



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 127/23

Verkündet am:
11. Juli 2024
Kilian,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja
JNEU: nein

BGB § 631, § 765, § 767 Abs. 1 Satz 1

Fordert der Besteller eine Werklohnvorauszahlung zurück, nachdem der Unternehmer Leistungen erbracht hat, muss der Besteller schlüssig die Voraussetzungen eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vortragen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Besteller kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 27 ff.; Urteil vom 24. Januar 2002 - VII ZR 196/00, BauR 2002, 938

= NZBau 2002, 329, juris Rn. 21; Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 130/06 Rn. 16, 19, BauR 2008, 540 = NZBau 2008, 256).

Welcher Vortrag vom Besteller im Fall der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags ohne Detailpreisverzeichnis unter zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen verlangt werden kann, um eine Werklohnvorauszahlung zurückzufordern, richtet sich nach den Gesamtumständen, insbesondere nach dem Inhalt des Vertrags und vorvertraglicher Absprachen. Kennt der Besteller die Kalkulation des Unternehmers nicht und kann er nicht aufgrund anderer Umstände das vertragliche Preisniveau darstellen, obliegt dem Unternehmer insoweit die Darlegungslast.

Diese Darlegungslastverteilung gilt in einem Rechtsstreit zwischen dem Besteller und einem Bürgen, der sich verpflichtet hat, für einen Anspruch auf Rückzahlung der Werklohnvorauszahlung einzustehen, entsprechend. Der Bürge kann den Besteller nicht darauf verweisen, entsprechende Informationen beim Unternehmer einzufordern.

BGH, Urteil vom 11. Juli 2024 - VII ZR 127/23 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2024 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Sacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird der Beschluss des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 22. Mai 2023 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Rückforderung einer auf eine Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern von der Klägerin an die Beklagte geleisteten Zahlung.
- 2 Die Beklagte schloss mit der M. GmbH im Februar 2017 einen Generalunternehmervertrag mit Pauschalpreisvereinbarung, in welchem sich die M. GmbH zur schlüsselfertigen Erstellung eines Lebensmittelmarkts verpflichtete. Die Vertragsparteien vereinbarten, dass die Beklagte eine "Vorauszahlung i.H. von 400.000 €, zu verrechnen am Ende der Bauzeit, Sicherung gegen Bürgschaft" leisten sollte. Unter dem 9. März 2017 übernahm die Klägerin für alle

Ansprüche der Beklagten gegen die M. GmbH auf Rückgewähr der Vorauszahlung bis zu einem Betrag von 400.000 € eine selbstschuldnerische "Vorauszahlungsbürgschaft" mit der Maßgabe, dass die Zahlung auf erstes Anfordern zu erfolgen habe.

3 Die Beklagte erbrachte die Vorauszahlung in vereinbarter Höhe und zahlte nach Baubeginn auf Abschlagsrechnungen der M. GmbH weitere 800.275 €.

4 Über das Vermögen der M. GmbH wurde im November 2017 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Beklagte kündigte den Generalunternehmervertrag und beauftragte ein Drittunternehmen mit der weiteren Bauausführung.

5 In der Folge begehrte die Beklagte die Zahlung der Bürgschaftssumme von 400.000 € von der Klägerin. Das Landgericht Koblenz verurteilte die Klägerin durch rechtskräftiges Urteil zur Zahlung in Höhe von 400.000 € und stützte seine Entscheidung darauf, dass bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern materielle Einwendungen gegen die Hauptforderung nicht im Anforderungsprozess, sondern im Rückforderungsprozess zu prüfen seien. Daraufhin zahlte die Klägerin an die Beklagte 400.000 €.

6 Mit Klage vom 29. November 2019 nahm die Klägerin die Beklagte auf Rückzahlung eines Teilbetrags der gezahlten 400.000 € in Höhe von 89.121,67 € mit der Begründung in Anspruch, jedenfalls in dieser Höhe bestehe ein Anspruch auf Rückzahlung. Mit rechtskräftigem Urteil vom 25. September 2020 verurteilte das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung.

