

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 11/96

Verkündet am:
2. Dezember 1997
Schanz
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 1997 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 13. Dezember 1995 verkündete Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte beauftragte die Klägerin Anfang Juni 1993 mit dem Druck einer Ausgabe des Werks "Die Fabeln des Jean de La Fontaine", dessen Texte aus zwei früher erschienenen Veröffentlichungen kopiert und dessen Illustrationen einer französischen Vorlage entnommen werden sollten. Die Klägerin sollte Rahmen und Überschriften für jede Seite neu setzen und die kopierten und teilweise vergrößerten Texte und Abbildungen neu montieren. Auf einen eigenen Satz der Texte wurde aus Kostengründen verzichtet. Die Klägerin lieferte zunächst am 4. Juni 1993 Kopien des gesamten Werks nach gesetzten und einmontierten Überschriften, Farbkopien und Farbmuster sowie am 28. Juni 1993 einfache Chromalien aller Farbseiten zur Prüfung, Imprimatur und Rücksendung. Mit Schreiben vom 2. Juli 1993 rügte der Beklagte zahlreiche Mängel insbesondere der Text- und Bildmontagen. Am 28. Juli 1993 wurden dem Beklagten einfache Blaupausen des gesamten Werks zur Prüfung, Imprimatur und Rücksendung übermittelt. Am 13. August 1993 fand zwischen dem Beklagten und dem Zeugen G. für die Klägerin eine Besprechung statt, bei der einige Änderungen in den Blaupausen fixiert wurden und seitens des Beklagten die ihrem Inhalt nach streitige Druckfreigabe erklärt wurde. Daraufhin erfolgte der Druck. Der Beklagte erhielt am 6. September 1993 einen "Aushänger" zur Prüfung und Bindefreigabe. Er machte nunmehr wiederum Mängel geltend und verweigerte die Bindefreigabe. Mit Schreiben vom 15. Oktober 1993 stellte die Klägerin ihre bisher angefallenen Aufwendungen in Rechnung; der Beklagte bestimmte daraufhin mit Schreiben vom 19. Oktober 1993 eine Nachbesserungsfrist bis 25. Oktober 1993.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin, die Mängel des Werks in Abrede stellt und sich auf die Druckfreigabe beruft, verlangt vom Beklagten in der Hauptsache 98.555,22 DM Zug um Zug gegen Übergabe von 13.500 ungebundenen Buchexemplaren; sie begehrt weiter die Feststellung, daß sich der Beklagte in Annahmeverzug befinde. Der Beklagte macht geltend, er habe die Druckfreigabe nur unter der Bedingung erklärt, daß die bis dahin festgestellten Mängel beseitigt würden. Er behauptet unter Darlegung im einzelnen, daß das Werk mangelhaft sei.

Das Landgericht hat sachverständig beraten der Klage stattgegeben. Es ist dabei davon ausgegangen, daß die am 13. August 1993 vom Beklagten verlangten Änderungen von der Klägerin berücksichtigt worden seien und weitere Mängel zwar vorlägen, aber bei dieser Besprechung nicht mehr gerügt worden seien. Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin die Klageforderung weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der vereinbarten Vergütung als nicht fällig angesehen. Das Werk sei noch nicht gebunden und deshalb nur

teilweise fertiggestellt, so daß der Beklagte berechtigt sei, die Abnahme zu verweigern. Eine Teilabnahme sei nicht vereinbart gewesen. Der Klägerin stehe auch kein Anspruch auf Entschädigung wegen unterlassener Mitwirkung des Beklagten zu. Es sei nicht feststellbar, daß der Beklagte eine Mitwirkungspflicht verletzt habe, denn die Klägerin habe für die Fertigstellung des Werks eine Bindefreigabe durch den Beklagten nicht benötigt. Weiter könne nicht festgestellt werden, daß der Beklagte den Werkvertrag gekündigt habe; das Anwaltsschreiben vom 19. Oktober 1993 enthalte zwar ein Nachbesserungsverlangen und in ihm komme zum Ausdruck, daß der Beklagte die Haltung der Klägerin als Ablehnung der Nachbesserung auslegen werde, dies könne jedoch nicht als Kündigung verstanden werden. Das Klagebegehren sei schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer grundlosen und endgültigen Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Beklagten begründet, da dieser gerade ordnungsgemäße Erfüllung verlange. Die Vorleistungspflicht der Klägerin sei nicht abbedungen.

2. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien Werkvertragsrecht Anwendung findet und daß die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers demnach grundsätzlich die Abnahme des vollendeten Werks voraussetzt (§§ 632, 641 BGB), weiter davon, daß eine Teilabnahme nicht vereinbart und die Leistung der Klägerin nicht vollständig erbracht und damit nicht abnahmefähig ist; auch die Revision stellt dies nicht in Frage.

3. Die Revision rügt gleichwohl mit Erfolg, daß das Berufungsgericht den Zahlungsanspruch der Klägerin nicht hat durchgreifen lassen.

a) Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 50, 175, 177; Senat, Urt. v. 29.10.1985 - X ZR 12/85, NJW-RR 1986, 211, 212; Urt. v. 15.5.1990 - X ZR 128/88, NJW 1990, 3008, 3009) anerkannt, daß der Unternehmer den Werklohn schon vor Fertigstellung und Abnahme des Werks verlangen kann, wenn der Besteller die Abnahme endgültig und grundlos ablehnt. Der Besteller kann sich in diesem Fall nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Werklohnanspruch mangels Abnahme noch nicht fällig sei, oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend machen. Es widerspräche den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB), daß sich eine Vertragspartei willkürlich vom Vertrag los-sagt. Es kann der Gegenseite nicht zugemutet werden, zur Durchsetzung ihres Zahlungsanspruchs weitere Leistungen zu erbringen, von denen von vornherein feststeht, daß sie zurückgewiesen werden und daher sinnlos sind. Die Fertigstellung des Werks würde in einem solchen Fall auch den Interessen des Bestellers zuwiderlaufen, weil sonst die Möglichkeit einer Verringerung des Werklohnanspruchs wegen ersparter Aufwendungen entsprechend § 649 Satz 2 BGB versperrt wäre.

aa) Es kann für die Entscheidung über die Revision zunächst dahinstehen, ob die Verkaufs- und Lieferbedingungen der Klägerin Vertragsbestandteil geworden - wovon revisionsrechtlich mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist - und ob sie wirksam sind,

was die Revisionserwiderung zum einen unter Hinweis auf § 2 AGBG und zum anderen unter Verweisung auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG in Abrede stellt. Nach diesen Geschäftsbedingungen hat der Auftraggeber "die Vertragsgemäßheit der gelieferten Ware sowie der zur Korrektur übersandten Vor- und Zwischenerzeugnisse in jedem Fall sofort zu prüfen. Die Gefahr etwaiger Fehler geht mit der Druckreifeerklärung auf den Auftraggeber über, soweit es sich nicht um Fehler handelt, die erst in dem sich an die Druckreifeerklärung anschließenden Fertigungsverfahren entstanden sind oder erkannt werden konnten. Das gleiche gilt für alle sonstigen Freigabeerklärungen des Auftraggebers zur weiteren Herstellung." Danach sollten nach Druckfreigabeerklärung Gewährleistungsansprüche grundsätzlich ausgeschlossen sein. Auch wenn die Bedingungen nicht wirksam sein sollten, bleibt der Vortrag der Klägerin beachtlich (GA 152) und nach § 4 AGBG vorrangig, zwischen den Parteien sei hinsichtlich der Druckfreigabe am 13. August 1993 eine Individualvereinbarung getroffen worden. Auf die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt es demnach erst dann an, wenn das Vorliegen einer Individualvereinbarung nicht festgestellt werden kann, die formularmäßige Regelung aber Vertragsinhalt geworden ist. Dies wird das Berufungsgericht erforderlichenfalls zu klären haben.

bb) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte mit Schreiben vom 2. Juli 1993 Mängel gerügt und auch auf die Sendung vom 28. Juli 1993 hin Beanstandungen erhoben hat, die am 13. August 1993 mit dem von beiden Parteien als Zeugen benannten Mitarbeiter der Klägerin, G. , besprochen worden sind.

