

---

**Datum:** 01.10.2004  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 20. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 20 U 85/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2004:1001.20U85.03.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Aachen, 41 O 30/01  
**Schlagworte:** Vorauszahlungsbürgschaft, Bürgschaft auf erstes Anfordern, Beweislast, Anspruch des Hauptschuldners auf Rückforderung einer zu Unrecht gezogenen Bürgschaft

**Leitsätze:**

1. Die Grundsätze über die Abrechnung eines vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrages, die den Auftragnehmer zu einer Neuberechnung des Pauschalpreises verpflichten, gelten nicht, wenn der Auftraggeber die Arbeiten als im wesentlichen vertragsgerecht abnimmt. Nach Abnahme richten sich eventuelle Gegenrechte des Auftraggebers wegen nicht erbrachter Leistungen vielmehr nach Gewährleistungsrecht.
  2. Dem Hauptschuldner steht aus dem Sicherungsvertrag über die Stellung einer Bürgschaft ein eigener Anspruch auf Rückforderung einer zu Unrecht gezogenen Bürgschaft zu.
  3. Der Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners ist zunächst nur auf Zahlung an den Bürgen oder Befreiung vom Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen gerichtet. Der Hauptschuldner kann erst dann Zahlung der erhaltenen Bürgschaftsleistung an sich verlangen, wenn er dem Bürgen im Wege des Rückgriffs dessen Aufwendungen erstattet hat.
  4. Die Beweislast im Prozess auf Rückforderung einer zu Unrecht gezogenen Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern entspricht der Beweislast für die Geltendmachung des Werklohnanspruchs durch den Auftragnehmer.
-

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 06.05.2003 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen - 41 O 30/01 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 26.866,13 EUR nebst 4 % Zinsen seit dem 31.01.2001 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 42 % und die Beklagte zu 58 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens OLG Köln 4 U 9/02 trägt die Beklagte.

Die Kosten dieses Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 32 % und die Beklagte zu 68 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 39.443,66 EUR festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:**

I.

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Restwerklohnansprüche einer - inzwischen aufgelösten - Firma Bau GmbH U im Zusammenhang mit einem Generalunternehmervertrag geltend. Die Bau GmbH U hatte im Wege einer Sicherungsglobalzession ihre Ansprüche an

1

2

3

die E Bank abgetreten; die E Bank trat die Ansprüche ihrerseits am 26.07.2000 an die Klägerin ab. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist durch ein Urteil des 4. Zivilsenats vom 03.09.2002 (4 U 9/02 OLG Köln) geklärt, durch das ein Teilurteil des Landgerichts im vorliegenden Verfahren aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen wurde. Auf das Urteil des 4. Zivilsenats wird Bezug genommen.

Mit Generalunternehmervertrag vom 08.05.1998 beauftragte die Beklagte die Bau GmbH U mit der schlüsselfertigen Errichtung von 5 Einfamilienhäusern in L, T-B, (Rittergut L) zum Pauschalpreis von 890.000,00 DM einschließlich Mehrwertsteuer. Die Geltung der VOB ist vereinbart, ferner haben die Parteien eine Gewährleistungsfrist für die Außenanlagen von 2 Jahren und im übrigen von 5 Jahren vereinbart. 4

Bei einem Abnahmetermin am 16.12.1998 wurde eine Reihe von Mängeln festgestellt und festgehalten (GA 21 ff). Die Bau GmbH U erstellte am 18.12.1998 eine erste Schlussrechnung über den Pauschalpreis und verschiedene Nachträge. Am 18.01.1999 zahlte die Beklagte 50.000,00 DM, nachdem die Bau GmbH U ihr eine entsprechende selbstschuldnerische "Anzahlungsbürgschaft" auf erstes Anfordern der E Bank zur Sicherung eines eventuellen Anspruchs auf Rückzahlung der Anzahlung von 50.000,00 DM vorgelegt hatte (GA 108). Spätestens am 04.08.1999 erfolgte die Abnahme, wobei noch einige Mängel festgestellt wurden (GA 29 ff). Am 12.08.1999 stellte die Bau GmbH U Insolvenzantrag (HReg.-Auszug GA 206). Die Beklagte machte mit Schreiben vom 19.08.1999 unter Bezugnahme auf eine Mängelliste (GA 123 f) gegenüber der E Bank die Bürgschaft geltend, diese zahlte den Betrag an die Beklagte. Ende 1999 wurde der Insolvenzantrag der Bau GmbH U mangels Masse zurückgewiesen und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht. 5

Die Klägerin hat aus einer Schlussrechnung vom 11.08.2000 (GA 38) eine Werklohnforderung von 89.887,43 DM geltend gemacht. Der Betrag setzt sich zusammen aus 6

Pauschalpreis 890.000,00 DM 7

Nachträge 60.390,98 DM 8

Zwischensumme 950.390,98 DM 9

abzügl. Abschlagszahlungen 860.503,55 DM. 10

In den vorgenannten Abschlagszahlungen ist die Zahlung der Beklagten über 50.000,00 DM nicht enthalten. 11

Die Beklagte hat sich u.a. auf nicht ausgeführte Leistungen und Mängel berufen, nämlich im einzelnen: 12

