



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 242/20

Verkündet am:  
14. Oktober 2021  
Boppel,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 133 C, 157 D; UStG (2010, 2011) § 13b Abs. 5 Satz 2; UStG § 27  
Abs. 19

Die durch das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) veranlasste ergänzende Vertragsauslegung im Verhältnis des leistenden Bauunternehmers zum Leistungsempfänger (Bauträger) wird nicht dadurch beeinflusst, dass das Finanzamt unter etwaiger fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage zur Festsetzungsverjährung den Bauunternehmer als Steuer-schuldner heranzieht.

BGH, Urteil vom 14. Oktober 2021 - VII ZR 242/20 - OLG Stuttgart  
LG Heilbronn

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Dr. Kartzke sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher und Borris

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 1. Dezember 2020 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, das Land B. , macht aus abgetretenem Recht der W. GmbH & Co. KG als Rechtsnachfolgerin der W. GmbH & Co. KG (nachfolgend einheitlich Bauunternehmerin) einen Anspruch auf Zahlung von Restwerklohn in Höhe eines Umsatzsteuerbetrags von 181.918,58 € gegen die beklagte Bauträgerin geltend.
- 2 Die Bauunternehmerin erbrachte für die Beklagte auf der Grundlage eines Bauvertrags vom 14./17. Mai 2010 Rohbauarbeiten an einem Bauvorhaben in A. . Die von ihr in der Zeit von Dezember 2010 bis Mai 2011 gestellten Schlussrechnungen lauteten vereinbarungsgemäß auf Nettobeträge und enthielten jeweils den Zusatz, dass sich die Steuerschuld "nach § 13b UStG" richte. Die Beklagte zahlte die in Rechnung gestellten Nettobeträge an die Bauunternehme-

rin und führte insgesamt einen Betrag in Höhe von 181.918,58 € an das Finanzamt Ö. als Umsatzsteuer ab. Dies entsprach der Anwendung von § 13b UStG in der damaligen bundesweiten Praxis der Finanzverwaltung.

3 Mit Urteil vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) entschied der Bundesfinanzhof, dass § 13b Abs. 2 Satz 2 UStG 2005 [= § 13b Abs. 5 Satz 2 UStG 2010, § 13b Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 UStG 2011] entgegen der einschlägigen Umsatzsteuer-Richtlinie einschränkend dahin auszulegen sei, dass es für den Übergang der Steuerschuldnerschaft darauf ankomme, ob der Leistungsempfänger die an ihn erbrachte bauwerksbezogene Werklieferung oder sonstige Leistung selbst zur Erbringung einer derartigen Leistung verwende. Dies treffe auf Bauträger nicht zu, die die erbrachten Leistungen für die Bebauung eigener, zur Veräußerung vorgesehener Grundstücke verwendeten (BFH, Urteil vom 22. August 2013 - V R 37/10, BFHE 243, 20, juris Rn. 39 ff., 50 ff.).

4 Die Beklagte legte in den Jahren 2015 und 2016 jeweils "Einspruch" gegen ihre Jahresumsatzsteueranmeldungen für die Jahre 2010 und 2011 ein, den sie nicht näher begründete. Mit Schreiben vom 16. April 2018 und 15. Februar 2019 beantragte sie bei dem Finanzamt Ö. unter Hinweis auf das Urteil des Bundesfinanzhofs unter anderem die Erstattung der für die Bauleistungen der Bauunternehmerin in den Jahren 2010 und 2011 abgeführten Umsatzsteuerbeträge. Das Finanzamt Ö. zahlte der Beklagten die als Umsatzsteuer entrichteten Beträge zurück und unterrichtete in der Folge das für die Bauunternehmerin zuständige Finanzamt S. von diesem Vorgang.

