

BUNDESGERICHTSHOF

7

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 11/88

Verkündet am
20. Oktober 1988
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des kaufmännischen Angestellten Anton H., Am S.,
K.,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Nirk -

g e g e n

den Steuerberater Gunther Gustafsen, Ho.,
Ha., als Konkursverwalter über das Vermögen der
Firma KG P. GmbH & Co. i.K., Wi.straße,
L.,

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts München - 14. Zivilsenat in Augsburg - vom 11. Dezember 1987 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Bauherr und Eigentümer einer Wohnung in der Wohnanlage in F.-D., die im Rahmen einer sogenannten Bauherrengemeinschaft errichtet wurde. Der Kläger nimmt als Konkursverwalter der Generalübernehmerin und Bauunternehmerin, der Firma Pl. GmbH & Co. KG, den Beklagten auf Zahlung restlichen Werklohns in Anspruch.

Der Beklagte schloß im Januar 1981 mit der Firma T. KG eine notariell beurkundete Treuhandvereinbarung, durch die er die Firma T. KG als Treuhänderin bevollmächtigte, alle Verträge in seinem Namen abzuschließen, die zur Durchführung des Bauvorhabens notwendig waren. Im Februar 1981 schloß die Firma T. KG im Namen des Beklagten mit der Firma Pr. einen Vertrag über die wirtschaftliche Baubetreuung ab. Diese Firma schloß ihrerseits im Namen der Bauherrengemeinschaft im März 1981 mit der späteren Gemeinschuldnerin einen Bauvertrag über die schlüsselfertige Errichtung der Wohnanlage zu einem Pauschalpreis. In § 2.1.3 des Bauvertrages ist geregelt, daß die VOB/B gelten soll.

Sämtliche im Rahmen der Bauherrengemeinschaft handelnden Firmen waren 100 %ige Tochtergesellschaften der Firma T. Holding AG. Diese Firmen sind mittlerweile alle in Konkurs gefallen.

Der Beklagte zahlte den auf seine Wohnung entfallenden Gesamtaufwandsbetrag von 213.000 DM auf ein von der Firma T. KG eingerichtetes Bausonderkonto. Von diesem Konto sollten



u.a. die Verpflichtungen des Beklagten der Gemeinschuldnerin gegenüber beglichen werden. Die Forderung der Gemeinschuldnerin wurde von der Firma T. KG nicht vollständig bezahlt.

Nachdem das Bauvorhaben abgenommen worden war, erstellte die Gemeinschuldnerin am 16. Dezember 1982 für den Beklagten eine Schlußrechnung, die spätestens am 18. Dezember 1982 bei der Firma Pr., der wirtschaftlichen Baubetreuerin, einging. Erst nach dem Konkurs der gesamten Firmengruppe T. erfuhr der Beklagte im Mai 1985 durch eine Mahnung des Klägers, daß die in der Schlußrechnung der Gemeinschuldnerin ausgewiesene Restwerklohnforderung in Höhe von 10.444 DM noch nicht beglichen war. Mit Schreiben vom 15. Mai 1985 ließ der Beklagte durch seinen Anwalt die Forderung dem Grunde und der Höhe nach bestreiten und deren Berechtigung leugnen.

Der vom Kläger über die Restwerklohnforderung beantragte Mahnbescheid wurde dem Beklagten am 9. Dezember 1985 zugestellt. Nachdem der Beklagte Widerspruch eingelegt hatte, gab das Amtsgericht L. den Rechtsstreit an das Landgericht K. ab.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer - zugelassenen - Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat dem Kläger die Restwerklohnforderung im wesentlichen mit folgender Begründung zuerkannt:

Die Klageforderung sei aufgrund des zwischen der Gemeinschuldnerin und der Bauherrengemeinschaft abgeschlossenen Bauvertrages i.V.m. § 17 Abs. 1 KO begründet. Die Überweisung des Gesamtaufwandes von 213.000 DM auf das Konto der Treuhänderin habe die Erfüllung der Klageforderung nicht bewirken können, weil die Treuhänderin nicht Empfangsbevollmächtigte der Gemeinschuldnerin gewesen sei.