1. Die Dächer zwischen den Häusern 15, 16 und 17 seien zwischen den Hausmauern leicht eingewölbt, es bestehe die Gefahr, dass der Mangel sich ausweite. 13

Wegen dieses Mangels hat sie im Termin vom 28.05.2004 im Berufungsverfahren ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. 14

Die Beklagte habe folgende, geplanten und vom Pauschalpreis erfasste Leistungen nicht erbracht: 15

2. Revisionsschacht für das Schmutzwasser; 16

3. Regenwasserableitung;	17
4. Vorbereitung der Zuwegung;	18
5. Beseitigung ihres Bauschutts;	19
6. Streifen Mutterboden;	20
7. Abstemmarbeiten im Bereich der Zuwegung Haus 19;	21
8. Verschließen von Maueröffnungen;	22
9. Endreinigung.	23
10. Darüber hinaus hat die Beklagte eine Minderung wegen zu hoher Wandstärken im Bereich der Türstürze geltend gemacht.	24
11. Ihr seien Mehrkosten wegen zu früher Verlegung einer Kabellage entstanden.	25
12. Es fehlten Leerrohre.	26
13. Die Tür der Abstellräume in den Häusern 15 und 15 gehe nach innen statt nach außen auf.	27
14. Schließlich hat die Beklagte eine Minderung von jeweils 500,00 DM geltend gemacht, weil die Bau GmbH U abweichend vom Leistungsverzeichnis geringerwertige Heizkessel eingebaut habe.	28
Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme über die Nachträge in Höhe von 77.145,09 DM, das entspricht 39.443,66 EUR, nebst 4 % Zinsen seit dem 31.01.2001 stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen:	29
Pauschalpreis 890.000,00 DM	30
begründete Nachträge 29.624,26 DM	31
Zwischensumme 919.624,26 DM	32
Abzug für Rollläden 3.625,12 DM	33
Abzug für Außenanlagen 2.950,00 DM	34
Werklohnanspruch 913.049,14 DM	35
abzügl. Abschlagszahlungen 835.904,05 DM	36
Urteilssumme 77.145,09 DM.	37
Dabei hat es die Zahlung von 50.000,00 DM unberücksichtigt gelassen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Beklagte sich diesen Betrag durch Ziehung der Bürgschaft zurück geholt habe und sich daher so behandeln lassen müsse, als habe sie die Zahlung nicht erbracht. Etwas anderes könne nur dann geltend, wenn die Beklagte zur Ziehung der Bürgschaft berechtigt gewesen wäre. Dies habe sie aber nicht hinreichend dargelegt, insbesondere habe sie die Berechtigung weiterer Abzüge nicht substantiiert vorgetragen.	38

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.	39
Die Beklagte rügt mit ihrer form- und fristgerecht eingereichten Berufung, dass das Landgericht die Darlegungs- und Beweislast verkannt habe, ferner habe es zu hohe Anforderungen an die Substanziierung des Sachvortrages gestellt. Im einzelnen:	40
Die Beklagte ist der Ansicht, die Erfüllungswirkung ihrer unstreitigen Zahlung über 50.000,00 DM entfalle nicht dadurch, dass sie 7 Monate später die Bürgschaft gezogen habe. Insoweit komme bei unberechtigter Geltendmachung der Bürgschaft nur ein Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht. Im Rahmen dieses Anspruchs liege die Beweislast für das Fehlen des rechtlichen Grundes aber nach den allgemeinen Beweislastregeln bei der Klägerin.	41
Darüber hinaus habe das Landgericht ihren erstinstanzlichen Vortrag zu den nicht ausgeführten Leistungen und Mängeln zu Unrecht als nicht hinreichend substantiiert angesehen.	42
Das Landgericht habe schon verkannt, dass sie mit diesem Vortrag nicht die Aufrechnung gegenüber der Werklohnforderung habe erklären wollen, sondern lediglich zum Rechtsgrund für das Ziehen der Bürgschaft vorgetragen habe. Soweit das Landgericht eine bestimmte Reihenfolge der Gegenrechte und die Vorlage von Rechnungen über die Fertigstellung der Arbeiten bzw. Beseitigung der Mängel (diese hat die Beklagte teilweise mit der Berufungsbegründung vorgelegt) vermisste, hätte es hierauf hinweisen müssen. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsdrohung sei aus mehreren Gründen nicht erforderlich gewesen. Zum einen habe der Geschäftsführer der Bau GmbH U, der Zeuge B, die Nachbesserung verweigert. Der diesbezügliche erstinstanzliche Vortrag sei hinreichend substantiiert. Es sei nicht erforderlich, genau zu Datum und Gelegenheit der behaupteten Erklärungen vorzutragen. Ferner wäre eine Fristsetzung auch wegen der Insolvenz der Bau GmbH U nutzlos gewesen. Schließlich habe die Klägerin noch im Prozess die Mängel bestritten.	43
Hinsichtlich der vorgetragenen Minderleistungen habe das Landgericht - auch unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung zur fehlenden Erfüllungswirkung der Zahlung - die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Diese liege bei der Klägerin, da die Erbringung der geschuldeten Leistung Voraussetzung für den geltend gemachten Werklohnanspruch sei.	44
Soweit sie sich auf Mängel berufen habe, seien diese entgegen der Auffassung des Landgerichts hinreichend dargelegt. Nach der Symptomrechtsprechung des Bundesgerichtshofs genüge es, die Auswirkungen der Mängel darzulegen.	45
Hinsichtlich der angeblich minderwertigen Heizkessel behauptet die Beklagte, "die Parteien" hätten sich vor Ort auf eine Minderung von 600,00 DM je Kessel (insgesamt mithin 3.000,00 DM) verständigt.	46
Zu den weiteren Abzügen präzisiert die Beklagte ihren Vortrag und macht weitere Abzüge geltend. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Beklagten zu den Abzügen wird auf die mit der Berufungsbegründung zur Akte gereichte Aufstellung der Beklagten selbst (Anlage zur Berufungsbegründung), sowie die Berufungsbegründung und den Schriftsatz vom 30.12.2003 (GA 490) verwiesen.	47
Die Beklagte beantragt,	48
	49

