neuen Vertrags gesprächsbereit. Nachdem die Beklagte am 8. Januar 2001 nicht mit den Bauarbeiten begonnen hatte, kündigte der Klägervertreter am 9. Januar 2001 nach § 8 Nr. 3 VOB/B aus wichtigem Grund.

Der Kläger verlangt Rückzahlung der Abschlagszahlung (33.904 DM), Kosten der Tektur (200 DM), Anwaltskosten in Höhe von 3.504,71 DM sowie Zinsen und vorgerichtliche Kosten.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 33.904 DM (Abschlagszahlung) stattgegeben. Auf beiderseitige Berufung hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 17.437,10 € (Abschlagszahlung von 33.904 DM sowie Tektur von 200 DM) zuzüglich Zinsen und vorgerichtliche Kosten verurteilt.

Das Berufungsgericht hat die Revision der Beklagten zu der Frage zugelassen, ob eine vom Auftraggeber zu Unrecht aus wichtigem Grund ausgesprochene Kündigung eines Werkvertrags als freie Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB oder nach § 8 Nr. 1 VOB/B das Vertragsverhältnis beendet.

Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihr Begehren auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Vertrag sei nicht durch das Kündigungsschreiben vom 8. Dezember 2000, sondern erst durch das Schreiben vom 9. Januar 2001 aus wichtigem Grund gekündigt worden. Der Kläger habe daher Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B oder § 326 BGB in Höhe der geleisteten Abschlagszahlung, die für die nicht mehr brauchbare Planung der Beklagten erfolgt sei, sowie der nutzlos aufgewendeten Kosten der Änderungsplanung von 200 DM.

1. Das Landgericht habe zutreffend die Voraussetzungen einer Auftragsentziehung aus wichtigem Grund nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB/B bei der Kündigung vom 8. Dezember 2000 verneint. Es habe bereits an einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gefehlt. Auf einen möglichen Kündigungsgrund aus § 8 Nr. 2 VOB/B könne sich der Kläger nicht mehr berufen, weil er nach erklärter Leistungsfähigkeit der Beklagten am Vertrag habe festhalten wollen. Auch ein wichtiger Grund in entsprechender Anwendung des § 8 Nr. 3 VOB/B wegen einer schweren Vertragsverletzung der Beklagten, die dem Kläger ein Festhalten am Vertrag unzumutbar gemacht hätte, habe nicht vorgelegen.

2. Die Kündigungserklärung vom 8. Dezember 2000 habe das Vertragsverhältnis nicht als freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B beendet. Der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht, daß eine außerordentliche Kündigung zur Vertragsbeendigung als freie Kündigung führe, wenn Gründe für die außerordentliche Kündigung nicht gegeben seien, sei nur zu folgen, wenn sich aufgrund der Kündigungserklärung oder aus sonstigen Umständen der Wille des Bestellers ergebe, den Werkvertrag auf jeden Fall beenden zu wollen. Der Kündigungserklärung vom 8. Dezember 2000 sei deutlich zu entnehmen, daß der Kläger das Vertragsverhältnis ohne Gegenleistung habe beenden wollen. Seine Erklärung könne daher nicht als Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B ausgelegt oder umgedeutet werden.

3. Der Werkvertrag sei durch das Schreiben des Rechtsanwalts des Klägers vom 9. Januar 2001 wirksam gekündigt worden. Da der Vertrag fortbestanden habe und die Beklagte ihrerseits nicht gekündigt habe, habe der Kläger gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B wirksam kündigen können. Die Fristsetzung zum 8. Januar 2001 im Schriftsatz vom 19. Dezember 2000 sei zwar unangemessen kurz gewesen. Eine längere Fristsetzung sei jedoch wegen der ernsthaften Erfüllungsverweigerung der Beklagten entbehrlich gewesen. Die Kündigung sei daher nicht verfrüht erfolgt.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

Der Bauvertrag der Parteien ist durch die Kündigung des Klägers vom 8. Dezember 2000 beendet worden. Die gegenteilige Auffassung des Beru-

fungsgerichts läßt die maßgeblichen Grundsätze zur Auslegung der Kündigung eines Bauvertrages außer Acht.

