

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 122/64

URTEIL

Den Parteien
zugestellt an
Verkündungs Statt
am 20. April 1966
Horn,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstell

in dem Rechtsstreit

der Firma Gebrüder L [REDACTED] oHG, Wasserwerk, Brunnenbau
in P [REDACTED], La [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Ge-
sellschafter Else G [REDACTED] und Ingenieur Wolfgang G [REDACTED]
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm K [REDACTED] oHG in K [REDACTED], W [REDACTED]-
straße [REDACTED], vertreten durch ihren Gesellschafter Wilhelm
K [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Streithelferin der Klägerin:

Firma R [REDACTED]werke AG, H [REDACTED]-B [REDACTED]
vertreten durch den Vorstand Ehrfried S [REDACTED], Ha [REDACTED],
Wo [REDACTED]weg [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren (§ 128 Abs. 2 ZPO) am 18. April 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 2. Januar 1964 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Streithilfe zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führte im Jahre 1958 für einen Erweiterungsbau der Firma We [REDACTED] & Co. in K [REDACTED] die Stahlbetonarbeiten aus. Da die Kellersohle etwa 2 m unter den Grundwasserspiegel zu liegen kam, mußte das Grundwasser vorher gesenkt werden. Die Durchführung und Vorhaltung der Grundwassersenkung übertrug die Klägerin der Beklagten; mit den Abdichtungsarbeiten im Keller beauftragte sie die Streithelferin.

Die Klägerin schachtete zunächst den Keller bis oberhalb des Grundwasserspiegels aus. Sodann führte die Beklagte die Brunnenrohre 6 - 8 m tief in das Erdreich ein. Über jedes Brunnenrohr stülpte sie einen Brunnenkopf und befestigte ihn einstweilen am oberen Rande des Rohres.

Da die Streithelferin die von der Beklagten gelieferten Brunnentöpfe beanstandete, ersetzte die Beklagte deren untere Festflansche durch größere, mit Schraubenbolzen versehene und stellte dazu passende Losflansche her. Die hierfür erforderlichen Schweißarbeiten mußten an Ort und Stelle an den über die Brunnenrohre geschobenen Brunnentöpfen ausgeführt werden, da anderenfalls die Pumpanlage hätte stillgelegt werden müssen.

Als die Klägerin nach der Senkung des Wassers 2 m tief ausgeschachtet und auf der entstandenen Kellersohle den 10 cm starken Unterbeton aufgetragen hatte, schob sie die Brunnentöpfe entlang den Brunnenrohren herunter und setzte sie bis zur Oberkante des unteren Festflansches F 1 in den Unterbeton ein. Nunmehr verlegte die Streithelferin auf dem Unterbeton einschließlich der unteren Festflansche der Brunnentöpfe die Isolierschicht. Sodann wurden die beiden Hälften des Losflansches F 2 auf die Schraubenbolzen im Festflansch F 1 aufgesteckt und von dem Dichtungsmeister Schneehagen der Streithelferin mit Schraubenmuttern auf die Isolierschicht aufgepreßt.

Die Klägerin trug auf der Abdichtung eine 5 cm starke Schutzbetonschicht auf und auf dieser 40 - 50 cm armierten Stahlbeton. Die Brunnentöpfe wurden im Beton schräg nach oben ausgespart, so daß deren obere Festflanschen F 3 freiblieben. Später zog die Beklagte die Brunnenrohre aus den Brunnentöpfen heraus und schraubte die Losflansche F 4 auf den Festflanschen F 3 auf. Damit waren ihre Arbeiten beendet. Am 19. Mai 1958 nahm die Klägerin die Anlage ab, nachdem alle Brunnentöpfe auf ihre Dichtigkeit geprüft worden waren. In den folgenden Monaten schloß die Klägerin die Ausparungen über den Brunnentöpfen mit Beton. Lediglich bei dem Brunnentopf Nr. 6 unterblieb dies aus ungeklärten Gründen.