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage vollständig abzuweisen.	
Die Klägerin beantragt,	50
die Berufung zurückzuweisen.	51
Sie verteidigt das angefochtene Urteil und meint, die Darlegungs- und Beweislast liege bei der Beklagten. Denn diese habe durch Ziehen der Bürgschaft ihrerseits einen Bereicherungsanspruch hinsichtlich der als A-Konto-Zahlung zu wertenden Zahlung vom 18.01.1999 geltend gemacht. Die Zahlung sei - da nicht auf die Schlussrechnung erfolgt - unter dem Vorbehalt der Fertigstellung der Werkleistung und damit auf eine künftige Forderung erfolgt. Wenn die Beklagte sich diese Zahlung durch Ziehen der Bürgschaft zurückhole, dann müsse sie darlegen und beweisen, dass der mit der Zahlung bezweckte Erfolg nicht eingetreten sei.	52
Die Klägerin ist der Ansicht, sie könne Zahlung der Bürgschaftssumme an sich verlangen. Der Rückforderungsanspruch der E Bank sei an sie mit abgetreten. Im übrigen behauptet sie, dass die E Bank nach Ziehung der Bürgschaft erfolgreich Rückgriff bei der Hauptschuldnerin, der Bau GmbH U, genommen habe.	53
Sie ist ferner der Ansicht, dass nach erfolgter Abnahme lediglich noch Gewährleistungsansprüche der Beklagten in Betracht kämen, für die diese darlegungs- und beweispflichtig sei. Insoweit fehle es an einer Fristsetzung mit Ablehnungsdrohung, die auch nicht entbehrlich gewesen sei. Die Klägerin teilt die Auffassung des Landgerichts, dass der Vortrag zur angeblichen Verweigerung der Nachbesserung nicht hinreichend substantiiert sei. Im übrigen sei der Vortrag in erster Instanz auch verspätet, nämlich erst mit Schriftsatz von 07.03.1993 wenige Tage vor dem Verhandlungstermin in das Verfahren eingeführt worden.	54
Schließlich bestreitet sie den Vortrag der Beklagten zu den angeblichen Mängeln und Nachbesserungskosten.	55
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen D. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.05.2004 (GA 591 ff) verwiesen.	56
Der Senat hat ferner durch Beweisbeschluss vom 02.07.2004 weiteren Zeugen- und Sachverständigenbeweis zu Mängeln und nicht erbrachten Leistungen angeordnet, die Beweisaufnahme aber von der Zahlung von Auslagenvorschüssen abhängig gemacht. Mit Schriftsatz vom 30.07.2004 hat die Beklagte mitgeteilt, dass sie keinen Auslagenvorschuss zahlen werde.	57
Die Insolvenzakten des Amtsgerichts Halle-Saalkreis 59 IN 648/99 betreffend die Bau GmbH U lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	58
II.	59
Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur teilweise Erfolg.	60
Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht der Bau GmbH U gegen die Beklagte noch ein Anspruch in Höhe von 52.545,59 DM, das entspricht 26.866,13 EUR, zu. Dieser Betrag errechnet sich wie folgt:	61
	62

