



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 150/22

vom

15. März 2023

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. März 2023 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Sacher

beschlossen:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. Juni 2022 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 11. August 2022 wird als unzulässig verworfen, soweit sie sich gegen die Abweisung des Stillstandskosten (abgerechnet in der Schlussrechnung vom 18. August 2014 unter Position 01 der Zusatzleistungen) betreffenden Klageantrags in Höhe von 4.636,24 € nebst Zinsen wendet.

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat im Übrigen beabsichtigt, die Revision der Klägerin gegen das vorstehend genannte Berufungsurteil durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit, zum Hinweis auf das beabsichtigte Vorgehen gemäß § 552a Satz 1 ZPO binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 26.738,46 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche aus einem von der Beklagten als Auftragnehmerin gekündigten Vertrag über Fassadenarbeiten. In der Revisionsinstanz geht es nur noch um mit der Klage geltend gemachte Ansprüche.

2 Die Klägerin ist ein im Bereich von Anstreich- und Fassadenreinigungsarbeiten tätiges Unternehmen mit ca. 40 Mitarbeitern und einem durchschnittlichen Jahresumsatz von ca. 4 Mio. €. Im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs bewirbt sie sich kontinuierlich um nahezu alle ausgeschriebenen Aufträge und nimmt auch Aufträge entgegen, die ihre jeweiligen eigenen Leistungskapazitäten übersteigen. Dabei verschiebt die Klägerin ihr Personal regelmäßig zwischen den einzelnen Baustellen und Aufträgen.

3 Die Beklagte erteilte mit Vertrag vom 3. März 2014 den Auftrag zum Gesamtbrutto-Preis von 39.735,89 € aufgrund eines Angebots der Klägerin, dem das Leistungsverzeichnis der Beklagten zugrunde lag. Die Parteien vereinbarten eine Leistung aufgrund von Einheitspreisen. Die Geltung der VOB/B (2012) wurde - wie außer Streit steht - vereinbart. Nach Vertragsabschluss kam es zu mehreren Vertragsänderungen.

4 Die beauftragte Fassadenreinigung sollte die Grundlage für eine anschließende Fassadensanierung schaffen. Zwischen den Parteien kam es zum Streit über die Art der Reinigung. Im Zuge dieser Auseinandersetzung kündigte die Beklagte den Vertrag mit Schreiben vom 24. Juni 2014.

5 Nach der Vertragskündigung setzte die Klägerin ihr Personal auf anderen
Baustellen ein. Weder entließ sie Personal noch versetzte sie dieses in Kurzar-
beit. Leerläufe in ihrem Unternehmen entstanden ihr nicht.

6 Die Klägerin legte unter dem 18. August 2014 Schlussrechnung auf der
Basis des Vertrags einschließlich der erfolgten Vertragsänderungen unter Be-
rücksichtigung einer Abschlagszahlung in Höhe von 1.084,83 €.

7 Mit der Klage hat die Klägerin erstinstanzlich zuletzt beantragt, die Be-
klagte zur Zahlung von 38.913,40 € nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte hat
widerklagend Mehrkosten geltend gemacht.

8 Das Landgericht hat auf die Klage eine restliche Vergütung für erbrachte
Leistungen in Höhe von 3.428,09 € nebst Zinsen ausgeteilt. Im Übrigen hat es
die Klage und die Widerklage abgewiesen.

9 Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

10 Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Klägerin unter Zurückwei-
sung dieses Rechtsmittels im Übrigen die Beklagte unter Abänderung des land-
gerichtlichen Urteils verurteilt, an die Klägerin 4.903,16 € zuzüglich Zinsen zu
zahlen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

11 Das Berufungsgericht hat im Tenor seines Urteils "die Revision der Kläge-
rin gegen dieses Urteil hinsichtlich eines Betrages von 22.054,36 € als ersparte
Aufwendung" zugelassen. In den Gründen hat das Berufungsgericht hierzu aus-
geführt, die Revision werde in beschränktem Umfang zugelassen, weil die Frage
des Umfangs der sekundären Darlegungslast für den anderweitigen Erwerb in
Fällen wie diesem höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt sei.