1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, daß das Recht, den Vertrag nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B kündigen zu können, zu unterscheiden ist von dem Recht, den Vertrag außerordentlich in den Fällen kündigen zu können, die in § 8 Nr. 2 bis 4 VOB/B genannt sind.

a) Das freie Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B lehnt sich an das Kündigungsrecht aus § 649 Satz 1 BGB an. Es besteht "jederzeit". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß der Auftraggeber den Vertrag kündigen kann, ohne daß ihm ein besonderer Kündigungsgrund zur Seite steht. Der Auftraggeber hat vorzugsweise Interesse an der Ausführung des Werkes und soll deshalb die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Fall erhalten, daß das Interesse wegfällt. Der Auftragnehmer ist nach der Wertung des Gesetzes durch die Regelung des § 649 Satz 2 BGB, dem § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B entspricht, ausreichend geschützt (BGH, Urteil vom 8. Juli 1999 - VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261 = BauR 1999, 1294 = ZfBR 2000, 30). Danach behält der Auftragnehmer seinen vertraglichen Vergütungsanspruch; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

b) Dagegen gewährt § 8 Nr. 2 bis 4 VOB/B dem Auftraggeber ein außerordentliches Kündigungsrecht nur in den dort genannten Fällen. Nach einer wirksamen Kündigung auf Grundlage des § 8 Nr. 2 bis 4 VOB/B hat der Auftragnehmer lediglich Anspruch auf Vergütung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 1959 - VII ZR 120/58, BGHZ 31, 224, 229; Urteil vom 12. Februar 2003 - X ZR 62/01, BauR 2003, 880, 881),

im Fall des § 8 Nr. 2 VOB/B nach Maßgabe des § 6 Nr. 5 VOB/B (BGH, Urteil vom 7. Januar 2003 - X ZR 16/01 = BauR 2003, 877). Eine Kündigung, die ausschließlich für den Fall erklärt wird, daß ein außerordentlicher Kündigungsgrund nach § 8 Nr. 2 bis 4 VOB/B vorliegt, ist unwirksam, wenn ein solcher Grund nicht vorliegt. Das Vertragsverhältnis dauert an. Die Vertragspflichten bleiben bestehen.

2. Rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht beanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine außerordentliche Kündigung am 8. Dezember 2000 nicht gerechtfertigt war. Eine Kündigung nach § 8 Nr. 3 in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB/B war nicht wirksam, weil der Kläger keine Frist zur Arbeitsaufnahme gesetzt und auch nicht die Kündigung angedroht hat. Vom Berufungsgericht wird auch richtig gesehen, daß ein sofortiges außerordentliches Kündigungsrecht unter Verzicht auf eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung nicht gegeben war sowie die Voraussetzungen des § 8 Nr. 2 VOB/B nicht vorlagen.

3. Zutreffend geht das Berufungsgericht schließlich davon aus, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich nicht "automatisch" als freie Kündigung gewertet werden kann (vgl. Schmidt, NJW 1995, 1313, 1314). Vielmehr kann eine unwirksame außerordentliche Kündigung nur dann als eine freie Kündigung ausgelegt bzw. umgedeutet werden, wenn nach der Sachlage anzunehmen ist, daß diese dem Willen des Erklärenden entspricht und dieser Wille in seiner Erklärung gegenüber deren Empfänger zum Ausdruck gekommen ist (BGH, Urteil vom 26. Juli 2001 - X ZR 162/99, NZBau 2001, 621, 622).

Das Berufungsgericht läßt jedoch bei seiner Auslegung der Kündigungserklärung die Besonderheiten des Bauvertrages unberücksichtigt und stellt des-

halb rechtsfehlerhaft allein darauf ab, daß der Kläger die Kündigung nur auf einen wichtigen Grund gestützt habe. Daraus ergebe sich für die Beklagte erkennbar, daß der Kläger das Risiko einer freien Kündigung, die volle Vergütung zahlen zu müssen, nicht habe übernehmen wollen. Diese Erwägungen tragen die Entscheidung nicht.

