BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 74/06

Verkündet am:
28. Mai 2009
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 631 Abs. 1, § 280 Abs. 1; ZPO § 286 A, B, G

a) Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs muss der Unternehmer grundsätzlich nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind.

b) Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung für Werkleistungen begründet nach Treu und Glauben eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Besteller geltend zu machenden Gegenanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB entstehen lässt. Dessen tatsächliche Voraussetzungen muss der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen.

c) Den Unternehmer trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn der Besteller nicht nachvollziehen kann, welche konkreten Leistungen der Unternehmer erbracht hat, und ihm deshalb die Möglichkeit genommen ist, die Wirtschaftlichkeit des abgerechneten Zeitaufwands zu beurteilen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07).

   Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn der Besteller die einzelnen Leistungen in Auftrag gegeben hat und später den Auftragsumfang nicht mehr nachvollziehen kann.

d) Die Darlegungs- und Beweislast für die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung eines werkvertraglichen Vergütungsanspruchs liegt auch bei einer prüfbaren Abrechnung beim Unternehmer (Bestätigung von BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118, 126).

BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - VII ZR 74/06 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 2. März 2006 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt Werklohn für Renovierungsarbeiten am im Eigentum des Beklagten stehenden Schloss K.

2 Der durch seinen Bauleiter H. vertretene Beklagte hatte zunächst die D. GmbH mit Maler- und Verputzerarbeiten beauftragt, die nach Arbeitsstunden abgerechnet werden sollten. Die D. GmbH stellte Ende April 2001 ihre Tätigkeiten ein. H. beauftragte nun mündlich namens des Beklagten die Klägerin mit der Fortführung der Arbeiten. Diese sollten nach Stunden zu einem Stunden-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

lohn von 60,-- DM und Materialaufwand abgerechnet werden. Die Klägerin erbrachte auf nähere Weisung von H. diverse Leistungen, deren Umfang im Einzelnen umstritten ist. Sie erstellte fünf Rechnungen für die Monate Mai bis September 2001. Diesen legte sie Stundenzettel zugrunde, auf denen die Anzahl der je Tag geleisteten Stunden ohne nähere Angaben sowie der Materialverbrauch eingetragen sind. Auf die Rechnung für Mai 2001 erfolgte eine Teilzahlung.

3 Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 70.497,17 € für Leistungen in den Monaten Juni bis September 2001 nebst Zinsen verurteilt. Dabei hat es Kürzungen bei der in Rechnung gestellten Stundenanzahl und bei den Materialkosten vorgenommen sowie einen Abzug von 10% für einen geschätzten Minderwert der Werkleistung der Klägerin wegen Mängeln gemacht. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt er sein Klageabweisungsziel weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind die bis 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I.

6 Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe die erbrachten Leistungen durch die Rechnungen sowie die hierzu vorgelegten Stundenzettel in prüfbarer und ausreichender Weise abgerechnet. Zu seiner Überzeugung stünde u.a. durch die Angaben des Zeugen H. fest, dass der Beklagte oder sein Bauleiter die Stundenlohnzettel vorprozessual und zeitnah zu dem jeweiligen Abrechnungszeitraum erhalten hätten.

7 Die Prüfbarkeit der Rechnungen und Stundenlohnzettel ergebe sich zum einen aus den darin enthaltenen substantiierten Angaben über die geleisteten Arbeitsstunden und zum anderen aus dem Umstand, dass der Zeuge H. die Unterlagen ohne Beanstandung der Prüfbarkeit als solcher auch tatsächlich geprüft habe. Damit habe dieser nicht nur zu erkennen gegeben, dass die Stundenzettel seinen Kontroll- und Informationsinteressen genügt, sondern diese auch den mündlich abgesprochenen Besonderheiten der Vertragsgestaltung und der Vertragsdurchführung entsprochen hätten, wie sie auch schon zuvor längere Zeit mit der Vorgängerfirma D. GmbH unstreitig praktiziert worden seien. Hinzu komme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Auftraggeber nach Erhalt von Rechnungen gehalten sei, alsbald den Auftragnehmer auf eine mangelnde Prüfbarkeit hinzuweisen und seine konkreten Bedenken gegen die Prüfbarkeit mitzuteilen. Der Beklagte müsse sich deshalb auch mangels rechtzeitiger Beanstandung der vorgelegten Stundenzettel so behandeln lassen, als habe er diese als formal ordnungsgemäß und prüfbar anerkannt.