Werklohn gem. Landgericht 913.049,14 DM	
abzügl. Abschlagszahlungen 860.503,55 DM	63
Restforderung 52.545,59 DM,	64
das entspricht 26.866,13 EUR.	65
1. Der Werklohnanspruch der Bau GmbH U beläuft sich - wie vom Landgericht angenommen - ohne Berücksichtigung der geleisteten Zahlungen auf 913.049,14 DM. Dieser Anspruch setzt sich wie folgt zusammen:	66
Pauschalpreis 890.000,00 DM	67
begründete Nachträge 29.624,26 DM	68
Zwischensumme 919.624,26 DM	69
Abzug für Rollläden 3.625,12 DM	70
Abzug für Außenanlagen 2.900,00 DM	71
Werklohnanspruch 913.049,14 DM.	72
Von dem vom Landgericht zutreffend ermittelten Werklohn ergeben sich keine weiteren Abzüge wegen nicht erbrachter Leistungen, auch bestehen keine Gegenrechte der Beklagten aus Gewährleistung.	73
1.1. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin den Werklohnanspruch hinreichend dargelegt. Insbesondere war sie nicht gehalten, im Hinblick auf nicht erbrachte Leistungen den Pauschalpreis neu zu berechnen.	74
Denn aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich nicht, dass über die schon berücksichtigten Abzüge für Rollläden und Außenanlagen hinaus weitere Abzüge vom Pauschalpreis wegen nicht erbrachter Leistungen gerechtfertigt sind. Der Pauschalvertrag wurde vielmehr vollständig durchgeführt; die Leistung der Bau GmbH U ist abgenommen. Die Rügen der Beklagten betreffen überwiegend Mängel.	75
Auch soweit die Beklagte rügt, die Bau GmbH U habe die nach dem Bauvertrag von ihr zu errichtenden Revisionsschächte und die Regenwasserableitung nicht errichtet und damit die ihr nach dem Werkvertrag obliegenden Leistungen nicht vollständigbracht, richten sich eventuelle Gegenrechte der Beklagten nach Gewährleistungsrecht.	76
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anpassung des Pauschalpreises bei nicht erbrachten Leistungen, auf die die Beklagte sich beruft, betrifft den vorzeitig gekündigten Pauschalpreisvertrag. Im vorliegenden Fall ist der Vertrag aber weder ganz noch teilweise vorzeitig gekündigt worden, vielmehr haben ihn die Parteien zu Ende geführt und die Beklagte hat die Leistung der Bau GmbH U abgenommen. Durch die Abnahme hat sie die erbrachte Leistung als Erfüllung hingenommen, das Erfüllungsstadium ist beendet und es bestehen lediglich Gewährleistungsansprüche. Soweit die Beklagte nunmehr rügt, dass die Bau GmbH U vom Pauschalpreis umfasste Leistungen nicht erbracht habe, handelt es sich um Sachmängel. Der Beklagten als Auftraggeber stehen insoweit lediglich Gewährleistungsrechte auf Nachbesserung, Schadensersatz oder Minderung der Vergütung	77

zu (vgl. Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 3. Aufl., Rdnr. 1417).

Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass sie den Vertrag hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen teilweise gekündigt habe, so dass aus diesem Grund der Vertrag vorzeitig beendet worden wäre. Sie trägt vielmehr ausdrücklich vor, dass auch im Rahmen der Ersatzvornahme der Zeuge B als Vertreter der Bau GmbH U ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass dies keine Entbindung der Firma U von ihrer Leistungspflicht darstelle. 78

1.2. Die Beklagte kann der Werklohnforderung auch keine Zurückbehaltungsrechte oder Gewährleistungsansprüche entgegenhalten, da sie die Abzüge überwiegend nicht hinreichend dargelegt hat und im übrigen beweisfällig geblieben ist. 79

1.2.1. Dächer 80

Der Beklagten steht hinsichtlich des von ihr behaupteten Mangels der eingewölbten Dächer kein Zurückbehaltungsrecht zu. Zwar ist unstreitig, dass die Dächer eingewölbt sind, das genügt aber zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts nicht. Denn es steht nicht fest, dass hierin ein Mangel liegt, der nachgebessert werden kann und muss. 81

Die Klägerin hat behauptet, es liege lediglich ein geringfügiger optischer Mangel vor, dessen Nachbesserung weder erforderlich noch verhältnismäßig wäre. Die Beklagte hat den behaupteten Mangel nicht näher beschrieben, insbesondere trotz Auflage weder das im Auftrag der Haftpflichtversicherung der Bau GmbH U erstellte Gutachten des Architekten X noch Lichtbilder des Mangels vorgelegt. 82

Die Beklagte ist auch beweisfällig geblieben. Ein Sachverständigengutachten zu Umfang und Auswirkungen des Mangels hat der Senat nicht eingeholt, weil die Beklagte den angeforderten Auslagenvorschuss nicht eingezahlt hat. Damit ist sie nach §§ 402, 379 Abs. 2 ZPO mit diesem Beweismittel ausgeschlossen. 83

Schließlich hat die Beklagte auch nicht dargelegt, dass eine Nachbesserung des behaupteten Mangels überhaupt noch möglich ist. Zu der diesbezüglichen Anfrage des Senats hat sie keine Stellung genommen. 84

Schadensersatz oder Minderung wegen dieses Mangels hat die Beklagte nicht geltend gemacht. 85

1.2.2. Revisionsschacht 86

Soweit die Beklagte rügt, dass die Bau GmbH U den Revisionsschacht Schmutzwasser und die Regenwasserableitung hofseits nicht erbracht hat, hat sie zwar hinreichend substantiiert dargelegt, dass diese Leistung im vereinbarten Pauschalpreis enthalten und von dem 50 %-igen Abzug für die Außenanlagen nicht umfasst war. Sie ist aber für ihren Vortrag beweisfällig geblieben. 87

Die Beklagte hat weder den ihr obliegenden Beweis dafür geführt, dass die Bau GmbH U die Revisionsschächte nicht eingebaut hat, noch für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ersatzvornahme. Die betreffenden Beweise hat der Senat gem. § 379 Abs. 2 ZPO nicht erhoben, weil die Beklagte den angeforderten Auslagenvorschuss für die von ihr hierzu benannten Zeugen nicht eingezahlt hat. 88

Die Beweislast für die Voraussetzungen der Gewährleistungsansprüche liegt nach Abnahme bei der Beklagten.

