

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

Allg. Geschäftsbedingungen

Die in den Lieferungsbedingungen eines Wasserversorgungsverbandes enthaltene Klausel, durch die der Verband sich von Schadensersatzansprüchen wegen der Beschaffenheit des Wassers freizeichnet, gilt nicht für Schäden, die durch eine von vornherein unsachgemäße Verlegung der Versorgungsleitungen schuldhaft verursacht worden sind.

ZPO § 538

Wenn das Gericht des ersten Rechtszuges die Klage wegen eines Haftungsausschlusses abgewiesen hat, das Berufungsgericht dagegen einen solchen Haftungsausschluß verneint, so darf die Sache nicht wegen des Grundes des Anspruchs in den ersten Rechtszug zurückverwiesen werden.

BGH, Urt. v. 19. April 1978 - VIII ZR 39/77 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 39/77

URTEIL

Verkündet am
19. April 1978
Mückenhäuser,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Wasserversorgungsverbandes P [REDACTED], H [REDACTED] in
P [REDACTED], vertreten durch den Verbandsvorsitzenden
Dr. B [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Otto R [REDACTED], Im W [REDACTED] in
V [REDACTED]-V [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 21. Oktober 1976 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Eigentümer eines im Ortsteil V [REDACTED] der Gemeinde V [REDACTED] gelegenen Hauses, das er mit seiner Familie bewohnt. Die Wasserversorgung erfolgt durch den beklagten Wasserversorgungsverband, - und zwar über einen Endstrang, der etwa 3,50 m hinter der Abzweigung zum Haus des Klägers in einem Feuerlöschhydranten endet. In den Lieferungsbedingungen des Beklagten, die - wie nunmehr unstreitig - den Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien zugrundeliegen, heißt es in § 12 Abs. 2 wie folgt:

"Schadensersatzansprüche aller Art, auch wegen Einschränkungen oder Unterbrechungen der Wasserversorgung, Änderungen des Druckes, der Beschaffenheit des Wassers oder aus sonstigen Gründen, gegen den Wasserversorgungsverband sind ausgeschlossen, es sei denn, daß Vorsatz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vorliegt. Schadensersatzansprüche gegen Organe und Bedienstete des Wasserversorgungsverbandes sind ebenfalls ausgeschlossen."

Mit der Begründung, das von dem Beklagten gelieferte Wasser sei mit Colibakterien verseucht gewesen, nimmt der Kläger den Beklagten auf ein Schmerzensgeld, dessen Höhe er mit mindestens 5 000 bis 6 000 DM für angemessen hält, in Anspruch. Erst nach über einem Jahr habe er festgestellt, daß die starken Verdauungsbeschwerden, unter denen er und seine Familie gelitten hätten, auf diese am 25. August 1975 durch das Staatliche Medizinische Untersuchungsamt B [REDACTED] festgestellte Verunreinigung zurückzuführen seien. Die Verantwortlichkeit des Beklagten ergebe sich aus dem Umstand, daß derartige Endleitungen ohne Zirkulation für eine Versorgung mit Trinkwasser ungeeignet seien, zumindest aber der Beklagte nicht in ausreichendem Umfang für eine regelmäßige Spülung dieser Endleitung gesorgt habe. - Der Beklagte hat eine Verunreinigung mit Colibakterien bestritten und die Ansicht vertreten, daß die in seinen Ortsnetzen übliche und unvermeidliche Verwendung von Stichleitungen sachgemäß sei und er mit jährlich zwei Spülungen über den Endhydranten seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen sei; unabhängig davon fielen etwaige Ansprüche des Klägers unter die Haftungsfreizeichnung.

Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf die Freizeichnungsklausel die Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen. Diese Entscheidung hat das Berufungsgericht aufgehoben und mit der Begründung, die Freizeichnung erfasse nicht etwaige Planungsfehler oder eine grobfahr-

lässige Verletzung der Überwachungspflicht bei der regelmäßigen Spülung der toten Endstränge, die Sache zur weiteren Sachaufklärung nach Grund und Höhe an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils, hilfsweise die Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe

Der Revision war stattzugeben.