Im Januar 1960 drang Wasser aus dem Brunnentopf Nr. 6. Die Klägerin ließ es zunächst täglich abschöpfen, später brachte sie eine automatische Pumpe an. Nach ihrer Ansicht sind die Schweißnähte am Brunnentopf nicht dicht. Die Beklagte lehnte die verlangte Nachbesserung ab.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Mängel am Brunnentopf Nr. 6 zu beseitigen, hilfsweise, ihn wasserundurchlässig zu machen; weiter hat sie auf die Zahlung der bis zum 30. September 1960 für die Wasserbeseitigung aufgewendeten Kosten im Betrage von 1.170,87 DM nebst Zinsen geklagt; ferner hat sie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte auch die danach infolge mangelhafter Ausführung der Brunnen-töpfe entstandenen und noch entstehenden Schäden zu ersetzen habe.

Die Beklagte hat das Eindringen des Wassers auf Mängel in der von der Streithelferin verlegten Dichtung oder auf Fehler der Klägerin beim Einsetzen der Brunnen-töpfe in den Beton zurückgeführt.

Die Streithelferin ist dem Sachvortrag und den Klag-anträgen der Klägerin beigetreten.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Beseitigung der Mängel am Brunnentopf verurteilt und der Zahlungs-klage sowie dem Feststellungsbegehren entsprochen. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt, jedoch hat das Oberlandesgericht entsprechend dem Hilfsantrag der Klägerin die Beklagte verurteilt, den Brunnentopf wasserundurchlässig zu machen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Ab-weisung der Klage. Die Klägerin und die Streithelferin bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin hat nach Ansicht des Berufungsgerichts den Beweis erbracht, daß Schweißnähte am Brunnentopf Nr. 6 Wasser durchlassen.

1.) Es hält für erwiesen, daß die Klägerin den Brunnentopf bis zur Oberkante des unteren Festflansches F 1 so fest in den Unterbeton eingebaut hat, daß er auch bei höherem Wasserstand nicht herausgedrückt oder in seiner Lage verändert worden sein kann. Irgendwelche Fehler seien bei der Arbeit der Klägerin nicht vorgekommen.

2.) Das Berufungsgericht stellt weiter fest, daß auch die von der Streithelferin ausgeführte Abdichtung ihren Zweck erfülle. Die Abdichtungsarbeiten seien sorgfältig und sachgemäß vorgenommen worden. Eine mögliche Wasserdurchlässigkeit an einer Schweißnaht abzudichten, sei nicht die Aufgabe der Abdichtung; diese solle lediglich den Wassereintritt an den Außenkanten zwischen dem unteren Festflansch und dem unteren Losflansch verhindern. Deshalb sei es ohne Bedeutung, daß der Wulst der Bitumenmasse zwischen dem Innenrand des Losflansches F 2 und dem Mantelrohr des Brunnentopfes in einer Breite von 2 cm fehle und an dieser Stelle das Wasser heraustrete.

3.) Als Ursache für den Wasseraustritt komme, so führt das Berufungsgericht weiter aus, demnach nur eine Undichtigkeit der Schweißnähte in Frage. Dafür, daß ein oder mehrere solche Schweißfehler vorlägen, bestünden auch genügend Anhaltspunkte. So habe die Beklagte entgegen der Vorschrift DIN 4031, 11.4 vor dem Einbau des

Brunnentopfes die an Ort und Stelle "über Kopf" hergestellten Schweißnähte nicht auf ihre Wasserdichtigkeit geprüft. Daß nur eine verhältnismäßig geringe Menge Wasser austrete, spreche nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Hensen ebenfalls für Fehler in den Schweißnähten, weil sich bei Mängeln in der Abdichtung mehr Wasser zeigen würde.

Aus welcher Schweißstelle Wasser durchtrete, könne nicht gesagt werden. Das lasse sich nur nach Ausbau des Brunnentopfes feststellen. Möglicherweise trete das Wasser an einem der Schraubenbolzen durch den unteren Festflansch F 1; möglich sei auch, daß die Schweißnaht am Mantelrohr undicht sei oder daß die beiden Hälften des Losflansches F 2 nicht fest miteinander verschweißt seien.