a) Für die Frage, ob eine außerordentliche Kündigung eines Bauvertrages auch als freie Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB oder § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B verstanden werden kann, kommt es maßgeblich darauf an, ob sich aus der Kündigungserklärung ergibt, daß der Bauvertrag unabhängig davon beendet sein soll, ob der geltend gemachte Kündigungsgrund vorliegt. Das wird die Auslegung der Kündigung eines Bauvertrages regelmäßig ergeben, wenn aus den Umständen des Einzelfalls nichts anderes folgt. Die Kündigung eines Bauvertrages ist eine Entscheidung, die in aller Regel nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Wirkungen hat. Mit ihr wird nicht nur zum Ausdruck gebracht, daß das Vertragsverhältnis beendet ist, sondern mit ihr werden auch die Voraussetzungen für den Einsatz eines Drittunternehmers oder für den vollständigen Abbruch des Bauvorhabens geschaffen. Das ist konfliktfrei nur möglich, wenn die außerordentliche Kündigung auch für den Fall wirksam sein soll, daß der Kündigungsgrund nicht besteht. Deshalb wirkt eine außerordentliche Kündigung als Erklärung, nach der alle in Betracht kommenden Kündigungsmöglichkeiten, auch die nach § 649 Satz 1 BGB oder § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, ausgeschöpft werden sollen.

Dieser Auslegung der Kündigung im Regelfall steht nicht entgegen, daß der Auftraggeber grundsätzlich nicht bereit ist, eine Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB zu zahlen, worauf das Berufungsgericht maßgeblich abgestellt hat. Denn der Auftraggeber trägt dieses Risiko in der Regel auch dann, wenn seine Kündigung nur als außerordentliche verstanden würde. Der Auftragnehmer be-

hielte in dem regelmäßig vorliegenden Fall, daß der Auftraggeber nach der Kündigung die Fortsetzung der Bauleistung für den Auftragnehmer unmöglich gemacht hat, nach § 324 BGB a.F. oder § 326 Abs. 2 BGB n.F. den Anspruch auf die Gegenleistung abzüglich der Ersparnis, des anderweitigen Erwerbs oder des böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs. Allein aus dem Umstand, daß der Auftraggeber bei der Kündigung davon ausgeht und er das auch zum Ausdruck bringt, ihm stehe ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu, kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht geschlossen werden, er wolle nicht das Risiko einer Gegenleistung übernehmen. Die Kündigung stellt sich vielmehr unter Inkaufnahme dieses Risikos als eine durch § 649 Abs. 1 BGB geschaffene Möglichkeit dar, den Bauvertrag in jedem Fall zu beenden. Will der Auftraggeber seine Kündigung nicht so verstanden wissen, muß sich das aus der Erklärung oder den Umständen ergeben.

b) Dieses Verständnis einer Kündigung eines Bauvertrages ist interessengerecht. Der Bauvertrag ist ein Vertragsverhältnis, das in aller Regel in einen zeitlichen Rahmen gefaßt ist und von gegenseitigen Rechten und Pflichten, auch zur Kooperation während der Bauzeit, geprägt ist. Mit diesem Vertragstyp ist ein Zustand schwer zu vereinbaren, der Unsicherheit darüber schafft, ob der Vertrag noch mit dem Auftragnehmer fortgeführt werden muß oder nicht. Die regelmäßig zutreffende Auslegung einer außerordentlichen Kündigung des Auftraggebers dahin, daß jedenfalls die freie Kündigung gewollt ist, stellt die weitere Abwicklung des Bauvorhabens auf eine sichere rechtliche und zeitliche Grundlage. Das Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer ist in jedem Fall beendet. Beide Parteien haben Sicherheit für ihre zukünftigen Dispositionen, ohne daß sie in Rechnung stellen müßten, daß eine von ihnen sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung beruft und sodann die Frage auftaucht, ob der Vertrag fortzuführen wäre. Es geht deshalb nur noch um die rechtlichen Folgen, insbesondere um die Frage, ob dem Auftragnehmer der Vergütungsanspruch nach

§ 649 Satz 2 BGB zusteht oder nach § 631 Abs. 1 BGB lediglich für die erbrachten Leistungen. Das ist für beide Parteien erkennbar und regelmäßig im Zweifel auch so gewollt.

Der Auftraggeber hat in der Regel kein Interesse an einer Rechtslage, die die Frage, ob die Kündigung wirksam war, in der Schwebe hält. Denn ihm ist grundsätzlich daran gelegen, das Bauvorhaben auf der Grundlage einer sicheren rechtlichen Bewertung fortzuführen. Anders könnte der Auftraggeber, ohne sich der Gefahr auszusetzen, selbst vertragsbrüchig zu sein, auch nicht einen Drittunternehmer einsetzen. Das Risiko, bei einer Fehleinschätzung die Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen, des anderweitigen Erwerbs oder des böswillig unterlassenen Erwerbs tragen zu müssen, trägt er, wie dargelegt, ohnehin. In dem Fall, in dem ihn die Kündigung reut, weil er möglicherweise nachträglich festgestellt hat, daß die Kündigungsvoraussetzungen nicht vorliegen, ist er ohnehin nicht schützenswert.