7 Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin die Rückzahlung der weitergehend gezahlten 310.878,33 €. Sie trägt vor, die geleisteten Zahlungen der Beklagten an die M. GmbH hätten insgesamt den erbrachten Bauleistungen entsprochen, weshalb kein Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung gegen die M. GmbH bestehe. Demgegenüber trägt die Beklagte vor,

die M. GmbH habe nur Leistungen im Wert von 681.396,67 € brutto erbracht. Das ergebe sich aus dem vorgelegten Gutachten ihres Privatsachverständigen, der die erbrachten Leistungen nach dem Marktpreisniveau bewertet habe. Eine andere Preisermittlung sei ihr nicht möglich, da dem Generalunternehmervertrag keine Detailsinzelpreise zugrunde gelegen hätten.

8 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 310.878,33 € nebst Zinsen verurteilt. Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht mit Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

10 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

11 Die Klage sei zulässig. Im ersten Rückforderungsprozess habe die Klägerin nur einen Teilanspruch von 89.121,67 € geltend gemacht, so dass die Rechtskraft des Urteils im ersten Rückforderungsprozess der vorliegenden Klage nicht entgegenstehe.

- 12 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Rückzahlung von weiteren 310.878,33 € aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu. Im Rahmen dieser Anspruchsgrundlage müsse die Beklagte das Bestehen und die Fälligkeit der durch die Bürgschaft gesicherten Hauptforderung darlegen und beweisen, d.h. einen Rückzahlungsanspruch der Beklagten gegen die M. GmbH in Höhe von jedenfalls 310.878,33 €. Dem stehe die Klausel "zahlbar auf erstes Anfordern", die allein dazu diene, dem Begünstigten innerhalb kürzester Zeit liquide Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht entgegen. Die Klausel verweise den Bürgen mit seinen Einwendungen gegen den für die Bürgschaft maßgebenden Bestand der Hauptverbindlichkeit auf die Rückforderung. Die Verpflichtung des Bürgen zur Leistung sei vom Bestand der Hauptforderung abhängig (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB). Es fehle also an einer Leistungspflicht des Bürgen und damit am Rechtsgrund für die Bürgschaftsleistung, wenn und soweit materiell-rechtlich keine Hauptforderung - hier kein Rückzahlungsanspruch der Beklagten gegen die M. GmbH wegen Überzahlung von Werklohn - bestehe.
- 13 Der Beklagten sei es nicht gelungen, einen Rückzahlungsanspruch in Höhe der Klageforderung gegen die M. GmbH darzulegen. Nach der Kündigung eines Pauschalpreisvertrags müssten zunächst die erbrachten Leistungen festgestellt und von den nicht erbrachten Leistungen abgegrenzt werden. Für die erbrachten Leistungen sei ein anteiliger Werklohn anzusetzen. Dabei sei die Höhe der Vergütung nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Es müsse das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Pauschalansatzes für die Teillieferung zum Pauschalpreis dargelegt werden. Der vereinbarte Pauschalpreis für die Gesamtleistung sei damit der Maßstab für die Bewertung der bewirkten Teilleistung. Diesen Anforderungen genüge der Vortrag der Beklagten unter Vorlage des Gutachtens des Privatsachverständigen schon deshalb nicht, weil die erbrachten Teilleistungen

nicht nach dem Pauschalansatz für die Teillieferung, sondern nach dem Marktpreisniveau bewertet würden. Zu einer anderen Beurteilung führe nicht der Vortrag der Beklagten, dass eine andere Preisermittlung als im Gutachten des Privatsachverständigen nicht möglich sei, da dem Vertrag keine Detailsinzelpreise zugrunde gelegen hätten. Soweit zur preislichen Bewertung der erbrachten Leistungen Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluss nicht vorhanden oder nicht ergiebig seien, müsse im Nachhinein im Einzelnen dargelegt werden, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten seien, beispielsweise durch eine nachträgliche Kalkulation. Dem sei die Beklagte nicht nachgekommen. Im Übrigen führe die Unmöglichkeit, einen notwendigen Vortrag zu halten, im Zivilprozess gerade nicht dazu, dass ein unzureichender Vortrag als ausreichend erachtet werden könne. Dies gereiche vielmehr zum Nachteil der darlegungsbelasteten Partei, hier also der Beklagten.