1. Soweit allerdings der Beklagte in erster Linie mit der Begründung, die Freizeichnungsklausel in § 12 Abs. 2 der Lieferungsbedingungen habe - als umfassender Haftungsausschluß - auch den hier geltend gemachten Schmerzensgeldanspruch unter jedem denkbaren tatsächlichen Gesichtspunkt erfaßt, die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils verlangt, konnte sein Begehren keinen Erfolg haben.

a) Dabei war der Senat auch insoweit zur Nachprüfung des angefochtenen Urteils berufen. Zwar hat das Berufungsgericht die Revision "wegen der grundsätzlichen Bedeutung der verfahrensrechtlichen Frage", ob das Berufungsgericht gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ZPO die Sache ohne vorherige vollständige Klärung des Grundes des erhobenen Anspruchs an das Landgericht zurückverweisen durfte, zugelassen. Dieser nur in den Entscheidungsgründen enthaltene Zusatz enthält jedoch lediglich eine Begründung, weshalb das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat,

stellt dagegen nicht eine Beschränkung der Zulassung selbst dar; andernfalls hätte es eines klaren Ausspruchs durch das Berufungsgericht bedurft (Senatsurteil vom 18. Dezember 1968 - VIII ZR 12/67 = LM ZPO § 546 Nr. 68 = MDR 1969, 476; BGH Urteil vom 30. März 1971 - VI ZR 190/69 = LM ZPO § 546 Nr. 77 = MDR 1971, 569 mit weiteren Nachweisen).

b) Sachlich ist der Revision einzuräumen, daß die Freizeichnungsklausel in § 12 Abs. 2 der Lieferungsbedingungen nach ihrem Wortlaut auch den hier streitigen Anspruch erfaßt. Der Senat hat auch - für den vergleichbaren Fall der Freizeichnung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens - wiederholt darauf hingewiesen, daß sich im Rahmen der Daseinsvorsorge die Ausschöpfung der Freizeichnung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zur Vermeidung unübersehbarer Haftungsrisiken als notwendig erweist, und daß dabei auch das Bestreben, unter sozialpolitischen Gesichtspunkten den Strom möglichst billig anbieten zu können, eine weitgehende Abwälzung des Risikos auf den Abnehmer rechtfertigen kann (Senatsurteile vom 9. Juni 1959 - VIII ZR 61/58 = NJW 1959, 1423 = LM BGB § 138 [C₆] Nr. 2 und vom 4. Juni 1975 - VIII ZR 55/74 = BGHZ 64, 355, 356 f; vgl. auch Senatsurteil vom 5. Juni 1963 - VIII ZR 259/61 = LM BGB § 276 [C₁] Nr. 15). Sie erfaßt bei der gegebenen Formulierung auch etwaige Ansprüche aus einer von dem Beklagten begangenen unerlaubten Handlung (BGHZ aaO S. 358), aus der der Kläger allein einen Schmerzensgeldanspruch herleiten könnte (§ 847 BGB). Schließlich sind auch - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Beklagte dem Kläger als Abnehmer die Reinheit des Wassers still-

schweigend zugesichert hätte (§ 459 Abs. 2 BGB; vgl. dazu Senatsurteil vom 4. Oktober 1972 - VIII ZR 117/71 = BGHZ 59, 303, 306), und daß aus diesem Grunde eine Freizeichnung für die Haftung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft unwirksam wäre (Senatsurteil vom 29. Mai 1968 - VIII ZR 77/66 = BGHZ 50, 200, 206 f).

c) Gleichwohl findet auch im Bereich der Daseinsvorsorge die Freizeichnung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) dort ihre Grenze, wo durch sie wesentliche Pflichten des Lieferungsvertrages so eingeschränkt werden, daß dadurch die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Dieser Grundsatz, der nunmehr in § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz seinen gesetzgeberischen Niederschlag gefunden hat, trägt dem Umstand Rechnung, daß ein Gläubiger grundsätzlich zumindest auf die Möglichkeit einer Vertragserfüllung durch seinen Vertragspartner - als Äquivalent für die von ihm geschuldete Gegenleistung - vertrauen darf (vgl. Loewe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz, § 9 Rdn. 29 bis 33 mit weiteren Nachweisen). Was dabei als eine für die Erreichung des Vertragszweckes wesentliche Pflicht anzusehen ist, von deren schuldhafter Verletzung sich der Leistende jedenfalls formularmäßig nicht freizeichnen kann, richtet sich nach der Ausgestaltung des einzelnen Vertrages. Hier hatte der Kläger substantiiert behauptet und unter Beweis gestellt, daß die Anlage eines Leitungssystems mit Stichleitungen ohne ständige Zirkulation notwendig zu Wasserverunreinigungen führen müsse oder diese doch zumindest begünstige, und daß daher eine so angelegte Zuleitung nicht den Regeln der Wasserbaukunst entspreche.

