

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 27/91

URTEIL

Verkündet am:
28. April 1992
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

D [REDACTED] K [REDACTED] Ernst G [REDACTED] GmbH & Co. KG, gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin D [REDACTED] K [REDACTED] Ernst G [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Johannes O. B [REDACTED], Dr. Walter O. B [REDACTED], Dr. Walter F. Be [REDACTED], Karl-Heinz H [REDACTED], V [REDACTED] Weg 49, D [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

Klaus Jürgen S [REDACTED], B [REDACTED] Straße 57/59, K [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1992 durch die Richter Rogge, Dr. Jestaedt, Dr. Broß, Dr. Ullmann und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Februar 1991 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, beratender Ingenieur und Hydrogeologe, nimmt die Beklagte auf Zahlung einer Vergütung in Anspruch.

Bei der Entfernung der unterirdischen Tanks auf einem von der Beklagten gemieteten Grundstück wies das umgebende Erdreich Ölgeruch auf. Wegen des Verdachts einer Verunreinigung durch Öl und Kraftstoffe durch den früheren Betrieb einer Tankstelle auf dem Grundstück beauftragte die Beklagte den Kläger mit örtlichen Untergrunduntersuchungen, Befundanalysen, der Erstattung eines geohydrologischen Gutachtens nebst Lageplan sowie mit der allgemeinen Projektbearbeitung und der Leitung der gegebenenfalls erforderlichen Sanierungsmaßnahmen. Der Kläger entnahm und untersuchte zahlreiche Bodenproben. Weil deren Ergebnisse seiner Ansicht nach eine Sanierung des Bodens erforderlich machten, beauftragte er ein Entsorgungsunternehmen mit dem Abtransport und der Vernichtung verunreinigten Erdreichs, wobei ein Preis von 96,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer je Tonne vereinbart wurde. Aufgrund dieses Auftrags wurden insgesamt etwa 2.500 t Erdreich abtransportiert und deponiert.

Nachdem sich ein weiterer Sachverständiger, den der Haftpflichtversicherer der Beklagten eingeschaltet hatte, kritisch über das zwischenzeitlich erstellte Gutachten des Klägers sowie die von diesem veranlaßten Maßnahmen und insbesondere den für die Entsorgung vereinbarten Preis geäußert hatte, weigerte sich die Beklagte, die von jenem Unternehmen in Rechnung gestellten Beträge zu zahlen. Auf die daraufhin erhobene Klage wurde die Beklagte durch - mittlerweile



rechtskräftiges - Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf antragsgemäß verurteilt. In diesem Verfahren hatte sie dem Kläger den Streit verkündet; er ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.

Der Kläger begehrt die Vergütung für seine Arbeiten, die er mit insgesamt 40.009,65 DM beziffert hat. Das Landgericht hat der Klage - abgesehen von einem Teil der geltend gemachten Zinsforderung - stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt diese ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

I.

1. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung hat das Berufungsgericht zutreffend als Werkvertrag eingeordnet. Die Revision erhebt demgegenüber keine Einwände.

2. Keinen Bedenken begegnet auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der mit der Klage geltend gemachte Betrag von 40.009,65 DM sei die Vergütung, die sich aufgrund der Vereinbarung der Parteien errechne. Die von der Revision erhobenen Rügen betreffen lediglich die von der Beklagten

geltend gemachten Gegenansprüche und die Herabsetzung dieser Vergütung wegen behaupteter Mängel des Werkes.

3. a) Die Fälligkeit dieses Werklohnanspruchs leitet das Berufungsgericht daraus ab, daß die Beklagte die - ihrem Charakter nach abnahmefähige - Leistung des Klägers dadurch abgenommen habe, daß sie diese anerkannt und für ihre Zwecke gebraucht habe, ohne Einwände gegenüber den Untersuchungen und Analysen oder dem Auftrag an das Entsorgungsunternehmen zu erheben, die an Ort und Stelle getroffenen Maßnahmen des Klägers hingenommen und ferner sein Gutachten ohne Beanstandung entgegengenommen habe. Darin liege aus der Sicht des Klägers eine Billigung seiner Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß. Auch die in dem später eingeholten Gutachten enthaltene Kritik an seiner Arbeit habe der Kläger nicht als Äußerung von Zweifeln an der Tauglichkeit seiner Arbeit verstehen können und müssen; vielmehr habe das Gesamtverhalten der Beklagten aus seiner Sicht die Abnahme ergeben, die mit- hin mit der Übergabe des Gutachtens erfolgt sei.

b) Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nur zum Teil stand.

aa) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß die Fälligkeit der durch den Kläger erhobenen Werklohnforderung voraussetzt, daß die Beklagte seine Leistung abgenommen hat (§§ 641 Abs. 1, 640 BGB) oder ihm - insbesondere wegen einer Verletzung seiner Pflicht zur Abnahme (§ 640 Abs. 1 BGB) - die Berufung auf die fehlende Abnahme verwehrt ist. Die dem zugrundeliegende Auffassung von der Abnahmefähigkeit des Werkes hat die Revision als ihr

günstig nicht angegriffen; sie läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen, sondern steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Abnahmefähigkeit bei Architekten- und Ingenieurarbeiten (BGHZ 37, 341, 345; BGH VersR 1964, 611; 1972, 640; vgl. auch Erman/Seiler, BGB, 3. Aufl., § 640 BGB Rdn. 13; Soergel in MünchKomm. BGB, 2. Aufl., § 646 BGB Rdn. 2; Glanzmann in BGB RGRK, 12. Aufl., § 646 Rdn. 2, 13; Staudinger/Peters, BGB, 12. Aufl., § 646 BGB Rdn. 7; Palandt/Thomas, BGB, 51. Aufl., § 640 Rdn. 3 jeweils m.w.N.; Staudinger/Riedel, BGB, 11. Aufl., § 640 BGB Rdn. 14).

Sowohl die Bodenuntersuchungen als auch die Entscheidungen des Klägers über den Umfang der gebotenen Sanierung und die daraufhin eingeleiteten Maßnahmen sind einer Prüfung und Bewertung in gleichem Maße zugänglich wie etwa vergleichbare Planungs- und Ausführungsarbeiten eines Architekten oder Ingenieurs. Wie dort ist daher auch hier eine Abnahmefähigkeit der Leistungen des Klägers gegeben.

bb) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist demgegenüber die Annahme des Berufungsgerichts, die Abnahme liege vor. Zwar ist ihm darin zu folgen, daß diese nicht ausdrücklich erklärt werden muß, sondern auch in einem schlüssigen Verhalten zum Ausdruck kommen kann (vgl. BGHZ 48, 257, 262; 50, 160, 162; 61, 42, 45; BGH NJW 1970, 421, 422; vgl. auch die Nachweise bei Staudinger/Peters aaO § 640 BGB Rdn. 18). Seine Würdigung, ein solches Verhalten liege hier in der unbeanstandeten Hinnahme der Arbeiten des Klägers, seines Gutachtens und des von ihm erteilten Auftrages, verletzt jedoch allgemeine Auslegungsgrundsätze und beruht auf einer nicht

erschöpfenden Behandlung des zugrundeliegenden Tatsachenstoffes.

Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, daß die Beklagte die Arbeiten des Klägers kritiklos hingenommen habe, hat es nicht berücksichtigt, daß sich das von ihm gewürdigte Verhalten auf den Zeitraum vor dem Abschluß der Tätigkeit des Klägers beschränkt. Vor diesem Zeitpunkt besteht jedoch in der Regel auch aus der Sicht des Auftragsnehmers kein Anlaß für eine Abnahmeerklärung; für die Annahme eines abweichenden Sachverhalts hätte es der Darlegung besonderer Umstände bedurft, die das Berufungsgericht nicht festgestellt hat. Der von ihm zugrundegelegte Vertragsinhalt spricht vielmehr eher gegen eine solche Annahme. Danach hat die Beklagte den Kläger nicht in einer Eigenschaft als Gutachter beauftragt, sondern ihn in erster Linie mit der Ermittlung des Schadens und der Durchführung der für seine Beseitigung erforderlichen Maßnahmen betraut und ihm dabei im Hinblick auf den auf ihrer Seite fehlenden Sachverstand und im Vertrauen auf seine Sachkunde Auswahl und Überwachung der notwendigen Schritte übertragen. Vor diesem Hintergrund ist das von dem Kläger nach Abschluß seiner Arbeiten erstellte Gutachten primär als eine Art Abschlußbericht zu verstehen, als dessen Zweck in erster Linie die Unterrichtung der Beklagten über die getroffenen Maßnahmen in Betracht zu ziehen ist. Eine vor diesem Zeitpunkt liegende Prüfung der Beklagten und eine daran anschließende Abnahme einzelner Teile der seitens des Klägers geschuldeten Leistungen sind damit schwerlich in Einklang zu bringen.