12 Mit der Revision begehrt die Klägerin über den bereits vom Landgericht ausgerichteten Betrag hinaus die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 26.738,46 € nebst Zinsen, wobei sich dieser Hauptsachebetrag aus Nachtragskosten wegen Stillstands (abgerechnet in der Schlussrechnung vom 18. August 2014 unter Position 01 der Zusatzleistungen) in Höhe von 4.636,24 € sowie aus restlicher Vergütung für nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 22.102,22 € zusammensetzt.

II.

13 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in BauR 2023, 98 veröffentlicht ist (OLG Dresden, Urteil vom 29. Juni 2022 - 22 U 1689/20), hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

14 Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Restwerklohnanspruch aus dem gekündigten Werkvertrag in Höhe von 5.987,99 €. Von diesem Gesamtbetrag sei die von der Beklagten geleistete Zahlung in Höhe von 1.084,83 € abziehen.

15 Zwischen den Parteien habe - wie außer Streit stehe - ein VOB/B-Vertrag bestanden, der durch Kündigung der Beklagten beendet und in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt worden sei.

16 Bei der Kündigung der Beklagten habe es sich um eine ordentliche Kündigung gehandelt, die dem Auftraggeber nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B jederzeit möglich sei, aber nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/B den Anspruch auf die Vergütung unberührt lasse.

17 Den Anforderungen an die Abrechnung der Vergütung im Falle einer Kündigung nach § 649 Satz 2 BGB a.F. werde die gelegte Rechnung gerecht. Aus ihr ergebe sich - dies stehe zwischen den Parteien außer Streit -, dass die Klägerin die abgerechneten Leistungen mit Ausnahme der Position "Zusatzleistung Pos. 03", bei der es sich um den geltend gemachten Werklohn für die nicht erbrachten Leistungen handele, erbracht habe. Es sei unter den Parteien lediglich hinsichtlich einzelner Positionen streitig, inwieweit der Klägerin der von ihr hierfür begehrte Lohn gebühre.

18 Im Streitfall erübrige sich die nach der Rechtsprechung grundsätzlich erforderliche Bildung des Preisverhältnisses zwischen erbrachter und nicht erbrachter Leistung.

19 Die Klägerin könne als Werklohn für erbrachte Leistungen 4.513,40 € brutto verlangen.

20 Für nicht erbrachte Leistungen stehe ihr nur eine Vergütung in Höhe von 1.474,59 € aufgrund der Pauschale gemäß § 649 Satz 3 BGB a.F. zu.

21 Die vereinbarte Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen betrage 27.969,30 € zuzüglich 1.522,45 € als Preis des nicht erbrachten Teils von Position 2.02.001. Der Betrag von 27.969,30 € stehe zwischen den Parteien außer Streit.

22 Diese Vergütung könne die Klägerin jedoch von der Beklagten nicht verlangen, denn sie müsse sich unter anderem anrechnen lassen, was sie durch den anderweitigen Einsatz ihrer Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen habe (§ 649 Satz 2 BGB a.F. i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 VOB/B).

23 Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich, dass sie zum vereinbarten Leistungszeitraum betrieblich unterschiedlich stark ausgelastet gewesen sei. Sie