Auf eine solche Schadensursache würde aber, wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt, die Freizeichnungsklausel keine Anwendung finden.

Damit setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu seiner vorgenannten, zu der Freizeichnungsklausel in Abschnitt II Nr. 5 der Allg. Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz (AVB) ergangenen Entscheidung vom 4. Juni 1975 (BGHZ 64, 355). Abgesehen davon, daß es sich bei den AVB - anders als bei den Lieferungsbedingungen des beklagten Wasserversorgungsverbandes - um Rechtsnormen handelt und schon aus diesem Grunde der richterlichen Inhaltskontrolle insoweit wesentlich engere Grenzen gezogen sind (vgl. dazu jetzt § 26 AGB-Gesetz), hatte der Senat damals nicht über einen dem jetzigen Streitstoff vergleichbaren Sachverhalt zu befinden. Wenn in der vorgenannten Entscheidung (aaO S. 357) ausgeführt ist, die Ausschlußklausel erfasse jede Unterbrechung der Stromzufuhr, gleichgültig wie es zu ihr gekommen sei, "ob durch unabwendbare Zufälle im Betriebsablauf des Versorgungsunternehmens, durch vermeidbares technisches Versagen oder durch menschliches Fehlverhalten", so erstreckte sich diese extensive Auslegung der Klausel - das zeigt die beispielhafte Aufzählung der möglichen Schadensursachen - jedenfalls nicht auf Fälle, in denen die Versorgungsleitung von vornherein so unsachgemäß angelegt war, daß über sie die versprochene Leistung überhaupt nicht ordnungsgemäß zu erbringen war. Allein darum geht es aber nach der Behauptung des Klägers hier.

d) Sollte die weitere Sachaufklärung ergeben, daß zwar die Anlage derartiger Stichleitungen nicht zu bean-

standen, möglicherweise sogar unvermeidbar ist, die von dem Beklagten angeordnete Spülung über den Endhydranten aber in geringeren Abständen als zweimal im Jahr erforderlich gewesen wäre, so würde sich der Beklagte, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausführt, hinsichtlich dieses Überwachungsverschuldens dann nicht auf die Freizeichnungsklausel berufen können, wenn ihren Organen oder leitenden Angestellten insoweit ein grobes Verschulden zur Last fallen würde (BGHZ 20, 164, 167 f; 38, 183, 185 f ständige Rechtsprechung; vgl. dazu jetzt § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz). Dabei sind angesichts der Bedeutung, die der Lieferung möglichst keimfreien Wassers für die Trinkwasserversorgung zukommt, an die Sorgfaltspflicht des Versorgungsunternehmens strenge Anforderungen zu stellen.

2. Dagegen rügt die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen hat, ohne zunächst über den Grund des Anspruchs selbst zu befinden.

a) Grundsätzlich fällt durch die Berufung die Zuständigkeit zur weiteren Behandlung des Rechtsstreits in vollem Umfang dem Berufungsgericht an (sogen. Devolutiv-effekt; Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 12. Aufl. § 135 I 1 b). Das Berufungsgericht muß im Rahmen der Berufungsanträge über den Anspruch entscheiden, selbst wenn einzelne Streitpunkte dieses Anspruchs im ersten Rechtszug nicht verhandelt worden sind (§ 537 ZPO). Ein generelles Recht der Parteien darauf, daß über jeden sachlichen Streitpunkt in zwei Tatsacheninstanzen entschieden wird, ist dem