II.

Die Angriffe der Revision gegen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und dessen Beweismwürdigung können keinen Erfolg haben.

1.) Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, die Beweislast verkannt. Es hebt ausdrücklich hervor (BU S. 23), daß die Klägerin ihre Behauptung, Undichtigkeiten in den Schweißnähten am Brunnentopf seien die Ursache des Wasseraustritts, beweisen müsse.

a) Zwar führt es aus (BU S. 34), daß nur am ausgebauten Brunnentopf in naturwissenschaftlich unanfechtbarer Weise Fehler in den Schweißnähten nachgewiesen werden könnten. Wenn es trotzdem unter Würdigung der gegebenen Umstände die Überzeugung gewonnen hat, daß die

Wasserdurchlässigkeit nur auf einem Fehler an einer Schweißstelle beruhe, so hat es damit nicht die Grenzen der ihm zustehenden freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) überschritten.

b) Mit der Feststellung, es seien keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Arbeit der Klägerin ersichtlich (BU S. 25), hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß diese die Verursachung des Wassereintritts durch die Beklagte zu beweisen hat.

c) Die Behauptung der Beklagten (BU S. 18), die Klägerin könne den Brunnentopf beim Einbetonieren beschädigt haben, hat das Berufungsgericht nicht übergangen. Es vermißt hierzu nähere Darlegungen der Beklagten (BU S. 27). Es begründet aber auch eingehend, warum eine Beschädigung des Brunnentopfes durch die Klägerin ausscheidet.

d) In der Feststellung (BU S. 28), es sei nichts dafür ersichtlich, daß der Dichtungsmeister Schneehagen der Streithelferin beim Festschrauben des Losflansches auf dem untern Festflansch einen Fehler gemacht habe, kann keine Verkennung der der Klägerin obliegenden Beweislast liegen.

Das Berufungsgericht hat offen gelassen (BU S. 29), ob die Schraubenmutter nachträglich nur einmal oder aber öfter nachgezogen werden mußten. Seine Ansicht, die Schrauben seien genügend angezogen und ein vollkommener Ausgleich der Dichtungsmasse erreicht worden, hat es, gestützt auf das Gutachten des Prof. Dr. Hensen, eingehend begründet.

e) Auch bei seiner auf das Sachverständigengutachten gestützten Ansicht, aus der 2 cm breiten Lücke im Bitumenrand an der Innenseite des Losflansches F 2 könne nicht geschlossen werden, daß ein größerer Raum in der Abdichtung zwischen den beiden Flanschen F 1 und F 2 freigeblieben sei, ist das Berufungsgericht (BU S. 31) von der Beweislast der Klägerin für eine Verursachung des Wassereintritts durch die Beklagte ausgegangen. Es begründet seine Meinung damit, daß die Dichtungsmasse gar nicht bis an das Mantelrohr heranreichen müßte und deshalb die schmale Lücke im Bitumenrand nicht die Behauptung der Beklagten rechtfertige, die Abdichtung zwischen den Flanschen sei mangelhaft. Zudem hält das Berufungsgericht (BU S. 27) für erwiesen, daß die Abdichtung ordnungsgemäß ausgeführt worden ist.

f) Daß die Schrauben später nachgezogen werden konnten, rechtfertigt nicht den Schluß, die Dichtung zwischen den Flanschen F 1 und F 2 sei zunächst ungleichmäßig eingepreßt worden (BU S. 31).

g) Dem Sachverständigengutachten entnimmt das Berufungsgericht, daß sich ein Fehler in der Abdichtung meist durch einen großen Wasseraustritt bemerkbar mache. Hierin sieht es nur ein weiteres Beweisanzeichen dafür, daß der geringfügige Wasseraustritt nicht auf einer fehlerhaften Abdichtung beruhe. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Damit hat es nicht verkannt, daß die Menge des austretenden Wassers keinen unbedingten Schluß auf die Ursache rechtfertigt.