Ebensowenig kann aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts aus der Entgegennahme des Gutachtens auf eine konkludente Annahmeerklärung geschlossen werden. Das in diesem Zusammenhang durch das Berufungsgericht gewürdigte Verhalten der Beklagten hat sich im wesentlichen auf die kommentarlose Entgegennahme dieses Berichtes beschränkt. Dabei hat es übersehen, daß ein reines Schweigen grundsätzlich nicht als Annahme gewertet werden kann und auch eine Inanspruchnahme des Werkes, von der hier ohnehin nur bedingt gesprochen werden kann, nur in Verbindung mit dem Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist als konkludente Abnahme verstanden werden kann (Werner/Pastor, Bauprozeß, 6. Aufl., Rdnr. 1173 m.w.N.). Ob in einem Verhalten eine (schlüssige) Abnahmeerklärung liegt, beurteilt sich nach dem Rechtsgedanken der §§ 133, 157 BGB danach, ob der Unternehmer hieraus nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte schließen konnte und durfte, der Besteller billige seine Leistung als vollen Umfangs oder doch im wesentlichen vertragsgerecht. Hierfür besteht auch aus seiner Sicht allenfalls dann Anlaß, wenn der Besteller zuvor Gelegenheit hatte, das Werk zu prüfen und zu bewerten. Nur dann kann zu erwarten sein, daß er auf erkennbare Mängel hinweist, mit der Folge, daß der Auftragnehmer aus dem Unterbleiben einer solchen Rüge eine Billigung seiner Leistung als vertragsgerecht ableiten kann. Eine Prüfungsmöglichkeit in diesem Sinne bestand für die Beklagte jedoch vor und bei Übergabe des Gutachtens nicht. Eine frühere Unterrichtung über die durch den Kläger getroffenen Maßnahmen und seine Einschätzung der Lage ist durch diesen nicht behauptet worden und erscheint im übrigen im Hinblick auf den Zweck des Gutachtens auch aus-

geschlossen. Damit aber fehlt der Wertung eines solchen Verhaltens als Annahme auch aus der Sicht des Klägers jede tatsächliche Grundlage. Dem steht nicht entgegen, daß - wie die Revisionserwiderung meint - die Abnahme eine vorherige Prüfung grundsätzlich nicht voraussetzt. Für die hier interessierende Frage, ob der Unternehmer aus einem Schweigen des Bestellers auf eine Abnahme schließen kann, gibt das nichts her.

Aus den gleichen Gründen kann auch aus dem Umstand, daß die Beklagte dem Auftrag an das Entsorgungsunternehmen nach der Auftragsbestätigung nicht widersprochen hat, auf eine Abnahme nicht geschlossen werden. Gegenüber diesem Unternehmen kam ein Widerspruch schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsggerichts, die die Revision nicht angreift, zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Beklagten befugt und der Auftrag zur Entsorgung daher auch aus deren Sicht wirksam war. Der Kläger selbst konnte einen solchen Widerspruch - abgesehen davon, daß seine Tätigkeit noch nicht beendet und daher das Werk nicht endgültig hergestellt war - auch deshalb nicht erwarten, weil der Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch jede Prüfungsmöglichkeit fehlte. Sie hatte den Kläger auch aus dessen Sicht mit der Ermittlung und Behebung des Schadens beauftragt und ihm dabei umfassende Vollmachten eingeräumt, weil ihr selbst die erforderliche Sachkunde fehlte. Daß sie gleichwohl schon jetzt in eine Prüfung eintreten würde, konnte er danach nicht erwarten. Das ließ auf seiner Seite zugleich die Annahme nicht zu, die Beklagte werde bereits vor seinem Abschlußbericht jede einzelne seiner Maßnahmen überprüfen und gegebenenfalls Rügen erheben.

