

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

X ZR 95/93

Verkündet am:
25. April 1996
Karst
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

B [REDACTED] I [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch
ihren Geschäftsführer Peter B [REDACTED], H [REDACTED]straße 10,
P [REDACTED]-K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. Dr. [REDACTED] -

gegen

A [REDACTED] L [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Karl-Heinz S [REDACTED] und Johannes S [REDACTED], K [REDACTED]-
A [REDACTED]-Platz 11, D [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 1996 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Juni 1993 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Werklohn in Anspruch. Die Beklagte handelt unter anderem mit flüssiger Kohlensäure und unterhält zu diesem Zweck in Nürnberg eine Kohlensäure-Tankkühlanlage, die im Jahre 1987 aus einem 50 t-Tank und aus einem 80 t-Tank bestand, beide mit zugehöriger Kältemaschine.

Anfang Mai 1987 war in der Kältemaschine der 50 t-Anlage der Verdichter defekt. Die Beklagte beauftragte die Klägerin, einen von der Beklagten zur Verfügung gestellten Verdichter des Typs Bitzer H 6 einzubauen. Die Klägerin führte die Arbeiten am 7./8. Mai 1987 durch und erbrachte am 13. Mai 1987 Nachtragsarbeiten. Sie tauschte am 18. Mai sowie am 17. Juni 1987 an der 50 t-Anlage erneut jeweils den Verdichter des Typs Bitzer H 6 aus, nachdem der jeweils zuvor eingebaute Verdichter Totalschaden erlitten hatte.

Am 25. Juni 1987 beauftragte die Beklagte die Klägerin weiterhin, nunmehr auch den inzwischen defekten Verdichter der 80 t-Anlage auszutauschen. Die Klägerin führte den Auftrag aus und tauschte den Verdichter dieser Anlage noch drei weitere Male aus, nämlich anlässlich ihrer Arbeiten vom 29. Juni bis 3. Juli, 7. bis 9. Juli und 10. sowie 11. Juli 1987. Mit Schreiben vom 9. Juli 1987 teilte die Klägerin der Beklagten die Gründe mit. Mit Rechnung vom 16. Juli 1987 verlangte sie von der Beklagten 125.061,25 DM brutto. Diese zahlte 24.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 27.360,-- DM und lehnte mit Schreiben vom 9. September 1987 weitere Zahlungen ab.

Nach den letzten Arbeiten der Klägerin fielen die Verdichter an beiden Anlagen erneut aus. Die Beklagte ließ die Verdichter durch ein anderes Unternehmen austauschen, das hierfür rund 18.600,-- DM in Rechnung stellte. Danach liefen beide Anlagen jedenfalls bis zu der 1989 erfolgten Veräußerung der 50 t-Anlage einwandfrei.

Mit der Klage hat die Klägerin von der Beklagten Zahlung von 97.701,25 DM nebst 8,5 % Zinsen seit dem 9. September 1987 verlangt. Sie hat behauptet, die Beklagte habe mehrere Aufträge erteilt und die Werkleistungen jeweils durch Inbetriebnahme der Anlagen abgenommen. Die wiederholte Erneuerung der Verdichter sei erforderlich gewesen, weil die Beklagte beide Anlagen im Interesse der Aufrechterhaltung einer möglichst hohen Produktion bis zu der geplanten Inbetriebnahme einer 250 t-Anlage außerhalb der Belastungsgrenzen betrieben habe. Sie habe auch Sicherheitseinrichtungen der Anlage außer Funktion gesetzt. Ferner hätten Mitarbeiter der Beklagten oder Dritte unzulässigerweise Öl sowie Kältemittel nachgefüllt. Schließlich habe die Beklagte bei dem ersten Ausfall der 50 t-Anlage den Verdichter des Typs BK 2 selbst ausgebaut und hierbei fehlerhaft gearbeitet, so daß diese Anlage Feuchtigkeit gezogen habe.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und erwidert, die über den jeweiligen Erstauftrag jeder Anlage hinausgehenden Arbeiten der Klägerin seien Nachbesserungsmaßnahmen gewesen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Die Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision erstrebt die Klägerin Verurteilung der Beklagten nach Klageantrag. Sie rügt Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Beklagte die Klägerin beauftragt hat, die defekten Verdichter an den Kühlmaschinen der 50 t- und 80 t-Anlagen auszutauschen, daß die Klägerin diese Arbeiten ausgeführt und die Beklagte den hierfür in Rechnung gestellten Werklohn von 27.360,-- DM gezahlt hat.