### 1.2.3. Regenwasserableitung 90

Die Beklagte hat einen Anspruch auf Ersatz von Kosten für die Verlegung der Regenwasserableitung nicht schlüssig dargelegt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Bau GmbH U mit der Erbringung dieser Leistung, d.h. der Verlegung einer Regenwasserableitung, beauftragt war. Aus Ziff. 4.2. des GU-Vertrages lässt sich zu einer gesonderten Ableitung des Regenwassers nichts entnehmen. Das Protokoll der Baubesprechung vom 25.01.1999 (GA 378) spricht dafür, dass es sich um eine Planänderung handelt, die im Pauschalpreis nicht enthalten ist. Denn die Regenwasserableitung wurde nicht an die öffentliche Kanalisation angeschlossen, sondern in den Garten abgeleitet um dort zu versickern. Hierauf beziehen sich auch die vorgelegten Rechnungen. 91

Auch lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen, dass die Beauftragung der Fa. I GmbH durch die Beklagte im Wege einer Ersatzvornahme erfolgt ist. Angesichts dieses Protokolls reicht der Vortrag der Beklagten, der Zeuge B habe die Leistung am 22.01.2004 abgelehnt, nicht aus. 92

### 1.2.4. Zuwegung 93

Ansprüche wegen der Zuwegung sind nicht schlüssig dargelegt. Trotz des Hinweises des Senatsvorsitzenden vom 13.11.2003 hat die Beklagte weder vorgetragen, um welchen konkreten Sachverhalt es geht noch welche Zusatzkosten geltend gemacht werden oder welcher Abzug berechtigt sein soll. Auch aus der Aufstellung der Beklagten selbst (Anlage zur Berufungsbegründung) ergibt sich hierzu nichts. 94

### 1.2.5. Bauschutt 95

Hinsichtlich der geltend gemachten Zusatzkosten für die Beseitigung von Bauschutt ist die Beklagte beweisfällig geblieben. Sie hat weder zu den Auflagen des Senats im Beweisbeschluss vom 02.07.2004 Stellung genommen noch den Auslagenvorschuss für die von ihr benannten Zeugen gezahlt. 96

### 1.2.6. Mutterboden 97

Ansprüche im Zusammenhang mit dem Aufbringen von Mutterboden macht die Beklagte offenbar nicht mehr geltend. Auf den Hinweis des Senatsvorsitzenden, dass die Position nicht schlüssig dargelegt sei, hat sie mit Schriftsatz vom 30.12.2003 lediglich mitgeteilt, dass die Position "entfällt" (GA 498). 98

### 1.2.7. Abstemmarbeiten 99

Ein Anspruch der Beklagten lässt sich nicht feststellen. Aus ihrem Vortrag ergibt sich schon nicht hinreichend deutlich, um welche Leistung es geht. Zu den Voraussetzungen einer Ersatzvornahme ist nur pauschal vorgetragen. Schließlich sind auch eventuelle Mehrkosten im Rahmen einer eventuellen Ersatzvornahme nicht ausreichend vorgetragen und belegt. Die angeblich entstandenen Kosten sind nicht beziffert und lassen sich auch der zitierten Rechnung der Firma I GmbH vom 25.03.1999 nicht entnehmen, da die Position 1.1.3. mehrere verschiedene Leistungen betrifft, die nicht aufgeschlüsselt sind. 100

### 1.2.8. Verschließen von Maueröffnungen und fehlende Baustellensicherung 101

Auch für das Schließen von Maueröffnungen ist ein Gegenanspruch nicht hinreichend dargelegt. Es ist schon nicht vorgetragen, dass es sich um eine Leistung handelt, die der Bau GmbH U nach dem GU-Vertrag oblag. Auch sind die formellen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kostenerstattung (Nachbesserungsaufforderung unter Fristsetzung) nicht vorgetragen. Der Vortrag, die Bau GmbH U sei ab Mai 1999 nicht mehr willens gewesen, der Leistungsverpflichtung nachzukommen, ist zu pauschal, da sich aus diesem Vortrag die Voraussetzungen, unter denen eine Nachbesserungsaufforderung unter Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist, nicht feststellen lassen. 102

Der Vortrag zur nicht ausgeführten Baustellensicherung, für die die Beklagte jetzt 940,00 DM brutto geltend macht, ist in der Berufung neu und nach § 531 ZPO nicht mehr zuzulassen. 103

1.2.9. fehlende Endreinigung 104

Ansprüche wegen der angebliche fehlenden Endreinigung und Verschmutzungen der Fenster- und Türrahmen mit Putzresten sind ebenfalls nicht hinreichend dargelegt. Es ist nicht ausreichend vorgetragen, dass und welche Kosten der Beklagten hierdurch entstanden ist. Nach dem Vortrag der Beklagten wurde die Reinigung nicht von ihr, sondern den Mietern vorgenommen. Die behauptete Verrechnung mit Mieten ist nicht näher dargelegt. Eine Schätzung ist mangels ausreichender tatsächlicher Grundlagen nicht möglich. 105