2.) Mit der Rüge, die vom Berufungsgericht angeführten Anhaltspunkte reichten nicht aus für dessen Überzeugung, daß nur Mängel in den Schweißnähten als Ursache des eindringenden Wassers in Frage kommen, wendet

sich die Revision in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Tatrichters. Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobenen Einwände hat der Senat geprüft; einen Rechtsfehler in der Beweiswürdigung ergeben sie nicht (§ 286 ZPO).

3.) Der Sachverständige Prof. Dr. Hensen hat am Ende seines letzten Gutachtens vom 15. Juli 1963 erklärt, er sei nach der Ortsbesichtigung vom 12. Juli 1963 mehr denn je davon überzeugt, daß an der Schweißnaht des Festflansches F 1 mindestens eine undichte Stelle sei, durch die Wasser aufsteige; eine sichere Feststellung würde aber natürlich nur bei Aufnahme und Auswechslung des Losflansches F 2 möglich sein.

Letztere Äußerung des Sachverständigen versteht das Berufungsgericht dahin, er habe keinen Zweifel an seiner Überzeugung zum Ausdruck bringen wollen, daß ein Fehler in einer Schweißnaht die Schadensursache sei; er habe nur sagen wollen, daß der letzte naturwissenschaftliche Beweis erst dann geführt sei, wenn das Aufsteigen des Wassers an einer Schweißstelle beobachtet werden könne.

a) Mit dieser Wertung der zusammenfassenden Äußerung des Sachverständigen hat das Berufungsgericht deren Sinn nicht verkannt. Es brauchte deshalb nicht gemäß der Anregung der Beklagten im Schriftsatz vom 27. Dezember 1963 den Sachverständigen hierzu anzuhören (§ 411 ZPO).

b) Zudem hat das Berufungsgericht, wie es das Gesetz (§ 286 ZPO) fordert, auf Grund der ihm vom Sachverständigen vermittelten Sachkunde den Sachverhalt

selbständig beurteilt. Seine Ansicht, daß das eindringende Wasser auf einen Schweißfehler zurückzuführen sei, hat es eingehend begründet.

III.

Die Beklagte hat - zuletzt nochmals im Schriftsatz vom 27. Dezember 1963 - durch Aufnahme des Losflansches F 2 Gegenbeweis dafür erboten, daß die Schweißnähte keinen Fehler enthalten, vielmehr das Wasser infolge mangelhafter Abdichtung zwischen den beiden Flanschen F 1 und F 2 von deren Außenrändern her eindringe. Sie hat sich bereit erklärt, das mit der Aufnahme des Flansches verbundene Risiko zu übernehmen.

Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, diese Beweiserhebung anzuordnen, weil damit, worauf der Sachverständige immer wieder hingewiesen habe, die Gefahr verbunden sei, daß die Dichtung vom aufsteigenden Wasser hochgedrückt und zerstört werde und daß erhebliche Wassermengen in den Keller drängen. Die Bereitschaft der Beklagten, das Risiko und die Kosten zu tragen, ändere nichts daran, daß sie insoweit einen nicht mehr im Sinne der gesetzlichen Vorschriften liegenden Beweisantrag gestellt habe. Das Gericht würde bei einer entsprechenden Anordnung für die dem Hauseigentümer entstehenden Schäden verantwortlich sein.

1.) Die Bereitschaft der Beklagten, das Risiko und die Kosten zu übernehmen, genügt dem Berufungsgericht nicht, die beantragte Beweiserhebung anzuordnen. Es vermißt u.a. den Nachweis, daß der Hauseigentümer mit den von der Beklagten beantragten Maßnahmen einverstanden ist. Auf die von der Revision hiergegen erhobenen Einwände braucht nicht eingegangen zu werden.

2.) Denn das Berufungsgericht hat den Beweisantrag der Beklagten auch deshalb abgelehnt, weil mit der Aufnahme des Losflansches F 2 nicht der sichere Gegenbeweis geführt werden könne, daß das Wasser nicht durch eine Schweißnaht aufsteige.