8 Dies führe dazu, dass der Beklagte in Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast spätestens im Prozess substantiierte Einwendungen gegen die inhaltliche Richtigkeit der einzelnen Angaben in den Stundenlohnzetteln darzule-

gen und zu beweisen gehabt habe. Schon dieser Darlegungslast habe der Beklagte durch sein nur pauschales Bestreiten der Prüfbarkeit nicht genügt, so dass von der inhaltlichen Richtigkeit der Stundenlohnzettel und der Rechnungen auszugehen sei. Dies entspreche auch dem in § 15 Nr. 3 VOB/B zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Rechtsgedanken, wonach nicht alsbald geprüfte, beanstandete und an den Auftragnehmer zurückgegebene Stundenlohnzettel als anerkannt anzusehen seien.

II.

9 Das hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

10 1. Das Berufungsgericht geht allerdings im Ergebnis zutreffend davon aus, dass das Klagevorbringen für den geltend gemachten Anspruch schlüssig ist.

11 a) Entgegen der Auffassung der Revision musste die Klägerin nicht darlegen, mit welchen Tätigkeiten ihre Mitarbeiter zu welchem Zeitpunkt befasst waren.

12 aa) Der Senat hat inzwischen durch Urteil vom 17. April 2009 (VII ZR 164/07, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) entschieden, dass der Unternehmer zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs grundsätzlich nur darlegen muss, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind.

13 Verpflichtet sich der Besteller, die Vertragsleistungen des Unternehmers nach Aufwand mit verabredeten Stundensätzen zu vergüten, so ergibt sich die

solcherart gemäß § 631 Abs. 1 BGB vereinbarte Vergütung aus dem Produkt des jeweiligen Stundensatzes und der Zahl der geleisteten Stunden. Zur Begründung seines Vergütungsanspruchs im Prozess muss der Unternehmer im Ausgangspunkt also nur darlegen und gegebenenfalls beweisen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind. Dies folgt aus der allgemeinen Regel, wonach der Kläger die seinen Anspruch begründenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat (BGH, Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR 198/97, BauR 2000, 1196, 1197; Urteil vom 14. Januar 1991 - II ZR 190/89, BGHZ 113, 222; Urteil vom 21. November 1989 - X ZR 21/89, ZfBR 1990, 129).

14 Demgegenüber setzt die schlüssige Abrechnung eines Stundenlohnvertrages grundsätzlich keine Differenzierung in der Art voraus, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet werden. Solch eine Zuordnung mag sinnvoll sein. Zur nachprüfbaren Darlegung des vergütungspflichtigen Zeitaufwands erforderlich ist sie nicht, weil seine Bemessung und damit die im Vergütungsprozess erstrebte Rechtsfolge nicht davon abhängen, wann der Unternehmer welche Tätigkeiten ausgeführt hat (BGH, Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, BauR 1984, 667, 668 = ZfBR 1984, 289, 290). Sie muss deshalb vom Unternehmer nur in den Fällen vorgenommen werden, in denen die Vertragsparteien eine dementsprechend detaillierte Abrechnung rechtsgeschäftlich vereinbart haben. Eine dahingehende Abrede kann ausdrücklich oder konkludent nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles getroffen worden sein. Jedenfalls muss sich aus ihr die Verpflichtung zur detaillierten Abrechnung hinreichend deutlich ergeben, so dass der Unternehmer darauf vorbereitet ist, den hierfür erforderlichen Dokumentationsaufwand zu betreiben (BGH, Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07, aaO).

15 bb) Die Klägerin hat die Anzahl der Stunden dargelegt, die sie für die vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht hat. Dazu reichte ihre Behauptung aus, sie habe den geltend gemachten Stundenaufwand für die Fertigstellung der Maler- und Verputzerarbeiten nach näherer Anweisung des Bauleiters geleistet. Denn das war ihr Auftrag. Sie war nicht gehalten, die ihr auf dieser Grundlage übertragenen Aufgaben detailliert zu beschreiben oder von den bereits erbrachten Leistungen der D. GmbH abzugrenzen.