II.

Der erfolgreichen Durchsetzung der Klagforderung stünde die fehlende Abnahme allerdings nicht entgegen, wenn die Beklagte diese grundlos verweigert hätte (BGHZ 50, 175, 179; Palandt/Thomas aaO § 641 BGB Rdnr. 2; Soergel aaO § 640 BGB Rdnr. 25; Staudinger/Peters aaO § 640 BGB Rdnrn. 38 ff.). Insoweit bedarf es jedoch noch weiterer Feststellungen, so daß dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich ist.

1. Die Verweigerung der Abnahme ist jedenfalls dann nicht grundlos in diesem Sinne, wenn das Werk nicht nur unerhebliche Mängel aufweist. Jedenfalls dann, wenn ein Werk mit Mängeln in dem hier gerügten Umfang behaftet ist, kann von dem Besteller auch im Hinblick auf seine Verpflichtung nach § 640 BGB nicht verlangt werden, die Leistung abzunehmen und damit als in der Hauptsache vertragsgemäß zu billigen (Soergel aaO § 640 BGB Rdnr. 25; Staudinger/Peters aaO § 640 BGB Rdnr. 37).

Insoweit steht von den von der Beklagten ursprünglich erhobenen Mängelrügen in der Revisionsinstanz allein noch die zur Beurteilung an, der Kläger habe es versäumt, die - tatsächlich vorhandenen - kostengünstigeren Alternativen für die Beseitigung des Erdreichs zu ermitteln. Dem ist das Berufungsgericht nicht nachgegangen. Das wird nachzuholen sein. Seine im Zusammenhang mit möglichen Ersatzansprüchen der Beklagten angestellten Erwägungen lassen sich auf diesen Problemkreis schon mit Rücksicht darauf nicht übertragen, daß der Kläger als Voraussetzung für die Abnahmeverpflichtung der Beklagten die Mangelfreiheit seiner Leistung zu be-

weisen hätte (vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., Bd. 1, § 640 BGB Rdnr. 1 m.w.N.). Darüber hinaus halten die Ausführungen des Berufungsgerichts insoweit auch in der Sache der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

Einen Mangel verneint das Berufungsgericht im wesentlichen mit der Erwägung, daß der Kläger zu einer weitergehenden Wahrung der wirtschaftlichen Belange der Beklagten nicht verpflichtet gewesen sei. Die dem zugrundeliegende Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung kann zwar als tatrichterliche Würdigung in der Revisionsinstanz nur beschränkt (vgl. BGHZ 65, 107, 110) daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder sie auf Verfahrensfehlern beruht, indem unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer acht gelassen wurde (vgl. BGH, Urt. v. 01.10.1964 - KZR 5/64, GRUR 1965, 160, 161 - Abbauhammer; Urt. v. 07.12.1978 - X ZR 63/75, GRUR 1979, 308, 309 - Auspuffkanal für Schaltgase; Urt. v. 30.11.1977 - VIII ZR 69/76, WM 1978, 266; Urt. v. 10.05.1989 - IVa ZR 66/88, WM 1989, 1344, 1345; Urt. v. 08.12.1989 - V ZR 53/88, BGHR § 559 Abs. 2 ZPO - Auslegungsgrundsätze 1). Auch einer so beschränkten Überprüfung hält die Auslegung durch das Berufungsgericht indessen nicht stand. Es hat zum einen wesentlichen Sachvortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen und zum anderen die zu den anerkannten Auslegungsregeln zählende Notwendigkeit einer nach beiden Seiten interessegerechten Beurteilung (BGHZ 21, 319, 328; BGH, Urt. v. 03.12.1980 - VIII ZR 300/79, NJW 1981, 1549;

Urt. v. 07.06.1991 - V ZR 175/90, NJW 1991, 2488, 2489)
nicht hinreichend beachtet.

Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts über die Stellung des Klägers gegenüber der Beklagten als unvereinbar mit der Bestimmung seines Pflichtenkreises erscheinen. Mit der durch das Berufungsgericht zugrundegelegten Befugnis, die Beklagte bei einem erheblichen Auftragsvolumen in der Größenordnung einer sechsstelligen Summe unter Inanspruchnahme eines eigenen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums umfassend auch rechtsgeschäftlich zu vertreten, korrespondiert in der Regel eine weitreichende Verpflichtung des Vertreters, die Vermögensinteressen des Vertretenen zu wahren, die regelmäßig insbesondere die Verpflichtung einschließt, die jeweils günstigste Handlungsalternative zu ermitteln und zu wählen. Umstände, die hier eine abweichende Interpretation zuließen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Soweit es darauf verweist, daß die Beklagte den Kläger lediglich in seiner Eigenschaft als Geologe und Hydrologe eingeschaltet habe, von dem sie Kenntnisse auf dem Gebiet der Abfallbeseitigung nicht habe erwarten können, hat es wesentlichen Parteivortrag unberücksichtigt gelassen. Mit der Berufungsbeurteilung hat die Beklagte vorgetragen, daß der Kläger sich in seinem Briefkopf auch als Fachmann für Abfallbeseitigung bezeichnet und in diesem Zusammenhang insbesondere auf Erfahrung bei der Beseitigung von Ölschäden und damit auf einem einschlägigen Sektor behauptet habe. Das steht der Annahme einer - auch der Beklagten erkennbaren - mangelnden Kompetenz des Klägers eher entgegen.

2. Als Voraussetzung für die entscheidende Frage einer möglichen Mangelhaftigkeit der durch den Kläger erbrachten Leistungen wird sich das Berufungsgericht daher erneut mit der Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung zu befassen haben. In diesem Zusammenhang wird auch darauf einzugehen sein, ob und in welchem Umfang die in der Werbung des Klägers in Anspruch genommene Kompetenz in den Vertrag zwischen den Parteien eingeflossen ist. Sollte sich danach ergeben, daß der Kläger auch zur Wahrung der Vermögensinteressen der Beklagten verpflichtet war, wird es weiter berücksichtigen müssen, daß die Beweislast für das Fehlen des behaupteten Mangels den Kläger trifft, wenn eine zumindest konkludente Abnahme nicht festgestellt werden kann. Sollte dieser Beweis geführt werden, wird gegebenenfalls weiter in eine Prüfung der Beweisangebote der Beklagten einzutreten sein. Dabei wird das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, daß ein Beweisantritt über eine möglicherweise erhebliche Tatsache nur dann abgelehnt werden kann, wenn entweder die Tatsache so ungenau bezeichnet wird, daß ihre Erheblichkeit nicht zu beurteilen ist, oder wenn die Behauptung aus der Luft gegriffen, also gleichsam ins Blaue hinein aufgestellt wird und sich damit als Rechtsmißbrauch darstellt (vgl. Sen.Urt. v. 23.4.1991 - X ZR 77/89, NJW 1991, 2707, 2709 = MDR 1992, 76 m.w.N.; vgl. auch Sen.Beschl. v. 11.7.1974 - X ZB 9/72, GRUR 1975, 254, 255 - Ladegerät). Demgegenüber hat die Beklagte konkret vorgetragen, daß eine Deponierung auch größerer Mengen mit Öl kontaminierten Erd-

reichs auf der Hausmülldeponie der Stadt K[REDACTED] möglich gewesen wäre; sie hat darüber hinaus hinreichende Anhaltspunkte dafür dargelegt, daß ihr die erforderliche Ausnahmegenehmigung erteilt worden wäre.

Rogge

Jestaedt

Broß

Ullmann

Melullis