Die Forderung sei auch nicht verjährt. Sie sei erst am 18. Februar 1983 fällig geworden, nämlich gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B spätestens zwei Monate nach Zugang der prüfbaren Schlußrechnung. Die zweijährige Verjährungsfrist, die erst am 1. Januar 1984 zu laufen begonnen habe (§§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 201 BGB), sei durch den Antrag auf Erlaß des Mahnbescheides und dessen Zustellung rechtzeitig unterbrochen worden.

Ferner sei der Anspruch der Gemeinschuldnerin weder verwirkt noch durch Schlußzahlungserklärung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B "ausgeschlossen". Ein Einwendungsdurchgriff komme nicht in Betracht.

Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten ohne Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, daß die Zahlungen des Gesamtaufwandes an die Treuhänderin gegenüber der Gemeinschuldnerin keine Erfüllungswirkung haben konnte. Die wirtschaftliche Verflechtung der an dem Bauherrenmodell beteiligten Firmen bietet im Hinblick auf die für das Bauherrenmodell typische Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse keine Grundlage für eine durch die Gemeinschuldnerin etwa konkludent erteilte Einziehungsermächtigung oder Einziehungsvollmacht. Die von den Bauherren mit dem Bauherrenmodell erstrebten steuerlichen Vorteile setzen vielmehr voraus, daß die Eigenständigkeit der einzelnen Vertragsverhältnisse der Bauherren mit der Treuhänderin, dem Baubetreuer und den Bauhandwerkern ernsthaft gewollt war (Senatsurteil BGHZ 76, 86, 93 ff m.w.N.). Mit dieser bürgerlich-rechtlichen Ausgestaltung des Bauherrenmodells ist es unvereinbar, die gewollte Eigenständigkeit der Vertragsverhältnisse zwischen den Bauherren und der Treuhänderin sowie dem Bauunternehmer in der Weise teilweise aufzuheben, daß aus der wirtschaftlichen Einheit des Geschäftes oder der wirtschaftlichen Verflechtung der am Bauherrenmodell beteiligten Firmen auf die Erteilung einer Einziehungsermächtigung oder einer Einziehungsvollmacht durch die Generalübernehmerin bzw. Bauunternehmerin geschlossen wird.

II.

Das Berufungsgericht hat die Verjährung der Klageforderung zu Recht verneint.

1. Die Fälligkeit der Forderung ist entgegen der Ansicht der Revision nicht bereits mit der Abnahme des Werkes, sondern erst zwei Monate nach dem Zugang der Schlußrechnung, am 15. Februar 1983, eingetreten. Die Restwerklohnforderung aus einem Pauschalvertrag wird nicht schon mit der Abnahme des Werkes fällig, sondern regelmäßig erst dann, wenn die Voraussetzungen des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B vorliegen. Der Senat folgt insoweit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. OLG Celle BauR 1979, 433, Ingenstau/Korbion aaO B § 14 Rdn. 1; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab aaO B § 14 Rdn. 3; Nicklisch/Weick, VOB Teil B, § 14 Rdn. 13; Kiesel, VOB Teil B, § 14 Rdn. 1; Werner/Pastor aaO Rdn. 973; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 4. Aufl., Rdn. 322; Locher, Das private Baurecht, 4. Aufl., Rdn. 193; Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB Teil B, ErlZ B 14.6, 14.8; a. A. soweit ersichtlich nur Schlünder/Rasch, VOB/Teil B, 2. Aufl., § 16 Ziffer 4.2.3 Rdn. 45).

Die dagegen von der Revision erhobenen Bedenken greifen nicht durch. § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B ist zum einen auf einen Pauschalvertrag deshalb anwendbar, weil die durch die Vorschrift geschützten Interessen beider Vertragsparteien bei der Abwicklung eines Bauvertrages mit denen bei einem Einheitspreisvertrag übereinstimmen. Zum anderen läßt der mit dem Verfahren nach § 16 Nr. 3 VOB/B verfolgte Zweck eine

unterschiedliche Abwicklung des Einheitspreisvertrages und des Pauschalvertrages nicht zu. Die als Voraussetzungen für die Fälligkeit notwendige prüfbare Schlußrechnung gemäß § 14 VOB/B und die in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B geregelte Prüfungsfrist schützen in besonderer Weise sowohl die Interessen des Auftraggebers wie die des Auftragnehmers.