16 Das Berufungsgericht hat keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Klägerin zu einer detaillierteren Abrechnung festgestellt. Es hat im Gegenteil angenommen, die Parteien hätten sich auf eine Abrechnung wie geschehen geeinigt. Darauf kommt es nach dem soeben Dargelegten nicht an. Ob die hiergegen von der Revision geführten Angriffe begründet sind, kann deshalb dahinstehen. Selbst wenn sie berechtigt wären, ergäbe sich daraus nicht umgekehrt die Vereinbarung einer detaillierten Abrechnung.

17 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Klagevortrag auch nicht deshalb unschlüssig, weil die Klägerin auch die Darlegungs- und Beweislast für die Angemessenheit der aufgewandten Stunden trage. Vielmehr liegt die Darlegungs- und Beweislast hierfür grundsätzlich beim Besteller. Auch dies hat der Senat in seinem Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07, aaO, näher dargelegt.

18 aa) Dem Unternehmer ist zwar nicht gestattet, unbeschränkt vergütungspflichtigen Zeitaufwand zu betreiben; vielmehr ist die Vergütungsabrede letztlich durch die allgemein anerkannte Verpflichtung des Unternehmers beschränkt, auf eine wirtschaftliche Betriebsführung zu achten (BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR 198/97, BauR 2000, 1196, 1197; OLG Karlsruhe, BauR 2003, 737, 739 f.; OLG Düsseldorf, BauR 2003, 887, 888 f.; OLG Hamm, BauR 2002, 319,

320 f.; OLG Celle, BauR 2003, 1224 = NZBau 2004, 41; Staudinger/ Peters/Jacoby (2008), § 632 Rdn. 14; Messerschmidt in: Kapellmann/ Messerschmidt, VOB, 2. Aufl., Teil B, § 15 Rdn. 24; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1211 und 1215). Dies führt entgegen einer in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG Hamm, BauR 2002, 319, 320 f.; OLG Celle, BauR 2003, 1224 = NZBau 2004, 41) und in Teilen des Schrifttums (Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 632 Rdn. 14; Messerschmidt in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2. Aufl., Teil B, § 15 Rdn. 64; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1211) vertretenen Meinung nicht dazu, dass der Werklohnanspruch des für Stundenlohn arbeitenden Unternehmers von vorneherein auf den erforderlichen Zeitaufwand begrenzt wird, den der Unternehmer folglich darzulegen und tauglich unter Beweis zu stellen hätte. Denn die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung wirkt sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd aus, sondern lässt einen vom Besteller geltend zu machenden Gegenanspruch aus Vertragsverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB entstehen, dessen tatsächliche Voraussetzungen der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen muss (BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR 198/97, BauR 2000, 1196, 1197 f.; ebenso: OLG Karlsruhe, BauR 2003, 737, 739 f.; OLG Düsseldorf, BauR 2003, 887, 888 f.; Voit in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 631 Rdn. 80; Keldungs, BauR 2002, 322). Dieser Anspruch des Bestellers geht dahin, ihn von der Vergütung des zeitlichen Aufwands freizustellen, der auf einer unwirtschaftlichen Betriebsführung beruht. Im Ergebnis führt der berechtigte Einwand also mittelbar zu einer Herabsetzung der Vergütung, soweit der Besteller den hierfür notwendigen Beweis erbracht hat.

19 Es ist demnach Sache des Bestellers, eine Begrenzung der Stundenlohnvergütung dadurch zu bewirken, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung des Unternehmers ergibt.