Zivilprozeßrecht fremd (BGHZ 50, 25, 27; BGH Urteil vom 5. Juni 1975 - III ZR 47/73 = NJW 1975, 1785, 1786). Eine Zurückverweisung der Sache durch das Berufungsgericht kommt daher - abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall, daß das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet (§ 539 ZPO) - nur dann in Betracht, wenn einer der in § 538 Abs. 1 ZPO aufgeführten Fälle vorliegt.

b) Das Berufungsgericht meint, eine sachliche Klageabweisung unter Berufung auf einen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten enthaltenen Haftungsausschluß wirke sich für die Parteien ähnlich aus wie eine Abweisung aus prozessualen Gründen. Die für den letztgenannten Fall grundsätzlich vorgeschriebene Zurückverweisung (§ 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) müsse daher auch für Fälle gelten, in denen das Landgericht zu Unrecht einen Haftungsausschluß angenommen habe. Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar hat die Rechtsprechung über den Wortlaut des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO (a.F.) hinaus eine Zurückverweisung - vorbehaltlich der Befugnis des Berufungsgerichts, bei Sachdienlichkeit selbst zu entscheiden (§ 540 ZPO) - dann für erforderlich gehalten, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges nur aus verfahrensrechtlichen Gründen entschieden hat und von seinem Standpunkt aus überhaupt kein Sachurteil fällen konnte (BGHZ 14, 11, 14; vgl. jetzt § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO n.F.). Ein dieser Rechtslage vergleichbarer Fall liegt aber dann nicht vor, wenn - wie hier - das Landgericht die Klage aus einem bestimmten, dem sachlichen Recht entnommenen Punkt abgewiesen hat, das Berufungsgericht jedoch diese Begründung für unzutreffend erachtet und daher eine weitere sachlich-rechtliche Prüfung des Anspruchsgrundes für notwendig hält.

Das ist etwa der Fall, wenn das Landgericht Verjährung angenommen hat (BGHZ 50, 25, 27; dazu kritisch E. Schneider MDR 1974, 624, 627 und 1976, 52; a.M. auch OLG Braunschweig MDR 1975, 671) oder wenn die Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen worden ist (BGH Urteil vom 5. Juni 1975 aaO). Für den hier gegebenen Fall, daß das Landgericht zu Unrecht einen Haftungsausschluß angenommen hat, kann aber nichts anderes gelten.

c) Die vom Berufungsgericht außerdem für die Zulässigkeit einer Zurückverweisung herangezogene Bestimmung des § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO schreibt - allerdings ebenfalls unter dem Vorbehalt des § 540 ZPO - eine Zurückverweisung dann vor, wenn im Falle einer nach Grund und Betrag streitigen Klage durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorabentschieden oder die Klage abgewiesen ist, - es sei denn, daß der Streit über den Betrag des Anspruchs zur Entscheidung reif ist. Dem Berufungsgericht ist einzuräumen, daß diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach den vorliegenden Fall umfaßt; das Landgericht hat einen nach Grund und Höhe streitigen Anspruch abgewiesen. Eine allein am Wortlaut ausgerichtete Auslegung wird jedoch dem Charakter dieser Bestimmung als Ausnahmeregelung zu § 537 ZPO nicht gerecht; denn dann fiel folgerichtig jede Sache unter § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, in der das Landgericht eine nach Grund und Betrag streitige Klage sachlich abgewiesen hat und das Berufungsgericht die Begründung der Klageabweisung für unzutreffend, den Rechtsstreit jedoch noch nicht für entscheidungsreif hält.

In Rechtsprechung und Schrifttum besteht daher - soweit ersichtlich - Einigkeit darüber, daß das Berufungsgericht bei Berufung gegen die Abweisung einer nach Grund und Betrag streitigen Klage die Verhandlung über den Grund ganz erledigen muß und - gegebenenfalls durch Erlaß eines Grundurteils (vgl. BGH Urteil vom 22. November 1956 - VII ZR 32/56 = LM ZPO § 304 Nr. 10) - den Rechtsstreit nur hinsichtlich des Betrages an das Landgericht zurückverweisen kann (RGZ 47, 366, 368; 61, 409, 412; BGHZ 50, 25, 27; BGH Urteile vom 21. November 1961 - VI ZR 87/61 = VersR 1962, 252, 254 sowie vom 5. Juni 1975 aaO; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl. § 538 Rdn. 19; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 36. Aufl. Anm. 3 E; Bettermann ZZP Bd. 88 /1975_7 365, 391; E. Schneider MDR 1977, 709).