- a) Das Erfordernis einer Schlußrechnung eröffnet dem Auftragnehmer die Möglichkeit, anhand der von ihm selbst erbrachten Bauleistung und der bisherigen Abschlagszahlungen zu prüfen, welche Restwerklohnforderung ihm noch zusteht, ohne daß er Gefahr läuft, die Verjährung seiner Werklohnforderung könnte beginnen. Diese Prüfungsmöglichkeit ist bei einem Pauschalvertrag schon deshalb sachgerecht, weil eine Kontrolle der bisher vom Auftraggeber geleisteten Abschlagszahlungen und etwaiger Gutschriften notwendig ist. Darüberhinaus hat der Auftragnehmer wie beim Einheitspreisvertrag zu überprüfen, ob er nicht besondere Leistungen, die auf Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages (§ 14 Nr. 1 Satz 4 VOB/B) beruhen, oder geänderte Leistungen i.S.d. § 2 Nr. 5 VOB/B oder zusätzliche Leistungen i.S.d. § 2 Nr. 6 VOB/B (vgl. dazu z.B. Senatsurteil BGHZ 90, 344, 346) oder erhebliche Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Leistung gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B für den Auftraggeber prüfbar darstellen muß (Ingenstau/Korbion aaO B § 14 Rdn. 1, 10; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab aaO B § 14 Rdn. 3).

- b) Die Verpflichtung des Auftragnehmers, eine prüfbare Rechnung zu erstellen, trägt auch und gerade den Interessen des Auftraggebers Rechnung (Senatsurteil NJW 1987, 382, 383). Die an die Prüfung der Rechnung geknüpften für ihn günstigen und ungünstigen Rechtsfolgen des § 16 Nr. 3 und des § 14 Nr. 4 VOB/B begründen das berechnete Interesse des Auftraggebers an einer prüfbaren und sachlich zutreffenden Schlußrechnung. Das Interesse des Auftraggebers ist bei einem Pauschalvertrag in gleicher Weise schützenswert, wie bei einem Einheitspreisvertrag. So hat der Auftraggeber bei einem Pauschalvertrag vor allem ein Interesse daran zu prüfen, ob in der Schlußrechnung die von ihm geleisteten Abschlagszahlungen vollständig ausgewiesen und etwaige Gutschriften berücksichtigt sind, die errechnete Restwerklohnforderung also berechnete ist, sowie ob die Voraussetzungen des § 14 Nr. 1 Satz 4, des § 2 Nr. 5, des § 2 Nr. 6 oder des § 2 Nr. 7 VOB/B gegeben sind. Er hat weiterhin ein besonderes Interesse daran, durch eine Schlußzahlung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B eine Klärung darüber herbeizuführen, ob und ggf. in welcher Höhe Nachforderungen zu erwarten sind. Eine Schlußzahlung oder die ihr gleichstehende Erklärung, nichts mehr zahlen zu wollen, mit der sich aus § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ergebenden Wirkung ist aber nur möglich, wenn eine Schlußrechnung vorausgegangen ist, die allerdings nicht prüfbar zu sein braucht, in der jedoch die geschuldete Werkleistung abschließend und umfassend abgerechnet sein muß (Senatsurteil NJW 1987, 2582, 2583 m.w.N.; vgl. a. Senatsurteile NJW 1984, 1757 u. BGHZ 102, 392).

In den Fällen, in denen der Auftraggeber ein besonderes Interesse an der alsbaldigen Abrechnung hat, weil er Dritten gegenüber zur Abrechnung verpflichtet ist, soll er durch die Abrechnung des Bauvorhabens nach § 16 Nr. 3 i.V.m. § 14 VOB/B die erforderliche Grundlage für seine Abrechnung Dritten gegenüber erhalten. Sein Interesse an einer Abrechnung, das unabhängig davon besteht, ob er einen Einheitspreis- oder einen Pauschalvertrag abgeschlossen hat, wird für den Fall, daß der Auftragnehmer keine oder eine nicht hinreichend prüfbare Schlußrechnung erstellt, dadurch geschützt, daß ihm § 14 Nr. 4 VOB/B die Möglichkeit eröffnet, auf Kosten des Auftragnehmers selbst eine Schlußrechnung aufzustellen (vgl. Ingenstau/Korbion aaO B § 14 Rdn. 23).