5 Mit Schreiben vom 12. September 2019 setzte das Finanzamt S. die Bauunternehmerin von den Erstattungsanträgen der Beklagten in Kenntnis und teilte mit, dass sie die Umsatzsteuer für die ausgeführten Leistungen schulde. Unter dem 16. September 2019 stellte die Bauunternehmerin der Beklagten korrigierte Schlussrechnungen betreffend die ausgeführten Arbeiten unter Ausweis der Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 181.918,58 €. Ferner trat

sie mit Vertrag vom 17./20. September 2019 unter Bezugnahme auf § 27 Abs. 19 UStG ihre den korrigierten Schlussrechnungen zugrunde liegenden Ansprüche auf Restwerklohn gegen die Beklagte in Höhe der Umsatzsteuer an Erfüllung statt an den Kläger ab. Mit Änderungsbescheiden vom 10. Oktober 2019 setzte das Finanzamt S. gegen die Bauunternehmerin die Umsatzsteuer unter Berücksichtigung der in den korrigierten Schlussrechnungen enthaltenen Umsatzsteuerbeträge für die Jahre 2010 sowie 2011 fest. Die Änderungsbescheide sind bestandskräftig geworden.

6 Nachdem der Kläger die Beklagte zur Begleichung des abgetretenen Restwerklohnanspruchs in Höhe des Umsatzsteuerbetrags von 181.918,58 € aufgefordert hatte, zahlte diese vorgerichtlich den geforderten Betrag "unter Vorbehalt der Rückforderung und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz".

7 Die auf Vorbehaltloserklärung der Zahlung gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolgreich gewesen. Hiergegen richtet sich die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

#### I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in BauR 2021, 1324 ff. veröffentlicht ist, hat im Wesentlichen ausgeführt:

- 10 Die auf Vorbehaltloserklärung der erbrachten Zahlung gerichtete Klage sei zulässig, da die Beklagte die Zahlung unter einen erfüllungshindernden Vorbehalt gestellt habe.
- 11 Die Klage sei auch begründet. Dem Kläger stehe gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht der Bauunternehmerin ein Anspruch auf Restwerklohn in Höhe des Umsatzsteuerbetrags von 181.918,58 € zu.
- 12 Der wirksam an den Kläger abgetretene Restwerklohnanspruch der Bauunternehmerin gegen die Beklagte ergebe sich unter Zugrundelegung der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Die Beklagte und die Bauunternehmerin hätten bei Vertragsschluss einen um den Umsatzsteuerbetrag erhöhten Werklohn vereinbart, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, dass tatsächlich die Bauunternehmerin die Umsatzsteuer schulde und für diese aufgrund später gestellter Erstattungsanträge der Beklagten die Gefahr bestehe, die Umsatzsteuer abführen zu müssen. Diese Gefahr habe sich aufgrund der Einsprüche der Beklagten gegen die Jahresumsatzsteueranmeldungen der Jahre 2010 und 2011, der sodann in den Jahren 2018 und 2019 von ihr gestellten Erstattungsanträge sowie der bestandskräftig gewordenen Änderungsbescheide des Finanzamts gegenüber der Bauunternehmerin vom 10. Oktober 2019 verwirklicht.
- 13 Entgegen der Auffassung der Beklagten hätten die Parteien des Bauvertrags bei Vertragsschluss nicht vereinbart, dass ein um die Umsatzsteuer erhöhter Werklohn nur zu zahlen sei, wenn sich die Bauunternehmerin einem unverjährten Umsatzsteueranspruch des Klägers ausgesetzt sehe. Eine solche Vereinbarung sei nicht üblich. Vielmehr obliege die Regelung steuerrechtlicher Angelegenheiten üblicherweise jeder Vertragspartei selbst. Entsprechend komme ein etwaiger Vorteil der Verjährung einer Umsatzsteuerschuld grundsätzlich der Vertragspartei, die Steuerschuldner sei, und nicht ihrem Vertragspartner zugute.