habe zuletzt vorgetragen, dass ihr Unternehmen mit einem wöchentlichen Umsatz von 67.200 € kalkuliere, die tatsächlichen Umsätze - ohne Einfluss des streitgegenständlichen Auftrags - aber zwischen 46.000 € und 92.000 € geschwankt hätten. Sie habe weiter vorgetragen, dass sie ihre Arbeitskräfte und ihre Ausrüstung zwar zur Bearbeitung bestimmter anderer Aufträge eingesetzt habe, diese dadurch aber nicht schneller fertiggestellt worden seien. Sie habe außerdem vorgetragen, dass sie darüber hinaus parallel an der Erledigung von mehr als zehn weiteren Aufträgen gearbeitet habe, aber keine Angaben dazu gemacht, ob der Einsatz von Arbeitskräften und Ausrüstung auch bei einem der weiteren, von ihr bearbeiteten Aufträge wirtschaftlich ebenso folgenlos geblieben wäre. Auftragslücken und Stillstände seien ihr gleichwohl weder im Zeitpunkt der Kündigung noch während der vorgesehenen Dauer der Vertragserfüllung noch innerhalb eines überschaubaren Zeitraums danach entstanden.

24 Damit habe sie einen Sachverhalt vorgetragen, nach dem die Kündigung des Vertrags ihr in der Gesamtbetrachtung keine Schäden verursacht habe, denn freigewordene Kapazitäten habe sie gewinnbringend nutzen können; zumindest müsse sie sich so behandeln lassen.

25 Unabhängig hiervon und das Ergebnis auch selbständig tragend, genügten die Darlegungen der Klägerin nicht den Anforderungen der sekundären Darlegungslast des Unternehmers im Rahmen von § 649 Satz 2 BGB a.F.. Auch nach mehreren Hinweisen des Berufungsgerichts fehle es an hinreichend substantiiertem Vortrag zum Ersatzerwerb. Anknüpfungstatsachen, die es dem Berufungsgericht ermöglichten, den angebotenen Sachverständigenbeweis einzuholen, lägen nicht vor. Hierfür wäre konkreter Vortrag dazu erforderlich gewesen, warum der Personaleinsatz bei keinem der Aufträge wirtschaftlich gewesen wäre.

26 Die Klägerin könne deshalb lediglich nach § 649 Satz 3 BGB a.F. 5 % der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen verlangen. Dies seien 1.474,59 €.

27 Die Widerklage der Beklagten habe keinen Erfolg.

III.

28 Die Revision ist als unzulässig zu verwerfen (§ 552 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 ZPO), soweit sie sich gegen die Abweisung des Stillstandskosten (abgerechnet in der Schlussrechnung vom 18. August 2014 unter Position 01 der Zusatzleistungen) betreffenden Klageantrags in Höhe von 4.636,24 € nebst Zinsen wendet.

29 1. Die gebotene Auslegung der Entscheidung des Berufungsgerichts unter Berücksichtigung von Ziffer 5 des Tenors des Berufungsurteils sowie der Ausführungen in den Gründen auf Seite 22 unter V. ergibt, dass das Berufungsgericht die Revision - zugunsten der Klägerin - beschränkt auf den allein verbleibenden Betrag zugelassen hat, der der geltend gemachten Vergütung für sämtliche nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ausgeteilten Pauschale entspricht. Die Angabe des Betrags von 22.054,36 € in Ziffer 5 des Tenors des Berufungsurteils ist nach dem Gesamtzusammenhang - entgegen der Auffassung der Revision - nicht dahin zu verstehen, dass das Berufungsgericht einzelne Positionen der Schlussrechnung vom 18. August 2014, die für die Bestimmung der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen relevant sind, etwa die Position 2.02, bei der Zulassungsentscheidung ausklammern wollte. Hiergegen sprechen insbesondere die Ausführungen des Berufungsgerichts auf Seite 22 des Berufungsurteils unter V., in denen als Grund für die beschränkte Zulassung der Revision zugun-

ten der Klägerin angeführt wird, die Frage des Umfangs der sekundären Darlegungslast für den anderweitigen Erwerb in Fällen wie dem vorliegenden sei höchststrichterlich noch nicht abschließend geklärt. Der betreffende, aus der Sicht des Berufungsgerichts gegebene Klärungsbedarf erstreckt sich - soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist - auf die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen insgesamt. Der von der Revision geltend gemachte potenzielle Widerspruch bei der Behandlung verschiedener, je für die Bestimmung der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen relevanter Positionen kann deshalb nicht eintreten.

