

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von

1. 64.676 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. März 1995 auf das Konto bei der Bayerischen Vereinsbank AG,
2. 3.404 DM auf das Konto bei der Bayerischen Vereinsbank AG Zug um Zug gegen Bestellung einer Gewährleistungsbürgschaft in gleicher Höhe durch die Firma M. Bau GmbH

verurteilt worden ist.

Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beauftragte die mittlerweile in Konkurs gefallene Firma M. Bau GmbH (Gemeinschuldnerin) mit der Restaurierung und dem Wiederaufbau der Kirche St. G. in H. . Der vereinbarte Pauschalpreis ist bezahlt. Die Gemeinschuldnerin hat Werklohn für behauptete zusätzliche Leistungen in Höhe von 650.555,91 DM nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 256.883,46 DM, teilweise gegen Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft, verurteilt. In dieser Höhe habe der dazu bevollmächtigte Architekt der Beklagten die Zusatzleistungen anerkannt. Mit der Berufung hat die Gemeinschuldnerin u.a. geltend gemacht, für die nachträglich beauftragte Anhebung des Dachteils D habe der Architekt der Beklagten einen Betrag von 89.492,62 DM netto anerkannt, der von ihm vorgenommene Abzug von 59.200 DM sei nicht berechtigt. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt und hat das landgerichtliche Urteil neben anderen, in der Revision nicht mehr interessierenden Korrekturen dahin abgeändert, daß die Beklagte weitere 68.080 DM (59.200 DM zzgl. 15 % Mehrwertsteuer), teilweise Zug um Zug gegen Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft, zu zahlen hat. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten. Der Kläger hat als Gesamtvollstreckungsverwalter über das Vermögen der Gemeinschuldnerin den Rechtsstreit aufgenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht meint, der Architekt und Streithelfer der Beklagten habe auch einen Betrag von netto 89.492,62 DM anerkannt. Für den Abzug von 59.200 DM seien nach Erörterung im Senatstermin keine nachvollziehbaren Gründe dargetan. An das Anerkenntnis sei die Beklagte aufgrund der getroffenen Vereinbarungen gebunden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Vortrag des Streithelfers, die Gemeinschuldnerin habe im Angebot vom 29. April 1993 selbst einen Betrag von 59.200 DM netto als im Pauschalvertrag enthalten abgezogen. Die Gemeinschuldnerin habe in der mündlichen Verhandlung zunächst bestritten, daß sich das Angebot auf die abgerechnete Leistung bezogen habe. Im übrigen habe die Beklagte die Berechtigung des vorgenommenen Abzugs nicht hinreichend dargetan.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht ein Anerkenntnis des Streithelfers der Beklagten angenommen und die Darlegungslast verkannt.

1. Der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts umfassend auch zur Anerkennung von Mehrforderungen bevollmächtigte Streithelfer der Be-



klagen hat die zusätzliche Vergütung von 89.492,62 DM für das Anheben des Dachteils D nicht anerkannt.

Der Streithelfer der Beklagten hat den für diesen Leistungsteil entstandenen Mehraufwand mit Schreiben vom 8. Februar 1994 dem Grunde nach anerkannt, nicht jedoch die von der Gemeinschuldnerin geltend gemachte Forderung. Er hat von vornherein geltend gemacht, in den insoweit abgerechneten Leistungen seien ohnehin geschuldete Leistungen für die Angleichung des Teils D an den übrigen Dachstuhl enthalten. Diese Leistungen hat er auf der Grundlage des von der Gemeinschuldnerin selbst vorgenommenen Abzuges in dem Angebot vom 29. April 1993 mit einem Vergütungsanteil von 59.200 DM bewertet. Von ihm anerkannt wurden deshalb nur die in der gekürzten Schlußrechnung ausgewiesenen 30.292,62 DM, die bezahlt worden sind.

2. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die Beklagte habe den Abzug von 59.200 DM nicht hinreichend begründet. Der Kläger trägt die Darlegungslast für die geltend gemachte Forderung aus der zusätzlichen Beauftragung. Er hat dazu im Streitfall auch darzulegen, inwieweit die abgerechneten Leistungen nicht bereits Gegenstand des Pauschalvertrages waren. Im Angebot vom 29. April 1993 hat die Gemeinschuldnerin nach einer entsprechenden Aufforderung durch den Streithelfer die bereits im Vertrag enthaltenen Leistungen mit 59.200 DM bewertet, ohne diese näher zu bezeichnen. Die Beklagte hat behauptet, dieses Angebot habe die tatsächlich durchgeführte Anhebung des Daches betroffen. Wenn das zutrifft, ist es Sache des Klägers, den von der Gemeinschuldnerin selbst vorgenommenen Abzug näher zu erläutern und darzulegen, warum er entgegen dem Angebot nicht berechtigt ist. Gleiches gilt auch dann, wenn das Angebot vom 29. April 1993 Abbau, Sanierung und Wiederaufbau des Daches betraf, wie die Revision geltend macht und es auch nahe

liegt. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die bereits im Vertrag enthaltenen Leistungen bei dieser ursprünglich erwogenen Art der Sanierung anders beurteilt werden könnten. Im übrigen hat die Gemeinschuldnerin die bereits im Vertrag enthaltenen Leistungen in einem weiteren, rückdatierten Angebot vom 5. Mai 1993 im einzelnen aufgeführt und nunmehr mit netto 19.809,51 DM bewertet (GA 366). Dieses Angebot hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt.

III.

Das Berufungsurteil ist im Umfang der Anfechtung aufzuheben. Da die erforderlichen Feststellungen zur Höhe der Nachtragsforderung fehlen, ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ullmann

Haß

Hausmann

Wiebel

Kniffka