- c) Die Abrechnung und Abwicklung von Pauschalverträgen nach § 16 Nr. 3 i.V.m. § 14 VOB/B entspricht auch dem gemeinsamen Interesse der Parteien und dem mit der Regelung in den genannten Vorschriften verfolgten Ziel, eine schnelle Abwicklung der gesamten Bauleistung herbeizuführen. Das Abrechnungsverfahren soll durch die Schlußrechnung die Grundlage für eine einvernehmliche Abwicklung des Bauvorhabens schaffen. Wenn der Auftraggeber nach der Prüfung keine Beanstandungen erhebt, bildet die Schlußrechnung die Grundlage für die endgültige Abrechnung des Bauvorhabens. In den Fällen, in denen der Auftraggeber die Schlußrechnung beanstandet, sind die Schlußrechnung und die Beanstandungen des Auftraggebers zumindest die Grundlage für Verhandlungen

der Parteien mit dem Ziel, im beiderseitigen Interesse die einvernehmliche Abwicklung möglichst ohne gerichtliche Hilfe zu erreichen. Im Hinblick auf diesen Regelungszweck ist es nicht gerechtfertigt, den der VOB/B unterliegenden Pauschalvertrag im Unterschied zu dem Einheitspreisvertrag nicht nach dem genannten Verfahren der VOB/B abzuwickeln.

So ist denn der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. Juli 1979 (- VII ZR 174/78 = BauR 1979, 525) ohne weiteres davon ausgegangen, daß auch bei einem Pauschalvertrag eine Schlußrechnung erstellt werden muß, damit die Wirkung einer vorbehaltlos angenommenen Schlußzahlung ausgelöst werden kann. Dem Urteil NJW 1987, 382, mit dem der Senat entschieden hat, daß auch bei vorzeitiger Beendigung eines Bauvertrages, für den die VOB/B gilt, die Vergütung erst fällig wird, wenn eine Schlußrechnung erteilt ist, lag ebenfalls ein Pauschalvertrag zugrunde (vgl. dasselbe Urteil, ZfBR 1987, 38; ebenso Senatsurteil vom 8. Oktober 1987 - VII ZR 45/87 = BauR 1988, 82, 85/86 = ZfBR 1988, 38, 39/40). Es wäre aber schwer verständlich, wohl bei vorzeitiger Beendigung eines Pauschalvertrages eine Schlußrechnung zu fordern, nicht dagegen bei dessen ordnungsgemäßer Abwicklung.

2. Die Verjährung der Klageforderung hat gemäß § 201 BGB mit Ablauf des Jahres 1983 begonnen, weil die Fälligkeit der Forderung erst am 15. Februar 1983 eingetreten ist.

Nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B hängt bei einem Werkvertrag, dem die VOB/B zugrundeliegt, die Fälligkeit des Anspruchs auf die Schlußzahlung - außer von der Abnahme (BGHZ 79, 180) - von der Erteilung einer prüfbaren Schlußrechnung und einer nachfolgenden Rechnungsprüfung bzw. dem Ablauf der Prüfungsfrist ab (Senatsurteil BGHZ 83, 382, 384). Die Ansicht der Revision, bei einem Pauschalvertrag sei es gerechtfertigt, die Fälligkeit des Anspruchs auf die Schlußzahlung schon zu dem Zeitpunkt anzunehmen, zu dem die Prüfung möglich war, ist mit § 16 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/B nicht zu vereinbaren.

- a) Durch § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B wird der Auftraggeber in besonderer Weise geschützt. Er läuft keine Gefahr, mit seiner Zahlungspflicht in Verzug zu geraten, wenn er die Schlußrechnung erst nach einer nicht verzögerten Prüfung begleicht (Senatsurteil BGHZ 83, 382, 384 f). Der Einwand der Revision, bei Vereinbarung eines Pauschalpreises sei ein Interesse des Auftraggebers an einer Prüfung nicht gegeben, trifft nicht zu. Der Auftraggeber hat - wie bereits ausgeführt - auch bei einem Pauschalvertrag ein berechtigtes Interesse an einer Prüfung der Schlußrechnung.
- b) Den Interessen des Auftragnehmers wird durch die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B in angemessener Weise Rechnung getragen: Danach ist die Prüfung der Schlußrechnung nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sich die Prüfung, hat der Auftragnehmer einen Anspruch