14 Für das zivilrechtliche Verhältnis der Bauvertragsparteien und die Frage der ergänzenden Vertragsauslegung sei ohne Bedeutung, ob die gegen die Bauunternehmerin ergangenen Änderungsbescheide vom 10. Oktober 2019 wegen zwischenzeitlichen Ablaufs der Frist zur Festsetzung der Jahresumsatzsteuer nicht hätten ergehen dürfen; denn dies bedinge allenfalls die Rechtswidrigkeit der zwischenzeitlich bestandskräftigen Bescheide, führe aber nicht zu deren Unwirksamkeit. Der Umstand, dass die Bauunternehmerin sich gegebenenfalls gegen ihre steuerliche Inanspruchnahme hätte wehren können, hindere die Annahme einer regelungsbedürftigen Vertragslücke nicht. Denn zu einem solchen Vorgehen sei die Bauunternehmerin weder nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB noch nach § 242 BGB gehalten gewesen. Ob die gegen sie geltend gemachten Umsatzsteueransprüche verjährt gewesen seien, hänge davon ab, ob die Festsetzungsfrist für diese Ansprüche im Hinblick auf die von der Beklagten gestellten Erstattungsanträge gemäß § 171 Abs. 14 AO gehemmt gewesen sei. Dies sei in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung umstritten und höchststrichterlich bisher nicht geklärt. Angesichts dessen habe es die Bauunternehmerin nicht auf einen Prozess mit dem Kläger ankommen lassen müssen. Darüber hinaus sei es nicht als treuwidrig zu bewerten, wenn sie nicht daran mitwirke, der Beklagten einen nach materiellem Recht unberechtigten Vorteil zu Lasten der Staatskasse zu sichern.

15 Der Anspruch sei nicht verjährt, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.

16 Auch die weiteren Einwendungen der Beklagten seien unerheblich. So könne sie dem Kläger insbesondere nicht entgegenhalten, rechtswidrige Steuerbescheide erlassen zu haben. Zwar sei nicht zu verkennen, dass der Bauunternehmer aufgrund der in § 27 Abs. 19 Satz 4 UStG geregelten Abtretungsmöglichkeit an Erfüllung statt regelmäßig kein Interesse an einer Anfechtung der gegen ihn erlassenen Änderungsbescheide habe und dem Bauträger die rechtliche Befugnis hierfür fehle. Der Bauträger habe es jedoch in der Hand, nach Stellung eines Erstattungsantrags darauf hinzuwirken, dass sich der Bauunternehmer mit

seiner Hilfe gegen die geänderte Steuerfestsetzung zur Wehr setze. Dies wäre auch der Beklagten möglich gewesen.

II.

17 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung durch den Senat im Ergebnis stand.

18 1. Die auf Vorbehaltloserklärung der Zahlung in Höhe von 181.918,58 € gerichtete Klage ist zulässig.

19 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei einer Leistung unter Vorbehalt zu unterscheiden: Will der Schuldner nur dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entgegentreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offenhalten, das Geleistete nach § 812 BGB zurückzufordern, so stellt dies die Ordnungsmäßigkeit der Erfüllung der Verbindlichkeit im Sinne von § 362 BGB nicht in Frage. Leistet der Schuldner dagegen in der Weise unter Vorbehalt, dass den Leistungsempfänger in einem späteren Rückforderungsstreit die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs treffen soll, lässt dieser Vorbehalt die Schuldtilgung in der Schwebe und schließt die Erfüllung nach § 362 BGB aus (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2006 - LwZR 6/05 Rn. 19 m.w.N., NJW 2007, 1269).