20 An die dem Besteller obliegende Darlegung solcher Tatsachen sind keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 1. Februar 2000 - X ZR 198/97, aaO). Der Besteller hat in der Regel keine Kenntnis von den konkreten Umständen, unter denen der Unternehmer die Vertragsleistungen erbringt. Deshalb kann von ihm nicht erwartet werden, dass er seinen Unwirtschaftlichkeitsvorwurf mit in Einzelheiten gehendem Sachvortrag zu eben diesen Umständen erhärtet. Andererseits ist es ihm nach allgemein für eine geordnete Prozessführung geltenden Grundsätzen nicht gestattet, die Erforderlichkeit des vom Unternehmer abgerechneten Zeitaufwands ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt "ins Blaue hinein" zu bestreiten. Vielmehr muss er die ihm bekannten oder ohne weiteres ermittelbaren Umstände vortragen, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung ergibt. Ausreichend in diesem Sinne ist sein Vortrag, wenn er das Gericht in die Lage versetzt, hierüber Beweis zu erheben. Die Angabe von Einzelheiten ist dazu nicht notwendig. Es genügt, wenn der Besteller Tatsachen vorträgt, die den Anspruch auf Freistellung von überhöhten Stundenlohnforderungen rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 1992 - V ZR 95/91, NJW 1992, 3106). Dafür reicht es aus, dass der Besteller im ihm möglichen Umfang Anhaltspunkte darlegt, nach denen der vom Unternehmer für die feststellbar erbrachten Leistungen abgerechnete Zeitaufwand nicht den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Leistungsausführung entspricht.

21 Die sich hieraus ergebenden Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag setzen voraus, dass der Besteller die Möglichkeit hat, die Wirtschaftlichkeit des vom Unternehmer in Ansatz gebrachten Zeitaufwands zu prüfen und zu beurteilen. Dafür muss er zunächst wissen, wie viele Stunden der Unternehmer mit welchen Stundensätzen abrechnet. Ob sich der in Ansatz gebrachte Zeitaufwand im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung hält, hängt zudem davon ab, wofür er angefallen ist. Der Besteller muss also nachvollziehen können, welche konkreten Leistungen der Unternehmer erbracht hat.

Dafür reicht es in der Regel aus, dass sich der dem Stundenlohn unterliegende Leistungsgegenstand nach Art und Inhalt aus dem Vertrag oder nach Erbringung der Leistung in sonstiger Weise ergibt. In diesen Fällen ist eine Überprüfung des abgerechneten Zeitaufwands durch den Besteller auf Wirtschaftlichkeit ohne weiteres möglich und auch das Gericht hat auf den vom Besteller erhobenen Einwand unwirtschaftlicher Leistungsausführung ausreichende Anknüpfungspunkte, diese Frage gegebenenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu klären.

22 bb) Danach ist es grundsätzlich Sache des Beklagten, Tatsachen dafür vorzutragen, dass die angesetzten Stunden nicht mehr im Rahmen wirtschaftlicher Betriebsführung liegen. Allerdings hat der Senat eine sekundäre Darlegungslast des Unternehmers für die Fälle entwickelt, in denen der Besteller nicht nachvollziehen kann, welche konkreten Leistungen der Unternehmer erbracht hat, und ihm deshalb die Möglichkeit genommen ist, die Wirtschaftlichkeit des abgerechneten Zeitaufwands zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07, aaO). Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn der Besteller die einzelnen Leistungen in Auftrag gegeben hat und später den Auftragsumfang nicht mehr nachvollziehen kann.

23 So ist es hier. Der Beklagte kannte, vermittelt durch das Wissen seines Bauleiters, zum Zeitpunkt der Auftragserteilung an die Klägerin den damaligen Ist-Zustand. Aus diesem konnte abgeleitet werden, welche weiteren Leistungen die Klägerin zu erbringen hatte und welchen Anteil sie damit an dem jetzt insgesamt vorhandenen Werk haben würde. Soweit der Beklagte versäumt hat festzuhalten, in welchem Zustand er das Bauwerk der Klägerin für deren Arbeiten zur Verfügung gestellt hat, geht das zu seinen Lasten. Unterlässt es der Besteller, eine ihm ohne weiteres mögliche Dokumentation zu erstellen, die er benötigt, um den Umfang der Arbeiten des Unternehmers auch nachträglich

beurteilen zu können, kann nicht die Rede davon sein, er sei nicht in der Lage gewesen, die konkreten Leistungen des Unternehmers nachzuvollziehen.