1.2.10. Wandstärken an den Türstürzen 106

Hinsichtlich der Wandstärken an den Türstürzen der Häuser 18 und 19 hat die Beklagte ebenfalls eventuelle Ansprüche wegen einer zu hohen Wandstärke nicht schlüssig vorgetragen. In erster Instanz hat sie eine Minderung wegen Verringerung der Wohnfläche von 7.600,00 DM geltend gemacht, ohne diesen Betrag und eine relevante Minderung der Wohnfläche näher darzulegen. In zweiter Instanz beruft sie sich nunmehr auf geschätzte Nachbesserungskosten von 6.400,00 DM. Damit ist schon unklar, welche Gewährleistungsansprüche sie überhaupt geltend macht. Schließlich hat sie trotz Hinweises des Senats nicht dargelegt, woraus sich die von ihr geforderten Wandstärken ergeben sollen. 107

1.2.11. Beschädigung Kabellage 108

Hinsichtlich dieser Position hat die Berufung ebenfalls keinen Erfolg. Zum einen ist nicht dargelegt, warum die Bau GmbH U für die behauptete Beschädigung haften soll. Insbesondere ist nicht dargelegt, wer die Kabellage beschädigt hat. Darüber hinaus sind eventuelle Ansprüche auch der Höhe nach nicht dargelegt. Obwohl die Kabellage nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten instandgesetzt wurden, werden die Kosten nicht genau beziffert. Der Vortrag zur Höhe der Kosten ist zudem widersprüchlich. In erster Instanz hat die Beklagte die Kosten auf mindestens 25.000,00 DM geschätzt, in zweiter Instanz sind es noch 20.000,00 DM. Es werden keine Tatsachen vorgetragen, die eine Schätzung der Kosten ermöglichen, obwohl die Beklagte in der Lage sein müsste, die Kosten fast 5 Jahre nach Fertigstellung der Baumaßnahme zu beziffern. 109

1.2.12. und 1.2.13. fehlende Leerrohre 110

Auch hinsichtlich der Leerrohre sind die der Beklagten entstandenen Kosten nicht beziffert. Es ist nicht überprüfbar, ob der Beklagten überhaupt Mehrkosten entstanden sind. 111

1.2.14. Türe Abstellraum 112

113

Trotz Hinweises des Senats hat die Beklagte diesen behaupteten Mangel und insbesondere die hieraus geltend gemachten Gewährleistungsrechte nicht hinreichend vorgetragen. Auf den diesbezüglichen Hinweis des Senats vom 13.11.2003 hat sie nicht mehr Stellung genommen.

1.2.15. Heizkessel und weitere Abzüge 114

Hinsichtlich der Minderung für den angeblich falsch gelieferten Heizkessel ist der neue Vortrag in der Berufungsbegründung, wonach die Parteien sich auf einen Abzug von - nunmehr - 600,00 DM je Heizkessel geeinigt hätten, nach § 531 ZPO nicht mehr zulässig. 115

Das gleiche gilt für die weiteren Positionen, die die Beklagte mit Schriftsatz vom 30.12.2003 zu Ziff. 15 bis 22 in der Berufung erstmals geltend gemacht hat (vergebliche Anreise zur Abnahme der Zuwegung, Entfeuchter, Koordinationsaufwand, Frischwasser, Jauchegrube, Schwammsanierung, Mietausfall und Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung). 116

Der betreffende Vortrag ist neu, da die Beklagte sich in erster Instanz weder auf die behauptete Vereinbarung über einen Abzug wegen der Heizkessel noch die weiteren Mängel bzw. Abzüge berufen hat. Entgegen § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO enthält die Berufungsbegründung keinerlei Vortrag dazu, warum das neue Vorbringen in der Berufung noch zulässig sein soll, solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. 117

Eines nochmaligen Hinweises bedurfte es nach § 139 ZPO nicht, nachdem bereits die Klägerin mit Schriftsatz vom 08.10.2002, das Landgericht im angefochtenen Urteil und der Senat in der Terminsverfügung vom 13.11.2003 die Beklagte auf die fehlende Substantiierung ihres Vortrags konkret hingewiesen haben. 118

2. Von dem sich danach ergebenden Werklohnanspruch der Bau GmbH U sind die in der Schlussrechnung und Klageschrift angerechneten Zahlungen der Beklagten in Höhe von 860.503,55 DM abzuziehen. Soweit das Landgericht Abschlagszahlungen lediglich in Höhe von 835.904,05 DM berücksichtigt hat, ist in Höhe der Differenz von 24.599,50 DM die Berufung der Beklagten begründet. 119

Insoweit hat das Landgericht die Urteilssumme falsch ermittelt, weil es das der Beklagten nach den Entscheidungsgründen zustehende Skonto auf die pünktlichen Abschlagszahlungen, welches auch die Klägerin in ihrer Abrechnung anerkannt hatte, zu Unrecht aus der Abrechnung der Klägerin wieder herausgerechnet hat. 120

Die Klägerin hat in der Schlussrechnung der Bau GmbH U, die Gegenstand der Klageforderung ist, unstreitige Zahlungen in Höhe von 860.503,55 DM (Schlussrechnung GA 39 und Bl. 5 der Klageschrift = GA 5) berücksichtigt, die sie sich auf den Gesamtwerklohn anrechnen lässt. In diesem Betrag ist die streitige Zahlung über 50.000,00 DM nicht enthalten. Das Landgericht hat dagegen im Urteil lediglich Zahlungen von 835.904,05 DM abgezogen. Dies ist wiederum der Betrag, den die Beklagte tatsächlich gezahlt hat, wie sich aus Bl. 7 der Klageerwiderung ergibt (GA 69). Die Differenz stellen - wie das Landgericht an sich zutreffend erkannt hat - die von der Beklagten vorgenommenen und der Bau GmbH U anerkannten Skontoabzüge dar, die auch das Landgericht in seinem Urteil als grundsätzlich berechtigt angesehen hat (UA 10). 121