20 Erklärt der Schuldner vorgerichtlich im Zuge der Leistungserbringung einen solchen erfüllungshindernden Vorbehalt, kann der Gläubiger die Leistung zurückweisen und den Schuldner klageweise auf Leistung in Anspruch nehmen (BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - IVb ZR 51/87, NJW 1989, 161, juris Rn. 22; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. März 2012 - IX ZR 35/11 Rn. 7 ff., NJW 2012, 1717 - zur angebotenen Zahlung auf ein für vorläufig vollstreckbares Urteil). Der Gläubiger hat jedoch auch die Möglichkeit, die unter einen solchen Vorbehalt gestellte

Leistung entgegenzunehmen und die Klage gegen den Schuldner auf Vorbehaltloserklärung der betreffenden Leistung zu beschränken. Sofern der Schuldner bei Bewirkung einer an sich erfüllungsgerechten Leistung von der rechtlichen Möglichkeit Gebrauch macht, durch Erklärung eines Vorbehalts zu bestimmen, dass die Leistung keine Erfüllungswirkung haben soll (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14. Juli 1972 - V ZR 176/70, MDR 1972, 938, juris Rn. 8; MünchKommBGB/Fetzer, 8. Aufl., § 362 Rn. 13), umfasst der Leistungsanspruch des Gläubigers die Abgabe einer Erklärung, die die Erfüllungswirkung gemäß § 362 Abs. 1 BGB herbeiführt. Dieser Anspruch kann klageweise geltend gemacht werden.

21            b) Nach diesen Maßstäben ist die Klage zulässig. Das Berufungsgericht hat den anlässlich der Zahlung erklärten Vorbehalt der Beklagten dahin ausgelegt, dass die Zahlung nur unter der Voraussetzung des Bestehens des Anspruchs erfolge und damit keine Verschlechterung ihrer Rechtsposition in dem sich abzeichnenden Rechtsstreit verbunden sein solle. Es hat dem Vorbehalt damit eine erfüllungshindernde Wirkung beigemessen. Beachtliche Fehler sind insoweit nicht erkennbar und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

22            2. Die Klage ist begründet. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Kläger aus abgetretenem Recht der Bauunternehmerin Zahlung restlichen Werklohns in Höhe des Umsatzsteuerbetrags von 181.918,58 € von der Beklagten verlangen kann.

23            a) Der Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns ergibt sich aufgrund ergänzender Auslegung des zwischen der Bauunternehmerin und der Beklagten geschlossenen Bauvertrags gemäß §§ 133, 157 BGB.

24            aa) Der Senat hat bereits entschieden, dass einem Bauunternehmer bei einem vor dem Erlass des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) abgeschlossenen Bauvertrag mit einem Bauträger aufgrund ergänzender Vertragsauslegung ein Anspruch auf Zahlung von Rest-

werklohn in Höhe des Umsatzsteuerbetrags gegen seinen Vertragspartner zusteht, wenn beide Vertragsparteien übereinstimmend von der Steuerschuldnerschaft des Bauträgers gemäß § 13b UStG a.F. (vorliegend: § 13b Abs. 5 Satz 2 UStG 2010 sowie § 13b Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 UStG 2011) ausgegangen sind, der Bauträger die auf die erbrachten Leistungen des Bauunternehmers entfallende Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt hat und wegen eines Erstattungsverlangens des Bauträgers für den Bauunternehmer die Gefahr entsteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner gemäß § 27 Abs. 19 UStG die Umsatzsteuer abführen zu müssen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 204/18 Rn. 14, BauR 2020, 1771 = NZBau 2020, 637; Urteil vom 10. Januar 2019 - VII ZR 6/18 Rn. 22, NZBau 2019, 242; Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 18 ff., BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524).

25           bb) Diese Rechtsprechungsgrundsätze, an denen der Senat festhält, gelten auch im Streitfall und führen zu dem von dem Berufungsgericht gefundenen Ergebnis.