24 2. Unzutreffend ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Darlegungs- und Beweislast kehre sich deshalb um, da die Klägerin eine prüfbare Abrechnung vorgelegt habe. Der Beklagten sei deshalb aufzugeben, substantiierte Einwendungen gegen die inhaltliche Richtigkeit der einzelnen Angaben in den Stundenzetteln darzulegen und zu beweisen. Dieser Rechtssatz ist schon dann falsch, wenn die Prüfbarkeit einer Abrechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist. Auch wenn in diesem Fall ein Besteller einer prüfbaren Abrechnung nicht entgegentritt, kehrt sich die Darlegungs- und Beweislast für die den Werklohnanspruch begründenden Voraussetzungen nicht um (BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118, 126). Erst recht kann eine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast nicht angenommen werden, wenn die Prüfbarkeit nicht Fälligkeitsvoraussetzung ist. Etwas anderes gilt, wenn in dem Verhalten des Bestellers ein Schuldanerkenntnis oder Schuldbekenntnis liegt. Das kann der Fall sein, wenn der Besteller die ihm zur Bestätigung zeitnah eingereichten Stundenzettel abzeichnet und zurückgibt. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, dass der Stundenzettel für den Monat Mai vom Bauleiter des Beklagten abgezeichnet worden ist.

25 Fehl geht die Erwägung des Berufungsgerichts, die Beweislastumkehr entspreche einem in § 15 Nr. 3 VOB/B zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Rechtsgedanken. Nach § 15 Nr. 3 VOB/B hat der Auftraggeber die von ihm bescheinigten Stundenzettel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von sechs Werktagen nach Zugang zurückzugeben. Dabei kann er Einwendungen auf dem Stundenzettel oder gesondert erheben. Nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenzettel gelten als anerkannt. Daraus ergibt sich die Fiktion eines Anerkenntnisses. Das entspricht nicht den Voraussetzungen des Bürgerlichen Ge-

setzbuches für ein Anerkenntnis. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgedanken, dass ein derartiges Anerkenntnis in Bauverträgen zu fingieren sei. Ein solcher Rechtsgedanke kann nicht aus Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte hergeleitet werden.

26 Auf diesem Rechtsfehler beruht das Berufungsurteil. Denn hätte das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast zutreffend bei der Klägerin gesehen, hätte es seiner Entscheidung die Stundenlohnzettel nicht ohne weiteres als inhaltlich richtig zugrunde legen dürfen. Der Beklagte hat ausreichend substantiiert bestritten, dass die abgerechneten Stunden überhaupt erbracht worden seien.

27 3. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht dagegen die erstmals in der Berufungsinstanz von dem Beklagten unter Beweisantritt aufgestellte Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe bei Gesprächen im Sommer 2001 die gesamte Gewährleistung für die Arbeiten der Vorgängerfirma D. GmbH übernommen, gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zugelassen. Die hiergegen erhobene Rüge der Revision greift nicht durch. Entgegen ihrer Auffassung konnte der Beklagte nicht aufgrund des Hinweisbeschlusses des Landgerichts vom 22. April 2002 davon ausgehen, dass eine Aufklärung, welche Arbeiten von der Klägerin ausgeführt wurden, auf jeden Fall erfolgen würde und er deshalb keine Veranlassung habe, zu einer Gewährleistungsübernahme vorzutragen. Das Landgericht hat nämlich im selben Beschluss angekündigt, den Werklohnanspruch der Klägerin schätzen und der Schätzung zugrunde legen zu wollen, welcher zeitliche Anteil der insgesamt geltend gemachten Stunden auf die D. GmbH und welcher auf die Klägerin entfalle. Daraus hätte sich dem Beklagten erschließen müssen, dass das Landgericht genaue Feststellungen zu den konkret erbrachten Leistungen gerade nicht für notwendig erachtet hat; deshalb musste er damit rechnen, dass sich die von ihm behaupteten Mängel

nicht den Arbeiten der Klägerin zuordnen lassen würden. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht von einer Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ausgegangen ist, weil der Beklagte nicht bereits in erster Instanz vorgetragen hat, dass die Klägerin eine Gewährleistungsübernahme erklärt habe.

III.

28 Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden. Das Berufungsgericht hat sich nunmehr mit den Angriffen der Berufung gegen die landgerichtlichen Feststellungen zum Umfang der geleisteten Arbeitsstunden und der Mate-

rialaufwendungen sowie ihrer Erforderlichkeit unter Berücksichtigung der dargestellten Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast inhaltlich zu befassen.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 18.11.2004 - 2/23 O 170/02 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 02.03.2006 - 18 U 144/04 -