darauf, daß das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort von dem Auftraggeber geleistet wird. Spätestens zwei Monate nach Zugang der Schlußrechnung wird der Anspruch auf die Schlußzahlung fällig. Die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B hat die Länge der Prüfungsfrist und damit den Zeitpunkt der Fälligkeit der Schlußzahlung gerade nicht vom Umfang und Schwierigkeitsgrad der Überprüfung im Einzelfall abhängig gemacht, sondern den Zeitpunkt der Fälligkeit und damit den Beginn der Verjährung an unschwer feststellbare objektive Umstände geknüpft. Das berechtigte Interesse des Auftragnehmers an einer den Umständen des Einzelfalles entsprechende unverzügliche Prüfung der Schlußrechnung durch den Auftraggeber wahrt die Regelung in der geschilderten Weise hinreichend.

- c) Mit dem durch § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B verfolgten Ziel und dem in dieser Vorschrift geregelten Ausgleich der unterschiedlichen Interessen der Vertragsparteien ist es unvereinbar, die Fälligkeit der Werklohnforderung nach den Umständen des Einzelfalles danach zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt dem Auftraggeber die Prüfung schon möglich war (so aber offenbar für Ausnahmefälle Hochstein in Schäfer/Finnern/Hochstein § 16 Nr. 3 VOB/B (1973) Anm. zu Nr. 21). Die Fälligkeit der Restwerklohnforderung kann deshalb vor Ablauf der Höchstfrist von zwei Monaten nur dann eintreten, wenn die Prüfung und Feststellung der Schlußrechnung bereits vor Ablauf der zwei Monate seit Zugang der Schlußrechnung beim Auftraggeber vorgenommen ist (Senatsurteil BGHZ 83, 382 385). Das gilt auch für den Pauschalvertrag.

3. Die zweijährige Verjährungsfrist (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB) hat - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - mit Ablauf des Jahres 1983 begonnen. Durch den im Dezember 1985 zugestellten Mahnbescheid ist die Verjährung gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB rechtzeitig unterbrochen worden.

III.

Der Anspruch der Gemeinschuldnerin ist entgegen der Ansicht der Revision weder verwirkt noch steht ihm der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegen.

1. Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung. Ein Recht ist verwirkt, wenn es illoyal verspätet geltend gemacht wird. Dieser Tatbestand des Verstoßes gegen Treu und Glauben liegt dann vor, wenn zu dem Zeitablauf besondere auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (Senatsurteil vom 20. Januar 1977 - VII ZR 293/75 = Schäfer/Finnern, Z 2.411 Bl. 76; vgl. a. BGHZ 43, 289, 292 und Senatsurteil vom 22. Dezember 1983 - VII ZR 213/82 = BauR 1984, 182, 185 insoweit nicht abgedruckt in NJW 1984, 1757). Die bloße Untätigkeit des Berechtigten während eines Zeitraumes, der zur kurzfristigen Verjährung nicht ausreicht, führt niemals zum Erlöschen des Anspruchs (BGH Urteil vom 20. Dezember 1968 - V ZR 97/65 - Betrieb 1969, 302 m.w.N.).

Die Voraussetzungen für eine Verwirkung sind danach nicht gegeben. Umstände, die das Vertrauen des Beklagten darauf hätten rechtfertigen können, daß die Gemeinschuldnerin ihren Anspruch nicht mehr würde geltend machen, sind nicht ersichtlich. Die Tatsache, daß der Beklagte möglicherweise darauf vertraut hat, die Forderung der Gemeinschuldnerin werde aus seinem Guthaben auf dem Konto bei der Treuhänderin beglichen, kann schon deshalb die Verwirkung nicht begründen, weil der etwaige Vertrauensstatbestand nicht durch das Verhalten der Gemeinschuldnerin begründet worden ist, sondern auf der besonderen Vertragsgestaltung im Rahmen des Bauherrenmodells beruht.

2. Das vom Beklagten behauptete angebliche arglistige Zusammenwirken der Gemeinschuldnerin und der Treuhänderin mit dem Ziel, die Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Treuhänderin zu vereiteln, ist nicht geeignet, den Einwand des Rechtsmißbrauchs zu begründen. Der Beklagte hat, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, schon keine ausreichenden Tatsachen dafür vorgetragen, daß er, wenn er vor dem Konkurs der Firmengruppe T. von der Gemeinschuldnerin in Anspruch genommen worden wäre, seinen angeblichen Anspruch gegen die Treuhänderin hätte durchsetzen können. Er hat aber auch nicht hinreichend dargelegt, welcher Schaden ihm durch die angebliche Pflichtverletzung der Gemeinschuldnerin und der Treuhänderin entstanden sein soll.