26           (1) Der Senat kann die ergänzende Vertragsauslegung des Berufungsgerichts uneingeschränkt überprüfen, da es sich bei dem in Rede stehenden Vertrag um eine typische Vertragsgestaltung handelt, die über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus regelmäßig mit gleichförmigem Inhalt im geschäftlichen Verkehr verwendet wird (BGH, Urteil vom 16. Juli 2020 - VII ZR 204/18 Rn. 17, BauR 2020, 1771 = NZBau 2020, 637; Urteil vom 10. Januar 2019 - VII ZR 6/18 Rn. 24, NZBau 2019, 242; Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 19 ff., BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524).

27           (2) Die Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung sind erfüllt. Die Interessenlage der Parteien des Bauvertrags im Streitfall ist mit derjenigen vergleichbar, die der Entscheidung des Senats vom 17. Mai 2018 (VII ZR 157/17, BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524) zugrunde lag. Die Beklagte und die Bauunternehmerin haben bei Vertragsschluss übereinstimmend angenommen, dass

die Beklagte entsprechend der früheren Praxis der Finanzverwaltung die Umsatzsteuer für die ausgeführten Leistungen schulde. Ihr übereinstimmendes Verständnis war, dass die auf die Bauleistungen entfallende Umsatzsteuer von der Beklagten getragen werden sollte, sie also als Leistungsempfängerin den Bruttobetrag zu zahlen habe. Dementsprechend hat die Bauunternehmerin ihre Leistungen gegenüber der Beklagten gemäß der Vereinbarung im Bauvertrag unter Hinweis auf § 13b UStG netto abgerechnet und Letztere die Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt. Das übereinstimmende Verständnis der Vertragsparteien hat sich mit Erlass des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) als unzutreffend herausgestellt. Die Vertragsparteien haben keine Regelung für den Fall getroffen, dass für die Bauunternehmerin die Gefahr entsteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldnerin die Umsatzsteuer selbst entrichten zu müssen. Diese Gefahr ist auch im Streitfall aufgrund des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20), der in der Folge geänderten Verwaltungspraxis und des Umstands, dass die Beklagte Erstattungsanträge gestellt hat, entstanden.

28 (3) Entgegen der Auffassung der Revision ist eine zur ergänzenden Vertragsauslegung führende planwidrige Regelungslücke nicht deshalb zu verneinen, weil wegen etwa eingetretener Festsetzungsverjährung im Verhältnis zur Bauunternehmerin keine Befugnis des Finanzamts gemäß § 27 Abs. 19 UStG bestanden habe, diese als Steuerschuldnerin heranzuziehen und die Änderungsbescheide vom 10. Oktober 2019 zu erlassen.

29 Dabei kann offen bleiben, ob im Streitfall Festsetzungsverjährung gegenüber der Bauunternehmerin eingetreten ist. Denn nach der Rechtsprechung des Senats genügt es für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke, dass für den Bauunternehmer die Gefahr besteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner die Umsatzsteuer selbst entrichten zu müssen. Diese Gefahr besteht indes auch dann, wenn das Finanzamt unter etwaiger fehlerhafter Beurteilung

der Rechtslage zur Festsetzungsverjährung den Bauunternehmer auf der Grundlage des § 27 Abs. 19 UStG als Steuerschuldner in Anspruch nimmt, weil der Bauträger hinsichtlich der von ihm abgeführten Umsatzsteuer einen Erstattungsantrag gestellt hat. Danach kann vorliegend eine Gefahr für die Bauunternehmerin, als Steuerschuldnerin herangezogen zu werden und die Umsatzsteuer entrichten zu müssen, nicht verneint werden. Die Gefahr hat sich - wie der Streitfall zeigt - verwirklicht, da die Beklagte Erstattung der von ihr abgeführten Umsatzsteuer beantragt, das für die Bauunternehmerin zuständige Finanzamt diese sodann mit Schreiben vom 12. September 2019 über ihre Steuerschuldnerschaft informiert und mit inzwischen bestandskräftig gewordenen Änderungsbescheiden vom 10. Oktober 2019 die Umsatzsteuer für die Jahre 2010 und 2011 im Umfang der von der Beklagten geltend gemachten Erstattungsbeträge gegen sie festgesetzt hat. Eine etwaige Rechtswidrigkeit der Änderungsbescheide aufgrund eingetretener Festsetzungsverjährung lässt die für die Bauunternehmerin bestehende Gefahr nicht entfallen. Denn hierdurch wird allenfalls die Anfechtbarkeit der Änderungsbescheide, nicht jedoch deren Nichtigkeit begründet (vgl. BFH, Urteil vom 3. März 2011 - III R 45/08, BFHE 233, 6, juris Rn. 11; Beschluss vom 6. Mai 1994 - V B 28/94, BFH/NV 1995, 275, juris Rn. 4), so dass die Bauunternehmerin auf dieser Grundlage als Steuerschuldnerin herangezogen werden kann.