Das Landgericht hätte auf dieser Grundlage indes von den höheren Abzügen, die die Klägerin sich anrechnen lässt, ausgehen müssen. Es hat nämlich festgestellt, dass die höheren Beträge in der Schlussrechnung sich daraus ergeben, dass die Bau GmbH U - und 122

damit auch die Klägerin - die berechtigten Skontobeträge (3 % auf die pünktlich gezahlten Rechnungen) auf die Zahlungen addiert hat (UA 10). Das ergibt sich ausdrücklich auch aus der Aufstellung der Zahlungseingänge, die die Klägerin als Anl. K 13 zum Schriftsatz vom 25.02.2002 vorgelegt hat.

Damit hat das Landgericht der Klägerin auf Basis seiner eigenen Rechtsauffassung 24.599,50 DM zu viel zugesprochen. 123

Die Beklagte hat dies zwar in der Berufungsbegründung nicht beanstandet, nach § 529 Abs. 2 ZPO ist dieser Fehler vom Berufungsgericht aber auch ohne ausdrückliche Rüge zu beachten. 124

3. Zahlung über 50.000,00 DM 125

Die weitergehende Berufung ist dagegen nicht begründet. 126

Die Vorauszahlung der Beklagten über 50.000,00 DM mindert den Werklohnanspruch im Ergebnis nicht, da der Klägerin aus abgetretenem Recht der Bau GmbH U in gleicher Höhe ein Rückforderungsanspruch gegen die Beklagte zusteht, weil diese die Bürgschaft zu Unrecht gezogen hat. 127

Anspruchsgrundlage hierfür ist nach heutiger Rechtsprechung der Sicherungsvertrag zwischen Hauptschuldner (der Bau GmbH U) und Gläubiger (der Beklagten) (BGH NJW 1999, 55; Pasker, NZBau 2000, 279, 280; Habersack, in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., § 765 Rdnr. 99). 128

3.1. Die Klägerin kann aufgrund des Rückforderungsanspruchs Zahlung des zu Unrecht gezogenen Bürgschaftsbetrages von 50.000,00 DM an sich verlangen. 129

Der Anspruch auf Rückforderung einer zu Unrecht gezogenen Bürgschaft steht nicht nur dem Bürgen zu, der an den Gläubiger gezahlt hat, sondern auch dem Hauptschuldner (BGH BauR 2003, 246). Dieser Anspruch ist aber zunächst nur auf Zahlung an den Bürgen bzw. Befreiung vom Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen gegen ihn gerichtet (BGH aaO). Erst wenn der Bürge im Wege des Rückgriffs gegen den Hauptschuldner von diesem Erstattung seiner Aufwendungen erhalten hat, kann der Hauptschuldner in Höhe der vertragswidrig angeforderten Bürgschaftsleistung Zahlung an sich verlangen (BGH aaO). 130

Diese Voraussetzung liegt vor. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass die Bürgin, die E Bank, von der Bau GmbH U den Betrag von 50.000,00 DM aus einem Festgeldkonto erlangt hat. Das ergibt sich aus der glaubhaften Aussage des Zeugen D, des für die Bau GmbH U zuständigen Kundenbetreuers bei der E Bank. Der Zeuge hat in seiner Vernehmung bekundet, dass die Bürgschaften der Bau GmbH U mit eingezahlten Festgeldern besichert waren und die E Bank sich hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Bürgschaft aus dem Erlös von Termingeldern der Bau GmbH U befriedigt hat. Der E Bank hätten zwei Festgeldkonten von 230.000,00 DM und 114.000,00 DM zur Verfügung gestanden. Da das Termingeld zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte die Bürgschaft gezogen hat, noch nicht fällig gewesen sei, sei der Bürgschaftsbetrag zwar zunächst zum 30.08.1999 dem Kontokorrentkonto belastet worden. Nachdem die Termingelder ausgelaufen seien, habe die E Bank sie dann aber auf ein Erlöskonto umgebucht und die ausgezahlten Bürgschaften daraus bedient. Der Zeuge war sich nahezu sicher, dass die hier streitige Bürgschaft die erste gewesen sei und daher auch vollständig aus dem Erlös der Termingeldkonten abgedeckt gewesen sei. 131