IV.

Der Beklagte kann der Klageforderung etwaige ihm gegen die Treuhänderin zustehende Ansprüche nicht im Wege des sogenannten Einwendungsdurchgriffs entgegenhalten.

In Fällen, in denen ein wirtschaftlich einheitliches Geschäft in zwei oder mehrere rechtlich selbständige Verträge aufgespalten wird, kann eine Vertragspartei Einwendungen aus einem Vertragsverhältnis nur dann ausnahmsweise in einem anderen Vertragsverhältnis im Wege des sogenannten Einwendungsdurchgriffs geltend machen, wenn sie im Verhältnis zu den anderen an dem Geschäft Beteiligten besonders schutzbedürftig ist. Die für den Einwendungsdurchgriff erforderliche besondere Schutzbedürftigkeit ist immer dann zu bejahen, wenn die Aufspaltung des einheitlichen Geschäftes vor allem im Interesse der anderen Beteiligten liegt. Entspricht die Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Geschäftes dagegen auch und gerade dem eigenen Interesse der die Einrede erhebenden Partei, fehlt es an der erforderlichen besonderen Schutzbedürftigkeit. Schließt eine Partei im eigenen Interesse derartige Verträge ab, dann ist es sach- und interessengerecht, sie auch die Risiken tragen zu lassen, die aus der von ihr gewählten bürgerlich-rechtlichen Gestaltung des Geschäfts erwachsen (BGHZ 93, 264, 268; BGH NJW 1981, 389, 391 jeweils m.w.N.; zustimmend Locher/König, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht (1982), Rdn. 65).

So ist es hier. Der Beklagte hat die mit einem Bauherrenmodell verbundene Aufspaltung des wirtschaftlich ein-

heitlichen Geschäftes in mehrere bürgerlich-rechtlich selbständige Verträge aus eigenen wirtschaftlichen Interessen gewollt, um die sich daraus ergebenden steuerlichen Vorteile auszuschöpfen. Damit hat er die mit der Aufspaltung verbundenen Risiken bewußt in Kauf genommen (vgl. a. Senatsurteil BGHZ 76, 86, 89, 95 m.w.N.).

V.

Die Revision beruft sich schließlich ohne Erfolg darauf, der Beklagte habe den Einwand der vorbehaltlos angenommenen Schlußzahlung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B erhoben.

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei die Erklärung in dem Schreiben des Anwalts des Beklagten vom 15. Mai 1985 nicht als eine die Schlußzahlung ersetzende Zahlungsverweigerung des Auftraggebers i.S.d. § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B angesehen, die dazu geführt haben könnte, daß der Restwerklohnanspruch aus der Schlußrechnung nicht mehr durchsetzbar wäre. Für einen Schlußzahlungersatz ist es nach der Rechtsprechung des Senats erforderlich, daß der Auftraggeber weitere Zahlungen unter Hinweis auf bereits geleistete Zahlungen oder auf Erfüllungssurrogate - wie z.B. Aufrechnung, Verrechnung oder Hinterlegung - verweigert, die geeignet sind, die Erfüllung der Werklohnforderung dem Auftragnehmer gegenüber zu bewirken (Senatsurteil NJW 1984, 1757, 1758).

Die Erklärung des Anwalts des Beklagten im Schreiben vom 15. Mai 1985 reicht als Schlußzahlungsersatz nicht aus. Der Anwalt des Beklagten hat zwar in dem Schreiben eine ganze Reihe von rechtlichen Einwendungen gegen die geltend gemachte Restforderung erhoben. Auf an den Kläger geleistete vollständige Zahlungen oder auf Erfüllungssurrogate dem Kläger gegenüber hat er sich aber nicht berufen. Daß er dem Kläger u.a. entgegengehalten hat, er müsse sich alle an die Treuhänderin erbrachten Zahlungen und etwaige Pflichtverletzungen der Treuhänderin zurechnen lassen, genügt als Schlußzahlungsersatz nicht.

VI.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Girisch

Obenhaus

Walchshöfer

Thode

Haß