II.

14 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Klage nicht stattgegeben werden. Das Berufungsgericht hat die Darlegungslast im Rahmen der Rückforderung einer Werklohnvorauszahlung verkannt.

15 1. a) Hat der Bürge aufgrund einer Bürgschaft auf erstes Anfordern gezahlt, kann er gegen den Gläubiger auf Rückzahlung seiner Leistung klagen. In diesem Rückforderungsprozess werden die materielle Berechtigung des Gläubigers und die vom Bürgen gegen den Bürgschaftsanspruch erhobenen Einreden und Einwendungen geprüft. Die Darlegungs- und Beweislast im Rückforderungsprozess entspricht dabei derjenigen im gewöhnlichen Bürgschaftsrechtsstreit (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, BGHZ 152,

246, juris Rn. 15; Urteil vom 12. Juli 2001 - IX ZR 380/98, BGHZ 148, 283, juris Rn. 16).

- 16 b) Im Bürgschaftsrechtsstreit folgt aus der Akzessorietät der Bürgschaft (§ 765 Abs. 1, § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB), dass zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger grundsätzlich dieselbe Darlegungs- und Beweislastverteilung gilt wie zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner. Allgemein anerkannt ist deshalb, dass der Gläubiger das Entstehen und die Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit und damit den Grund für die Haftung des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag darzulegen und zu beweisen hat. (st. Rspr.; siehe nur BGH, Urteil vom 13. Oktober 2022 - IX ZR 130/21 Rn. 15 m.w.N., NJW 2023, 214).
- 17 c) Dementsprechend gelten im Rückforderungsprozess des auf erstes Anfordern zur Sicherung einer Werklohnvorauszahlung erfolgreich in Anspruch genommenen Bürgen gegen den Besteller die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast im Prozess zwischen Besteller und Unternehmer über die Rückforderung einer Werklohnvorauszahlung.
- 18 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Besteller in einem solchen Prozess, wenn der Unternehmer Leistungen erbracht hat, zur Begründung des vertraglichen Rückforderungsanspruchs schlüssig die Voraussetzungen eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vorzutragen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Besteller kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (BGH,

Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 27 ff.; Urteil vom 24. Januar 2002 - VII ZR 196/00, BauR 2002, 938 = NZBau 2002, 329, juris Rn. 21; Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 130/06 Rn. 16, 19, BauR 2008, 540 = NZBau 2008, 256; vgl. auch Urteil vom 26. Juni 2014 - VII ZR 289/12 Rn. 21 f., BauR 2014, 1773 = NZBau 2014, 555).

19 2. Diese Rechtsgrundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet. Es hat auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen rechtsfehlerhaft der Beklagten die Darlegungslast für Umstände auferlegt, zu der sie nach Ausschöpfung der ihr zur Verfügung stehenden Quellen und damit ihrem Kenntnisstand keine Angaben machen kann.

20 a) Welcher Vortrag vom Besteller im Fall der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags ohne - wie hier nach dem Vortrag der Beklagten revisionsrechtlich zu unterstellen ist - Detailpreisverzeichnis unter zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen verlangt werden kann, um eine Werklohnvorauszahlung zurückzufordern, richtet sich nach den Gesamtumständen, insbesondere nach dem Inhalt des Vertrags und vorvertraglicher Absprachen.