30 2. Die Beschränkung der Zulassung der Revision ist wirksam.

31 a) Zwar ist eine Revisionszulassung hinsichtlich einer bestimmten Rechtsfrage unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision aber auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2021 - VII ZR 176/20 Rn. 3, NZBau 2022, 150; Urteil vom 10. Juni 2021 - VII ZR 157/20 Rn. 13, BauR 2022,102 = NZBau 2021, 725; Urteil vom 24. Juni 2014 - VI ZR 560/13 Rn. 18, VersR 2014, 1095; jeweils m.w.N.).

32 b) Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Klägerin könnte bei umfassend erfolgter Zulassung der Revision das Rechtsmittel auf den Betrag beschränken, der der Vergütung für sämtliche nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ausgeteilten Pauschale entspricht. Denn hierbei handelt es sich um einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs. Zwar stellen die einzelnen Positionen der Schlussrechnung - darunter solche betreffend die Vergütung

für nicht erbrachte Leistungen - grundsätzlich nur unselbständige Rechnungs-
posten in Bezug auf den Schlussrechnungssaldo dar (vgl. BGH, Urteil vom
13. März 2003 - VII ZR 418/01, BauR 2003, 1074, juris Rn.10; Urteil vom
23. Januar 2003 - VII ZR 10/01, BauR 2003, 536 = NZBau 2003, 376, juris Rn. 12;
Urteil vom 22. Oktober 1998 - VII ZR 167/97, BauR 1999, 251, juris Rn. 10; vgl.
ferner BGH, Urteil vom 2. September 2021 - VII ZR 124/20 Rn. 27, BauR 2022,
142 = NZBau 2022, 20). Dessen ungeachtet wäre die Klägerin bei umfassender
Zulassung der Revision nicht gehindert, mit dem Rechtsmittel nur noch die Ver-
gütung für sämtliche nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ausgerichteten
Pauschale weiterzuverfolgen. Bei diesem Betrag handelte es sich dann um den
allein noch offenstehenden Betrag in Bezug auf die Schlussrechnung und damit
um einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs (vgl.
BGH, Urteil vom 2. September 2021 - VII ZR 124/20 Rn. 30, BauR 2022, 142
= NZBau 2022, 20, zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage bei einem allein
noch offenstehenden Vergütungsanspruch nach einem Vergleich der Parteien
über alle anderen Positionen einer Schlussrechnung).

IV.

33 Soweit die Revision hiernach - beschränkt - zugelassen ist, ist sie nach
§ 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

34 1. Auf das Schuldverhältnis im Streitfall ist das Bürgerliche Gesetzbuch in
der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum
31. Dezember 2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1,
§ 39 EGBGB.

35 2. Ein Zulassungsgrund liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2
Satz 1 ZPO).

36 a) Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung.

37 Grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO
hat eine Rechtssache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürf-
tige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Viel-
zahl von Fällen stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemein-
heit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (vgl.
BGH, Beschluss vom 1. Juni 2016 - IV ZR 507/15 Rn. 5 m.w.N., VersR 2016,
1236). Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie vom Bundesge-
richtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten un-
terschiedlich beantwortet wird oder in den beteiligten Verkehrskreisen umstritten
ist oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen dazu vertreten werden
(vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2022 - IV ZR 305/21 Rn. 5 m.w.N.,
VersR 2022, 1507).