- Gegen die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen bestehen keine Bedenken. Seine Aussage wird gestützt durch die von ihm vorgelegten Unterlagen, aus denen sich der Stand des Kontokorrentkontos zum 23.08. und 30.08.1999 und die Belastung von 50.000,00 DM ergeben. Ferner ergeben sich die beiden Festgeldkonten aus diesen Übersichten. Diese finden sich auch im Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters aus Oktober 1999 (Bl. 216 ff der Insolvenzakten, insb. Bl. 229). Hieraus ergibt sich auch, dass neben dem an die W Versicherung zur Sicherung weiterer Gewährleistungsbürgschaften verpfändeten Festgeldkonto ein Sicherheitenerlöskonto mit einem Guthaben von 480.915,86 DM bestand, welches an die E Bank verpfändet war. 132
- 3.2. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Bürgschaft zu Unrecht gezogen hat, da unter Berücksichtigung des Werklohnanspruchs der Bau GmbH U, der geleisteten Abschlagszahlungen der Beklagten und eventueller Abzüge und Gegenansprüche kein Zahlungsanspruch der Beklagten mehr bestand. 133
- Die Darlegungs- und Beweislast für die Frage, ob die Beklagte die Bürgschaft zu Recht gezogen hat, entspricht der Darlegungs- und Beweislast für die Geltendmachung der Werklohnforderung. D.h. die Klägerin trägt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe der Schlussrechnungsforderung - einschließlich eventueller Abzüge wegen nicht erbrachter Leistungen -, während die Beklagte Abzüge wegen eventueller Gewährleistungsansprüche darlegen und beweisen muss. Diese Darlegungs- und Beweislast gilt auch für die Rückforderung einer zu Unrecht gezogenen Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern. 134
- Die Beweislast im Rückforderungsprozess liegt nicht beim Bürgen bzw. Hauptschuldner, sondern entspricht der Beweislast, die sich ergäbe, wenn der Gläubiger die Bürgschaft klageweise geltend gemacht hätte. Denn durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern ändert sich nicht die Beweislast (Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., § 765 Rdnr. 99). Das rechtfertigt sich dadurch, dass der Bürge bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern ohne Prüfung der Berechtigung der Hauptforderung zur Leistung verpflichtet ist. 135
- Damit trägt auch im Rückforderungsprozess derjenige die Beweislast, der die Beweislast für das Bestehen der durch die Bürgschaft gesicherten Hauptforderung trägt (BGH WM 1999, 1499; BGH NJW-RR 2002, 986; s. auch Schmitz, in: Schimansky u.a., Bankrechtshandbuch, 2. Aufl., Bd. II § 91 Rdnr. 130). 136
- Gesicherte Hauptforderung ist wiederum der Anspruch des Auftragnehmers - also der Beklagten - auf Rückzahlung einer zu viel gezahlten Vorauszahlung. Für diesen Anspruch gilt die selbe Beweislastverteilung wie für den Werklohnanspruch, auf den die Vorauszahlung geleistet wurde. Denn die Vorauszahlung enthält kein Anerkenntnis des Anspruchs, welches es rechtfertigen würde, die Beweislast für den Anspruch, auf den sie geleistet wurde, zu ändern. Der Unternehmer, der eine Vorauszahlung erhalten hat, muss vielmehr im Rahmen der Abrechnung nachweisen, dass der Vorauszahlung ein entsprechender Werklohnanspruch gegenüber steht (BGH BauR 2002, 938 ff). 137
- Danach muss der Besteller darlegen und beweisen, in welcher Höhe er Vorauszahlungen geleistet hat. Ferner hat er schlüssig **vorzutragen**, dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Hat der Besteller ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer **darlegen** und **beweisen**, dass er berechtigt ist, die Voraus- oder Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (BGH aaO). D.h. durch die Leistung der Vorauszahlung ändert sich nicht die Beweislast für den Werklohnanspruch - und zwar auch dann nicht, wenn der Auftraggeber die Vorauszahlung 138

zurückfordert mit der Begründung, es liege eine Überzahlung vor. Das ist die Konsequenz daraus, dass die Voraus- und Abschlagszahlung nur Anzahlung auf eine künftige Werklohnforderung ist.

Im Ergebnis bedeutet das, dass auch im Rückforderungsprozess bezüglich der gezogenen Bürgschaft die Bau GmbH U - und damit die Klägerin - die Höhe des Werklohnanspruchs und die Beklagte eventuelle Abzüge aus Gewährleistungsansprüchen darlegen und beweisen muss. 139

Unter Zugrundelegung dieser Darlegungs- und Beweislastverteilung ist der Rückforderungsanspruch in der Sache berechtigt. Wie sich aus den Ausführungen unter oben 1. ergibt, bestand unter Berücksichtigung des Werklohnanspruchs sowie eventueller Gegenansprüche der Beklagten kein Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung von 50.000,00 DM, so dass die Beklagte die Bürgschaft im Ergebnis zu Unrecht gezogen hat. Vielmehr bestand selbst unter Anrechnung der Vorauszahlung von 50.000,00 DM noch ein Restwerklohnanspruch der Bau GmbH U. 140

III. 141

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 142

Die Kosten des Berufungsverfahrens OLG Köln 4 U 9/02 sind allein von der Beklagten zu tragen, da dieses Verfahren nur den Anspruch auf Rückforderung der zu Unrecht gezogenen Bürgschaft betraf, hinsichtlich dessen die Beklagte in vollem Umfang unterliegt. 143

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 ZPO), da dies weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist und es sich im übrigen um eine Einzelfallentscheidung handelt, der keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Voraussetzungen, unter denen ein Hauptschuldner Rückzahlung eines zu Unrecht gezogenen Bürgschaftsbetrages verlangen kann, sind jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass der Bürge beim Hauptschuldner erfolgreich Rückgriff genommen hat, durch die vorstehend zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt. Das gleiche gilt für die Frage der Darlegungs- und Beweislast bei einer Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern. 144