Das Berufungsgericht hat dabei im rechtlichen Ansatz zutreffend darauf abgestellt, ob der Beklagte die Vertragserfüllung durch die Klägerin grundlos verweigert hat. Es hat dazu ausgeführt, der Beklagte verlange ordnungsgemäße Erfüllung. Da die Vorleistungspflicht der Klägerin nicht abbedungen sei, sei der Beklagte berechtigt, die Zahlung des Werklohns bis zur Fertigstellung der vollständigen Werkleistung zu verweigern, zumal er Mängel geltend mache, die ihn auch nach Vollendung des Werks berechtigen würden, die Zahlung zu verweigern, falls er nicht zuvor auf die Geltendmachung solcher Fehler verzichtet habe. Die Frage, ob die Klägerin den Werklohn für den noch nicht vollendeten Teil des Werks verlangen könne, falls es ihr gelänge, den Verzicht des Beklagten auf die Gewährleistung für bestimmte Mängel zu beweisen, könne dahinstehen, weil die Klägerin auf einen entsprechenden gerichtlichen Hinweis nicht reagiert habe.

b) Das Berufungsgericht hat indessen nicht geprüft, unter welchen Voraussetzungen der Beklagte im Anschluß an das Gespräch vom 13. August 1993 die Druckfreigabe erklärt hat und welche rechtlichen Folgen sich aus dieser Erklärung ergeben können.

aa) Die Revision rügt zunächst als übergangen, daß der Beklagte in erster Instanz zugestanden habe, am 13. August 1993 die Druckfreigabe erklärt zu haben. Mit dieser Rüge kann sie keinen Erfolg haben. Der Beklagte hat nämlich in erster Instanz nur erklärt, die Druckfreigabe sei unter der Bedingung erfolgt, daß die bis dahin festgestellten, nämlich im Schreiben vom 2. Juli 1993 gerügten, Mängel besei-

tigt werden. Damit hat der Beklagte geltend gemacht, sich bei Druckfreigabe seine Rechte wegen dieser Mängel vorbehalten zu haben. Unabhängig von der Frage, ob hierin ein (Teil-)Geständnis liegt, kann eine derartige Erklärung die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (- sofern diese maßgeblich sein sollten -) der Klägerin vorgesehenen Rechtsfolgen hinsichtlich der Mängel, für die ein Vorbehalt erfolgt ist, nicht auslösen.

bb) Mit Erfolg macht die Revision jedoch geltend, daß das Berufungsgericht den unter Zeugenbeweis gestellten (GA 153 f) - streitigen (GA 122, 124) - Vortrag der Klägerin übergangen habe, die Druckfreigabe sei vom Beklagten unter der Bedingung erklärt worden, daß die gemeinsam auf den Blaupausen vermerkten Änderungen vollzogen würden, die nach der letzten Korrektur noch verbleibenden Mängel der Textseiten aber hingenommen werden sollten. Dem mußte das Berufungsgericht nachgehen. Da dies nicht geschehen ist, liegt ein Verstoß gegen § 286 ZPO vor.

cc) Zu der weiteren Frage, ob die am 13. August 1993 in den Blaupausen fixierten Änderungen beim Druck berücksichtigt wurden, trifft das Berufungsurteil keine Feststellungen. Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß dies - entsprechend den Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil - der Fall war.

c) Das Berufungsgericht hat sich nicht in der Lage gesehen festzustellen, daß der Werkvertrag gekündigt worden sei. Dies begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Jedoch hat das Berufungsgericht - von seinem Stand-

punkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob in dem Schreiben des anwaltlichen Vertreters des Beklagten vom 19. Oktober 1993 (GA 17) eine endgültige Ablehnung der Erfüllung lag, wofür insbesondere der Hinweis auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sprechen kann, oder ob eine solche Ablehnung jedenfalls im Verhalten des Beklagten im Rechtsstreit liegt. Diese Prüfung wird das Berufungsgericht nachzuholen haben.

4. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben. Es war daher aufzuheben. Da die Entscheidung des Rechtsstreits zunächst davon abhängt, ob der Beklagte die Vertragserfüllung durch die Klägerin grundlos verweigert hat, und da hierzu Beweis erhoben werden muß, war die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Bei seiner erneuten Befassung wird das Berufungsgericht zunächst der Frage nachzugehen haben, unter welchen Voraussetzungen der Beklagte die Druckfreigabe erklärt hat. Es wird weiter den Vortrag des Beklagten zu würdigen haben, daß bestimmte Mängel erst beim Druck selbst aufgetreten seien.

Rogge

Jestaedt

Melullis

Scharen

Keukenschrijver