38 Mit der vom Berufungsgericht für die Zulassung der Revision gegebenen
Begründung, die Frage des Umfangs der sekundären Darlegungslast für den an-
derweitigen Erwerb in Fällen wie diesem sei höchstrichterlich noch nicht abschlie-
ßend geklärt, wird eine Grundsatzbedeutung nicht aufgezeigt. Es ist weder dar-
getan noch sonst ersichtlich, dass in einem Fall wie dem vorliegenden Streit über
den Umfang der Darlegungslast des Unternehmers besteht. Die Grundsätze der
Darlegungslastverteilung bezüglich eines anderweitigen Erwerbs im Sinne des
§ 649 Satz 2 BGB, dem § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B entspricht (vgl. BGH, Versäum-
nisurteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 218/02, BGHZ 156, 82, juris Rn. 18), sind
vielmehr in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich geklärt
(vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14 Rn. 28 f., BauR 2015, 660

= NZBau 2015, 226; Urteil vom 28. September 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17), wobei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 277/97, BGHZ 140, 263, juris Rn. 15) nicht schematisch festgelegt werden kann, was vom Unternehmer im Einzelfall darzulegen ist; es ist vielmehr darauf abzustellen, inwieweit für den konkreten Streitfall Darlegungen erforderlich sind, um dem Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung zu ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 277/97, BGHZ 140, 263, juris Rn. 15).

39 b) Es liegt auch keiner der weiteren in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO genannten Gründe für die Zulassung der Revision vor.

40 3. Die Revision hat, soweit sie vom Berufungsgericht zugelassen ist, auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat - das Ergebnis selbständig tragend - in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Darlegungen der Klägerin den Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast des Unternehmers bezüglich eines anderweitigen Erwerbs im Sinne des § 649 Satz 2 BGB nicht genügen.

41 a) Für die Darlegungslast zur Frage, ob ein anderweitiger Erwerb vorliegt, gelten nicht ohne Weiteres die zur prüffähigen Darlegung der ersparten Aufwendungen geltenden Anforderungen. Während sich letztere nur konkret vertragsbezogen ermitteln lassen und sich deshalb auch nachvollziehbar aus dem Vertrag ableiten lassen müssen, kommt es beim anderweitigen Erwerb zunächst darauf an, inwieweit ein Füllauftrag erlangt worden ist oder es der Unternehmer böswillig unterlassen hat, einen solchen zu erlangen. Es reicht deshalb grundsätzlich aus, wenn sich der Unternehmer dazu wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen ausdrücklich oder auch konkludent erklärt. Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist, umso ausführlicher

müssen die Angaben sein. Der Besteller kann jedoch grundsätzlich nicht verlangen, dass der Unternehmer von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offenlegt, um ihm die Beurteilung zu ermöglichen, welche Aufträge auch ohne die Kündigung akquiriert worden wären (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14 Rn. 28, BauR 2015, 660 = NZBau 2015, 226; Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17). Aus den Vertragsumständen kann sich eine erhöhte Darlegungslast des Unternehmers ergeben, wenn es z.B. nach Art und Dauer des gekündigten Teils nahe liegt, dass das Personal anderweitig beschäftigt worden ist (vgl. Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79, juris Rn. 17; vgl. ferner BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14 Rn. 29, BauR 2015, 660 = NZBau 2015, 226).

- 42 Ob mit dem Parteivortrag der sekundären Darlegungslast genügt ist, hat das Tatsachengericht im Einzelfall zu beurteilen. Die insoweit gebotene trichterliche Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls kann in der Revisionsinstanz nur beschränkt darauf überprüft werden, ob sie gegen die Denkgesetze verstößt oder auf verfahrenfehlerhafter Tatsachenfeststellung beruht (BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14 Rn. 29, BauR 2015, 660 = NZBau 2015, 226).
- 43 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die trichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, wonach die Darlegungen der Klägerin den Anforderungen der sekundären Darlegungslast des Unternehmers bezüglich eines anderweitigen Erwerbs im Sinne des § 649 Satz 2 BGB nicht genügen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

44 Sie lässt keinen Verstoß gegen die Denkgesetze erkennen und beruht auch nicht auf einer fehlerhaften Tatsachenfeststellung; die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

Pamp

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 16.07.2020 - 10 O 424/15 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 29.06.2022 - 22 U 1689/20 -