Der erkennende Senat tritt dieser Ansicht bei, da sie allein dem systematischen Zusammenhang und dem rechtspolitischen Zweck des § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO entspricht. Diese Bestimmung ist auf die besondere Prozeßlage bei einer Entscheidung nach § 304 ZPO zugeschnitten. Ergibt im ersten Rechtszug eine Vorabentscheidung über den Grund eines nach Grund und Höhe streitigen Anspruchs, so ist der Streit um die Höhe insgesamt ungeprüft geblieben und erwächst im Falle der Berufung gegen das Grundurteil an sich nicht in die zweite Instanz (Stein/Jonas/Grunsky aaO Rdn. 21). Soweit der Streit in der ersten Instanz anhängig geblieben ist, muß die Entscheidung grundsätzlich dort nachgeholt werden, sobald der Grund des Anspruchs rechtskräftig feststeht. Dies war auch der Ausgangspunkt des Gesetzgebers bei der Schaffung der ZPO (vgl. Hahn, Materialien 2. Aufl. II. Abt. S. 359).

Ist ein nach Grund und Höhe streitiger Anspruch wegen fehlenden Grundes im ersten Rechtszuge abgewiesen worden, so erwächst zwar der Rechtsstreit mit Einlegung der Berufung als Ganzes in die Berufungsinstanz; gleichwohl ist die Frage des Betrages im ersten Rechtszug in gleicher Weise wie bei Erlaß eines Grundurteils ungeprüft geblieben. Diese vergleichbare Sachlage rechtfertigt es, diese Prüfung - aber auch nur sie - im ersten Rechtszug nachholen zu lassen, wenn das Berufungsgericht den Anspruch dem Grunde nach bejaht. Von dieser Erwägung ist ersichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er zum 1. Januar 1900 die Vorschrift des § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO um den Fall der Klageabweisung ergänzte (vgl. RT-Drucks. 1897/98 Nr. 61 S. 119).

d) Der vorliegende Fall gibt keinen zwingenden Anlaß, von der vorgenannten gefestigten Rechtsprechung abzugehen. Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen ohnehin eine Zurückverweisung durch das Berufungsgericht über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus nicht (RG HRR 1931, 1255; Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers aaO § 538 Anm. 1). Es ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grunde - wie das Berufungsgericht meint - eine Teilung des Verfahrens nach Grund und Betrag nicht möglich wäre. Der Kläger hat zunächst darzulegen und zu beweisen, daß das vom Beklagten gelieferte Wasser mit Colibakterien verseucht war und diese für seine gesundheitliche Beeinträchtigung ursächlich gewesen sind; dazu gehört auch die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob das Staatliche Medizinische Untersuchungsamt Braunschweig am 25. August 1975 die Wasserprobe sachgerecht entnommen hat (GA Bl. 7). Gelingt dem Kläger dieser

Nachweis, so ist es nunmehr Sache des Beklagten, die Vorgänge aufzuklären, die die Verschmutzung des Wassers verursacht haben, sowie darzulegen, daß ihn und seine Erfüllungsgehilfen kein Verschulden (siehe 1 c) oder jedenfalls kein grobes Verschulden (siehe 1 d) trifft (BGHZ 59, 303, 309). All dies gehört zum Grund des Anspruchs, über den das Berufungsgericht abschließend zu befinden hat. Bejaht es diesen Anspruch, so wird es alsdann zu prüfen haben, ob die Klage hinsichtlich der Höhe des Schmerzensgeldes bereits entscheidungsreif ist (§ 538 Abs. 1 Nr. 3 letzter Satzteil ZPO), oder - wenn nicht - ob es bei an sich gebotener Zurückverweisung eine eigene Entscheidung für sachdienlich hält (§ 540).

3. Auf die Revision des Beklagten war daher das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden hat.

Braxmaier

RiBGH Claßen ist
durch Urlaubsab-
wesenheit verhindert
zu unterschreiben
Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

RiBGH Dr. Brunotte
ist wegen Krankheit
verhindert zu unter-
schreiben
Braxmaier