Der Auftragnehmer hat ebenfalls kein schützenswertes Interesse daran, daß die Kündigung nicht als freie Kündigung verstanden wird. Denn ihm bleibt in diesem Fall der volle Vergütungsanspruch nach Maßgabe des § 649 Satz 2 BGB. Ebenso wie der Auftraggeber hat er regelmäßig kein Interesse an einer Rechtslage, die die Frage der Wirksamkeit der Kündigung in der Schwebe hält. Denn er muß nach einer Kündigung neu disponieren.

c) Diese Auslegungsgrundsätze gelten, wenn der Auftraggeber zu Unrecht eine außerordentliche Kündigung eines Bauvertrages erklärt, denn der Irrtum darüber, daß der außerordentliche Kündigungsgrund nicht besteht, macht die auch als freie verstandene Kündigung nicht unwirksam. Soweit der Senat im Urteil vom 5. Dezember 1968 (VII ZR 127, 128/66, NJW 1969, 419, 421) weitergehend zum Ausdruck gebracht haben sollte, daß jede außerordent-

liche Kündigung als hilfsweise erklärte freie Kündigung zu werten sei, hält er daran nicht fest. Maßgebend ist unter Beachtung der dargelegten Auslegungsgrundsätze die Auslegung der Erklärung im Einzelfall. Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß eine Abrechnung der Bauleistungen nach § 649 Satz 2 BGB erfolgt, wenn sich herausstellt, daß der geltend gemachte Grund zur außerordentlichen Kündigung nicht besteht (BGH, Urteil vom 8. Februar 1996 - VII ZR 219/94, ZfBR 1996, 200; Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 250/94, BauR 1997, 157 = ZfBR 1997, 36 = NJW 1997, 259; Urteil vom 24. Juni 1999 - VII ZR 196/98, NJW 1999, 3554 = BauR 1999, 1319 = ZfBR 2000, 28; Urteil vom 8. Juli 1999 - VII ZR 237/98, BauR 1999, 1294). Die vom Berufungsgericht zitierte Entscheidung des X. Zivilsenats (Urteil vom 26. Juli 2001 - X ZR 162/99, NZBau 2001, 621, 622) weicht von den dargestellten Grundsätzen des Bauvertragsrechts nicht ab. Sie betrifft die Auslegung einer Kündigungserklärung in einem Softwareentwicklungsvertrag. Es kann dahinstehen, ob in anderen Vertragstypen andere Auslegungsgrundsätze maßgeblich sind, wie das z.B. für diejenigen Verträge gelten kann, auf die § 649 BGB nicht anwendbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2000 - II ZR 285/97, ZIP 2000, 539, 540). Jedenfalls ist nicht ersichtlich, daß der X. Zivilsenat die gefestigte Rechtsprechung des VII. Zivilsenats in Frage stellen wollte.

4. Die Kündigung vom 8. Dezember 2000 ist nach den dargestellten Grundsätzen wirksam. Es handelt sich um eine außerordentliche Kündigung, die dahin auszulegen ist, daß sie den Vertrag auch dann beenden soll, wenn der geltend gemachte außerordentliche Kündigungsgrund nicht vorliegt. Allein daraus, daß die Kündigung wegen des verzögerten Baubeginns erklärt worden ist, folgt nichts anderes. Die Kündigung wirkt rechtsgestaltend. Sie konnte nicht zurückgenommen werden.

III.

Danach kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Für die weitere Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

Nicht gefolgt werden kann der Meinung des Berufungsgerichts, ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen ergebe sich aus § 812 Abs. 1 BGB. Aus der Vereinbarung über Abschlagszahlungen folgt vielmehr die vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers, seine Leistung abzurechnen (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, 374; Urteil vom 24. Januar 2002 - VII ZR 196/00, NJW 2002, 1567 = BauR 2002, 938 = ZfBR 2002, 474). Ergibt die Abrechnung einen Überschuß, dann hat der Auftraggeber einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung des Überschusses.

Da in der Revision davon auszugehen ist, daß mit der Errichtung des Bauwerks noch nicht begonnen worden ist, ist das Vorbringen zur Rückzahlung der Abschlagszahlung schlüssig. Die Beklagte hat Gelegenheit, gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B abzurechnen.

Dressler Hausmann Kuffer

Kniffka Bauner