30 (4) Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet - anders als die Revision meint - auch nicht deswegen aus, weil im Streitfall theoretisch verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen.

31 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung der hypothetische Parteiwille Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts, so dass darauf abzustellen ist, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner bei Vertragsschluss vereinbart hätten, wenn sie den

nicht geregelten Fall bedacht hätten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 30 m.w.N., BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524). Das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung zielt nicht darauf ab, die Regelung nachzuzeichnen, die die Parteien bei Berücksichtigung des nicht bedachten Falls tatsächlich getroffen hätten, sondern ist auf einen beiderseitigen Interessenausgleich gerichtet, der aus einer objektiv-generalisierenden Sicht dem hypothetischen Parteiwillen beider Parteien Rechnung trägt. Maßgebend ist damit bei einer Bandbreite möglicher Varianten diejenige Gestaltungsmöglichkeit, die die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise ausgewählt hätten. Dementsprechend ist eine ergänzende Vertragsauslegung im Falle des Bestehens mehrerer Auslegungsmöglichkeiten nur dann ausgeschlossen, wenn sich anhand der getroffenen Regelungen und Wertungen sowie aufgrund des Sinns und Zwecks des Vertrags keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen - an den beschriebenen Maßstäben ausgerichteten - hypothetischen Parteiwillen ergeben (st. Rspr.; vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 360/18 Rn. 39 m.w.N., NJW-RR 2020, 1066). Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor.

32 (5) Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung dieser Grundsätze den hypothetischen Parteiwillen zutreffend ermittelt und zu Recht angenommen, die ergänzende Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB führe zu dem Ergebnis, dass die Bauunternehmerin einen Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe des Umsatzsteuerbetrags habe.

33 Es ist nicht ersichtlich, dass redliche Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer wechselseitigen Interessen im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses etwas anderes vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass die Heranziehung der Bauunternehmerin als Steuerschuldnerin wegen etwa eingetretener Festsetzungsverjährung rechtswidrig sein könnte. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage der Parteien des Bauvertrags nicht maßgeblich

von derjenigen, die der Entscheidung des Senats vom 17. Mai 2018 (VII ZR 157/17, BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524) zugrunde lag.

34           Schutzwürdige Interessen der Beklagten stehen diesem Auslegungsergebnis nicht entgegen. Die Beklagte hat mit den von ihr - nach vorheriger Einspruchseinlegung - gestellten Erstattungsanträgen vom 16. April 2018 und 15. Februar 2019 die Gefahr der Heranziehung der Bauunternehmerin als Steuerschuldnerin begründet. Hieran ändert, wie ausgeführt, eine etwaige Festsetzungsverjährung im Verhältnis des Fiskus zur Bauunternehmerin nichts. Aus den Vereinbarungen der Vertragsparteien im Bauvertrag ergibt sich, dass die Umsatzsteuer wirtschaftlich von der Beklagten getragen werden sollte. Für die Beklagte hätte bei ordnungsgemäßer steuerrechtlicher Abwicklung des Bauvertrags keine Möglichkeit bestanden, die Leistungen der Bauunternehmerin ohne umsatzsteuerrechtliche Belastung entgegenzunehmen (vgl. BFH, Urteil vom 23. Februar 2017 - V R 16, 24/16, BFHE 257, 177, juris Rn. 57). Ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an einem umsatzsteuerrechtlich unbelasteten Leistungsbezug ist unter Berücksichtigung der Gesamtinteressenlage der Vertragsparteien nicht erkennbar.