Einen weitergehenden Vergütungsanspruch der Klägerin aus Werkvertrag hat das Berufungsgericht hingegen verneint und dazu im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe die ausdrückliche Vereinbarung einer bestimmten Vergütung für die weiteren Arbeiten an den Kühlmaschinen nicht behauptet. Sie habe auch nicht bewiesen, daß eine Vergütung stillschweigend vereinbart worden sei, weil die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten sei. Insbesondere habe sie nicht den Nachweis erbracht, daß die aufgetretenen Mängel an den Anlagen nicht bei der Erstellung des Werks in ihrem Verantwor-

tungsbereich im Rahmen ihrer Leistungspflicht entstanden seien und die Beklagte somit keine Mängelbeseitigung verlangt habe. Die Klägerin habe weder eine ausdrückliche noch eine schlüssige Abnahme der Werkleistungen bewiesen. Ihre Behauptung in der zweiten Instanz, jeweils nach Beendigung der einzelnen Leistungsabschnitte sei der Zeuge B. [REDACTED] mit dem Zeugen L. [REDACTED] und teilweise mit dem Zeugen W. [REDACTED] die Arbeiten im einzelnen durchgegangen, widerspreche ihrem erstinstanzlichen Vortrag, wonach die Arbeiten jeweils durch schlüssiges Verhalten abgenommen worden seien; sie sei ersichtlich unwahr und müsse daher unberücksichtigt bleiben. Ob in Einzelfällen eine Abnahme stattgefunden habe, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten sei nicht gegeben. Bei der Reparatur von Industrieanlagen, deren Funktionstauglichkeit durch den Auftraggeber erst nach einer gewissen Betriebsdauer beurteilt werden könne, könne eine Billigung der Arbeiten durch schlüssiges Verhalten erst nach einer Zeitspanne von mindestens 10 Tagen angenommen werden. Die Kühlmaschinen seien bereits wenige Tage nach den Arbeitseinsätzen der Klägerin ausgefallen. Auch bei dem letzten Zeitintervall von einem Monat sei eine Abnahme nicht erfolgt, da sich die dem Auftraggeber zubilligende Frist nach der Reihe von Fehlversuchen der Klägerin entsprechend verlängert habe. Mangels Abnahme habe die Klägerin Umstände beweisen müssen, aus denen sich ergebe, daß die Parteien von der Entgeltlichkeit der weiteren Leistungen ausgegangen seien. Solche Umstände ergäben sich nicht aus der als richtig zu unterstellenden Äußerung der Beklagten, die Klägerin solle dafür Sorge tragen, daß der Kühlbetrieb "provisorisch" aufrechterhalten werden könne. Nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen

H. und P. seien die Arbeiten der Klägerin nicht einmal hierfür geeignet gewesen. Die Behauptung der Klägerin, die Anlagen seien wieder ausgefallen, weil die Beklagte sie überlastet bzw. manipuliert habe, sei durch die erstinstanzlich vernommenen Zeugen nicht bestätigt worden.

2. Diese Ausführungen halten den Rügen der Revision nicht in vollem Umfang stand.

a) Wer Vergütung aus einem Werkvertrag verlangt, muß den Vertragsschluß darlegen und ihn beweisen, wenn der Gegner diesen bestreitet. Da die Klägerin Vergütung für Folgearbeiten an den Kühlmaschinen nach Abschluß der Erstaufträge begehrt, die Beklagte diese Arbeiten aber als Nachbesserungsarbeiten wegen Mängeln im Rahmen der unstreitigen Erstaufträge qualifiziert, hatte die Klägerin darzulegen und zu beweisen, daß sie aufgrund weiterer Verträge mit der Beklagten tätig geworden ist. Hätte sie diesen Beweis erbracht, griffe mangels ausdrücklicher Vergütungsabrede § 632 Abs. 1 BGB mit der Folge ein, daß eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Von diesem rechtlichen Ansatz geht das Berufungsgericht aus. Insoweit ergeben sich auch keine rechtlichen Bedenken.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß die Abnahme der vorangegangenen Werkleistungen durch den Auftraggeber ein Indiz für den Abschluß selbständiger weiterer vergütungspflichtiger Werkverträge unter den Parteien sein kann und deshalb die Klägerin die von ihr behaupteten