21 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen für die Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags die erbrachten Leistungen dargelegt und von den nicht ausgeführten Leistungen abgegrenzt werden. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Vertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Es muss deshalb der Preisansatz für die Teilleistung im Rahmen der vereinbarten Pauschalvergütung dargelegt werden. Soweit der Vertrag kein Detailpreisverzeichnis enthält und Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluss nicht vorhanden oder nicht ergiebig sind, muss im Nach-

hinein im Einzelnen dargelegt werden, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 91/98, BauR 1999, 631, juris Rn. 10; Urteil vom 2. Mai 2002 - VII ZR 325/00, BauR 2002, 1406 = NZBau 2002, 508, juris Rn. 9; Urteil vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 50/04, BauR 2006, 517 = NZBau 2006, 179, juris Rn. 14; Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 176/12 Rn. 10, BauR 2015, 109 = NZBau 2015, 27). Die Preise müssen sich also aus der dem Vertrag zugrundeliegenden Kalkulation ableiten (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 8. Teil Rn. 53).

22 b) Nach dem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Vortrag der Beklagten hat sie ihrer Darlegungslast genügt.

23 Durch Vorlage des Gutachtens ihres Sachverständigen hat sie die erbrachten Leistungen von den nicht erbrachten Leistungen abgegrenzt.

24 Nach ihrem weiteren Vortrag hat sie mit der M. GmbH eine Pauschalvergütungsvereinbarung ohne Detailpreisverzeichnis geschlossen und auch ansonsten keine Kenntnis von der dieser Vereinbarung zugrundeliegenden Kalkulation der M. GmbH. Auf dieser Grundlage kann von der Beklagten nicht verlangt werden, zu dem Vertragspreisniveau der zu bewertenden Einzelleistungen des Bauvertrages vorzutragen. Das Berufungsgericht hätte deshalb der Beklagten nicht die Darlegungslast für diese Umstände auferlegen dürfen. Vielmehr oblag es der Klägerin, zu den aus der Kalkulation der M. GmbH und den sich daraus ergebenden Einzelpreisen vorzutragen.

25 Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, der Beklagten sei Vortrag zur Kalkulationsgrundlage zumutbar und möglich, da sie sich an den Insolvenzverwalter über das Vermögen der M. GmbH wenden und eine Abrechnung

der erbrachten Leistungen verlangen könne, ist das unzutreffend. Denn im Bürgschaftsrechtsstreit gilt aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft die gleiche Darlegungslastverteilung, als wenn der Rechtsstreit anstelle des Bürgen mit dem Hauptschuldner geführt würde. Der Bürge - hier also die Klägerin - trägt deshalb wie der Hauptschuldner Darlegungslasten und deshalb das Risiko, von dem Hauptschuldner - hier der M. GmbH beziehungsweise deren Insolvenzverwalter - keine Informationen zu erhalten. Dieses Risiko kann der Bürge nicht auf den Gläubiger - hier die Beklagte - abwälzen.

III.

26 Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

27 Der Senat kann nicht selbst entscheiden, da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

28 Das Berufungsgericht ist zutreffend von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Die Rechtskraft des im ersten Rückforderungsprozess ergangenen Urteils steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, da in diesem Verfahren nur ein Teil eines teilbaren Anspruchs geltend gemacht wurde. In einem solchen Fall beschränkt sich die Rechtskraft des Urteils grundsätzlich auf den eingeklagten Teil des Anspruchs, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine offene oder verdeckte Teilklage handelt (BGH, Urteil vom 9. April 1997 - IV ZR 113/96,

BGHZ 135, 178, juris Rn. 12; vgl. zudem BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - VII ZB 15/10 Rn. 9, BGHZ 187, 227). Für das Vorliegen eines Ausnahmefalls bestehen keine Anhaltspunkte.

Pamp

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 20.09.2022 - 8 O 418/21 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 22.05.2023 - 3 U 1632/22 -