35           Danach kann - anders als die Revision meint - insbesondere ausgeschlossen werden, dass redliche Vertragsparteien der Bauunternehmerin einen Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe des Umsatzsteuerbetrags von vornherein versagt hätten, wenn sie bei Vertragsschluss eine mögliche Festsetzungsverjährung im Verhältnis des Fiskus zur Bauunternehmerin bedacht hätten. Denn hierdurch würde die Gefahr der Inanspruchnahme als Steuerschuldnerin - entgegen den sich aus dem Vertrag ergebenden Wertungen - allein der Bauunternehmerin aufgebürdet, obwohl schutzwürdige Interessen der Beklagten an einer solchen Gestaltung nicht erkennbar sind.

- 36            Ebenso kann ausgeschlossen werden, dass redliche Vertragsparteien den Restwerklohnanspruch von einer durch die Bauunternehmerin zu veranlassenden vorherigen Klärung des Eintritts der Festsetzungsverjährung im Rechtsmittelweg abhängig gemacht hätten. Auch mit einer solchen Vertragsgestaltung würden einseitig die Belange der Beklagten in den Vordergrund gestellt, während die Gesamtinteressenlage der Vertragsparteien unberücksichtigt bliebe. So ist es bei angemessener Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht gerechtfertigt, der Bauunternehmerin zuzumuten, das Risiko einer Klärung des Eintritts der Festsetzungsverjährung im Rechtsmittelweg auf eigene Kosten zu übernehmen, um letztlich der Beklagten den sich hieraus gegebenenfalls ergebenden wirtschaftlichen Vorteil eines umsatzsteuerrechtlich unbelasteten Leistungsbezugs zu sichern (vgl. auch BSG, Urteil vom 17. Juli 2008 - B 3 KR 18/07 R, BSGE 101, 137, juris Rn. 15). Die Überbürdung eines solchen Risikos auf eine Vertragspartei, um der anderen Vertragspartei einen ihr nicht vom Vertragszweck gedeckten Vorteil zukommen zu lassen, entspricht nicht der Redlichkeit.
- 37            b) Der Kläger ist aufgrund des mit der Bauunternehmerin geschlossenen Abtretungsvertrags vom 17./20. September 2019 Inhaber des Anspruchs auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe des Umsatzsteuerbetrags von 181.918,58 € geworden, § 398 BGB.
- 38            Ohne Erfolg wendet die Revision hiergegen ein, die Abtretung sei ins Leere gegangen, weil der Anspruch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst mit Bestandskraft der gegen die Bauunternehmerin ergangenen Änderungsbescheide vom 10. Oktober 2019 und damit nach Abschluss des Abtretungsvertrags entstanden sei.
- 39            Der Anspruch des Bauunternehmers auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe des Umsatzsteuerbetrags aufgrund ergänzender Vertragsauslegung entsteht nach der Rechtsprechung des Senats mit Eintritt der Gefahr, wegen der

Heranziehung als Steuerschuldner Umsatzsteuer abführen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 - VII ZR 6/18 Rn. 29, NZBau 2019, 242; Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 38, BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524). Das Entstehen des Anspruchs setzt dagegen nicht voraus, dass sich die Gefahr aufgrund bestandskräftiger Festsetzung der Umsatzsteuer gegenüber dem Bauunternehmer bereits endgültig realisiert hat. Die Gefahr ist danach nicht erst mit Eintritt der Bestandskraft der an die Bauunternehmerin gerichteten Änderungsbescheide eingetreten, sondern bereits in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte ihren Antrag auf Erstattung der Umsatzsteuer für die von der Bauunternehmerin ausgeführten Leistungen gestellt und damit für diese die Gefahr der Heranziehung als Steuerschuldnerin begründet hat. Eine anderslautende Feststellung ist dem Urteil des Berufungsgerichts - anders als die Revision meint - nicht zu entnehmen.