Abnahmen nach Vollendung der jeweiligen Arbeiten an den Anlagen beweisen müsse. Mit Recht ist es davon ausgegangen, daß Abnahme im Sinne des § 640 BGB nicht nur körperliche Entgegennahme durch den Besteller bedeutet, sondern Billigung des Werks als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann (vgl. BGHZ 48, 257, 262; Sen.Urt. v. 3.11.1992 - X ZR 83/90, NJW 1993, 1063, 1064; Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1072, 1074).

c) Nicht zu beanstanden sind die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht aufgrund des festgestellten Sachverhalts eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten der Beklagten verneint hat. Die Billigung des Werks als vertragsgemäß kann zwar durch schlüssiges Verhalten erfolgen, setzt aber bei Reparaturen an Industrieanlagen über die bloße Ingebrauchnahme hinaus eine angemessene Prüfungszeit voraus, vor deren Ablauf die Abnahme redlicherweise nicht zu erwarten ist. Aus den objektiv erkennbaren Umständen, insbesondere der Dauer des unbeanstandet gebliebenen Betriebs der Anlage, muß sich die Billigung des Werks durch den Besteller schließen lassen. Der dafür anzunehmende Zeitraum hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab (BGH, Urt. v. 20.9.1984 - VII ZR 377/83, NJW 1985, 731, 732; Palandt/Thomas, BGB, 55. Aufl., § 640 Rdn. 2 m.w.N.).

Das Berufungsgericht hat zur Prüfung nach der Erstreparatur eine Frist von zehn Tagen für angemessen gehalten. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nachdem die Verdichter jeweils nach den ersten Nachbesserungen binnen weniger Tage wiederum ausfielen, konnte die Klägerin weder

binnen zehn Tagen noch nach einem Monat von einer stillschweigenden Billigung des Werks ausgehen, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat.

d) Nicht frei von Rechtsfehlern ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, die unter Zeugenbeweis gestellte, von der Beklagten bestrittene Behauptung der Klägerin zur Abnahme der einzelnen Werkleistungen sei in dieser Allgemeinheit als unwahr anzusehen und deshalb nicht zu berücksichtigen.

Das Berufungsgericht folgert die Unwahrheit dieser Behauptung daraus, daß die Klägerin vor dem Landgericht vorgebracht hat, die Beklagte habe ihre Arbeiten jeweils durch schlüssiges Verhalten abgenommen, nämlich durch die Inbetriebnahme der jeweils reparierten Anlage, während sie im Berufungsverfahren behauptet, jeweils nach Beendigung der einzelnen vorgenannten Leistungsabschnitte sei der Zeuge B. [REDACTED] mit dem Zeugen L. [REDACTED] und teilweise mit dem Zeugen W. [REDACTED] die jeweils erbrachten Arbeiten im einzelnen durchgegangen, bevor sodann die Abnahme erfolgt sei. Die Beklagte habe demgegenüber vorgetragen, der Zeuge B. [REDACTED] sei keineswegs bei den Reparaturarbeiten zugegen gewesen. Dies decke sich mit der Tatsache, daß die von der Klägerin vorgelegten Montageberichte ebenfalls nur teilweise den Zeugen B. [REDACTED] als "Montagemeister" bzw. "Obermonteur" ausweisen. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin - so meint das Berufungsgericht - die jeweiligen Leistungsabschnitte, bei denen der Zeuge B. [REDACTED] beteiligt war, im einzelnen bezeichnen müssen. Das sei trotz des Bestreitens der Beklagten nicht geschehen. Die Behauptung, in jedem Einzelfall sei es zu ei-

ner Abnahme gekommen, sei damit als unwahr anzusehen und habe unberücksichtigt zu bleiben. Soweit in Einzelfällen eine Abnahme stattgefunden haben könnte, fehle es dazu an entsprechendem Vorbringen der Klägerin, so daß eine Beweisaufnahme über die allgemeine Behauptung von Abnahmen in jedem Einzelfall auf eine unzulässige Ausforschung hinauslaufen würde.