40 c) Der Anspruch ist nicht verjährt. Die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts stehen im Einklang mit der Senatsrechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 38, BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524) und werden von der Revision nicht beanstandet.

41 d) Die Beklagte kann dem Kläger nicht nach § 404 BGB entgegengehalten, dass die Bauunternehmerin sich treuwidrig nicht gegen ihre umsatzsteuerrechtliche Inanspruchnahme gemäß § 27 Abs. 19 UStG zur Wehr gesetzt habe. Denn die unterlassene Rechtsverteidigung stellt sich, wie oben (II. 2. a) bb) (5)) aufgezeigt, nicht als treuwidriges Verhalten der Bauunternehmerin zum Nachteil der Beklagten dar.

42 e) Schließlich kann die Beklagte entgegen der Auffassung der Revision auch nicht einwenden, die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs durch den Kläger sei rechtsmissbräuchlich gemäß § 242 BGB, weil der Kläger diese Rechtsposition unredlich erworben habe, indem er die Bauunternehmerin trotz

eingetretener Festsetzungsverjährung als Steuerschuldnerin herangezogen und auf diese Weise den abgetretenen Anspruch erwirkt habe.

43           Allerdings kann auch die Ausübung eines abgetretenen Rechts gerade durch den Abtretungsempfänger rechtsmissbräuchlich gemäß § 242 BGB sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Abtretungsempfänger durch die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs gegen den Schuldner Treu und Glauben verletzt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - IX ZR 97/99, BGHZ 151, 236, juris Rn. 23; Urteil vom 15. März 2001 - IX ZR 273/98, NJW 2001, 1859, juris Rn. 48). Dabei führt indes nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 140/08 Rn. 21 m.w.N., NJW 2010, 289).

44           Im Streitfall sind keine Umstände festgestellt oder erkennbar, die die Annahme eines zielgerichteten treuwidrigen Verhaltens des Klägers tragen könnten. Die etwaige fehlerhafte Beurteilung der Rechtslage durch den Kläger allein genügt hierfür nicht. Anhaltspunkte für ein objektiv unter keinem Gesichtspunkt mehr vertretbares, willkürliches Verhalten im Zeitpunkt der Änderungsbescheide vom 10. Oktober 2019 sind nicht erkennbar.

45           Lässt sich - wie hier - ein zielgerichtetes treuwidriges Verhalten nicht feststellen, so muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 - IV ZR 140/08 Rn. 21 m.w.N., NJW 2010, 289). Danach kann die Beklagte den Einwand des Rechtsmissbrauchs gegenüber dem Kläger nicht erheben, zumal sie durch die Einlegung ihrer nicht mit einer Begründung versehenen Einsprüche und durch die erst in den Jahren 2018 und 2019 gestellten Erstattungsanträge objektiv selbst zu der zeitverzögerten Heranziehung der Bauunternehmerin und damit zu ihrer eigenen zeitverzögerten Inanspruchnahme aufgrund des abgetretenen Anspruchs beigetragen hat. Ein

schutzwürdiges Interesse der Beklagten, den abgetretenen Restwerklohnanspruch in Höhe des Umsatzsteuerbetrags nicht zahlen zu müssen, besteht mithin auch unter diesem Gesichtspunkt nicht.

III.

46 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Pamp

Kartzke

Graßnack

Sacher

Borris

Vorinstanzen:

LG Heilbronn, Entscheidung vom 25.03.2020 - 10 O 224/19 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 01.12.2020 - 10 U 211/20 -