Diese Behandlung der Sache ist verfahrensfehlerhaft. Sie beruht ersichtlich auf der Annahme des Berufungsgerichts, der Vortrag der Klägerin zur Abnahme in der zweiten Instanz sei unwahr, weil er ihrer Behauptung in der ersten Instanz zu demselben Punkt widerspreche. Abgesehen davon, daß die Abnahme durch schlüssiges Verhalten des Bestellers, etwa durch Inbetriebnahme der Anlage, die ausdrückliche Abnahme nicht ausschließt, läßt sich der Vorwurf der Unwahrheit auch nicht damit begründen, der Zeuge B. [REDACTED] sei ausweislich der Montageberichte nicht bei jeder Tätigkeit der Klägerin zugegen gewesen. Wer die Abnahme für den Werkunternehmer durchführt, muß nicht notwendig an den Arbeiten beteiligt sein, die den Gegenstand der Abnahme bilden. Selbst wenn der Zeuge B. [REDACTED] an keinem der Leistungsabschnitte beteiligt war, konnte er, wie die Klägerin behauptet, mit den Mitarbeitern der Beklagten ausdrückliche Abnahmen der Leistungen durchgeführt haben.

e) Mit Recht rügt die Revision weiter, das Berufungsgericht habe den Beweisangeboten der Klägerin nachgehen müssen (§ 286 ZPO). Eine Beweisaufnahme zu erheblichen Tatsachen kann nur dann abgelehnt werden, wenn ihre Erheblichkeit mangels näherer Bezeichnung der unter Beweis gestellten Tatsa-

chen nicht zu beurteilen ist oder wenn die Tatsachen lediglich in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, tatsächlich aber erkennbar aus der Luft gegriffen, das heißt ins Blaue hinein aufgestellt sind, und deren Geltendmachung sich deshalb als Mißbrauch darstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur das Fehlen jeglicher Anhaltspunkte rechtfertigen können (vgl. Sen.Urt. v. 23.4.1991 - X ZR 77/89, NJW 1991, 2707, 2709; Urt. v. 13.12.1990 - III ZR 333/89, NJW-RR 1991, 439; Sen.Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967 m.w.N.). Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor. Die Klägerin hat behauptet, der Zeuge B. sei mit den Mitarbeitern der Beklagten die jeweils erbrachten Leistungen nach ihrer Beendigung im einzelnen durchgegangen. Diese seien im einzelnen besprochen und den Vertretern der Beklagten gezeigt und vorgeführt worden. Die Zeugen L. bzw. W. hätten die Arbeiten gebilligt und sich mit ihnen einverstanden erklärt. Dies hat die Klägerin in das Wissen der Zeugen B., L. und W. gestellt.

Die Erheblichkeit dieses Vorbringens kann ohne weiteres beurteilt werden. Es kam als Indiztatsache zur Stützung der Behauptung der Klägerin in Betracht, daß die Parteien weitere Werkverträge geschlossen haben, die einen Vergütungsanspruch der Klägerin begründen könnten. Die Angaben der Klägerin waren in Verbindung mit den vorgelegten Montageberichten auch hinreichend konkret, um eine sachliche Stellungnahme und Überprüfung zu ermöglichen. Aus diesem ergab sich, daß und durch wen die Abnahme welcher Reparaturarbeiten er-

klärt wurde. Ein solcher Beweisantritt ist hinreichend substantiiert (vgl. Sen.Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967 m.W.N.).

3. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand stellt sich die Entscheidung des Berufungsgerichts auch nicht aus einem anderen rechtlichen Grund als richtig dar (§ 563 ZPO). Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

II. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht den Beweisangeboten der Klägerin zur Frage der Abnahme der einzelnen Leistungen nachzugehen haben. Sollte sich die Behauptung der Klägerin ganz oder teilweise als zutreffend erweisen, so wird das Berufungsgericht sodann zu prüfen haben, ob sich aus dem Beweisergebnis in Verbindung mit den Umständen und dem Verhalten der Beklagten unter Berücksichtigung einer angemessenen Prüfungszeit nach den jeweiligen Reparaturarbeiten der Abschluß weiterer Werkverträge ergibt. Sollte dies der Fall sein, wird das Berufungsgericht sodann der Frage der Entgeltlichkeit nachgehen müssen, wobei zugunsten der Klägerin § 632 Abs. 1 BGB streitet.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Melullis