Der Sachverständige Prof. Dr. Hensen hat in seinem Gutachten vom 15. Juli 1963 (S. 3) die Aufnahme des Losflansches F 2 in der Weise für möglich erklärt, daß sofort ein neuer vorher angefertigter Losflansch aufgeschraubt werde, der um das Mantelrohr einen Zwischenrand von 3 - 4 cm freilasse. Bei der Plastizität der Dichtungsmasse könne ein zu erwartendes Aufwölben durch schnelles Aufbringen des neuen Losflansches zurückgedrückt werden. Nach dem Aufbringen des neuen Losflansches könne die Dichtungsmasse und -pappe zwischen dem Mantelrohr und dem Innenrand des Losflansches entfernt werden. Dann lasse sich feststellen, ob und wo sich in der Schweißnaht am Rohr eine Undichtigkeit befinde, aus der Wasser aufsteige.

Hieran anknüpfend führt das Berufungsgericht aus, daß mit dem Aufnehmen und Auswechseln des Losflansches F 2 gegebenenfalls sich nur ein Fehler in der Schweißnaht zwischen dem Mantelrohr und dem Festflansch F 1 nachweisen lasse. Steige aber an dieser Stelle kein Wasser auf, sondern dringe es unter der Dichtung hervor, so nötige das nicht zu der Annahme, die Dichtung sei nicht in Ordnung. Der nach der Auswechslung des Losflansches F 2 freiwerdende 3 - 4 cm breite Streifen zwischen dem Innenrand des Losflansches und dem Mantelrohr lasse nicht erkennen, ob unter der Dichtung hervortretendes Wasser aus undichten Stellen zwischen den zusammengeschweißten beiden Hälften des Festflansches F 1 oder einer Schweißstelle an einem Schraubenbolzen hoch steige,

oder aber ob es vom Außenrand der beiden Flansche her durch die Dichtung dringe.

a) Diese Ausführungen lassen keine rechtlich angreifbaren Überlegungen erkennen. Ihnen liegt der Hinweis des Sachverständigen zugrunde, daß mit dem Loslösen des Losflansches F 2 die Gefahr des Eintritts von größeren Wassermengen und einer Zerstörung der Isolierschicht verbunden ist. Sie stehen nicht, wie die Revision meint, zu dem Gutachten in Widerspruch. Der Sachverständige hat die Möglichkeit durch Aufnahme des Flansches F 2 festzustellen, ob durch die Schweißnähte Wasser durchdringe, ausdrücklich auf die Schweißnaht rund um das Mantelrohr beschränkt. Demgegenüber legt die Revision nicht dar, wie bei einem Auswechseln des Losflansches F 2, das rasch vor sich gehen muß, ohne Zerstörung der Abdichtungsschicht festgestellt werden könnte, daß durch eine der übrigen geschweißten Stellen kein Wasser durchdringe.

b) Die Herausnahme des ganzen Brunnentopfs zum Zwecke der Beweisaufnahme anzuordnen, hat der Beklagte selbst nicht beantragt. Daß das Berufungsgericht sie nicht angeordnet hat, kann daher schon deshalb verfahrensrechtlich nicht beanstandet werden.

V.

Die von der Beklagten übernommene Lieferung und Änderung der Brunnentöpfe darf nicht mit dem Berufungsgericht für sich allein als Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, sondern muß zusammen mit den weiteren von der Beklagten eingegangenen Verpflichtungen gesehen werden. Auch die Lieferung und Änderung der Brunnentöpfe diene der Grundwassersenkung und -vorhaltung, die erst beendet war, nachdem die Beklagte die Brunnen-

rohre gezogen und die Brunnentöpfe geschlossen hatte. Der alle diese Leistungen umfassende Vertrag der Parteien stellt sich deshalb als Werkvertrag dar, der Arbeiten bei einem Bauwerk betrifft.

1.) Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Nachbesserungsanspruch (§ 633 Abs. 2 BGB) sei nicht verjährt, weil er auf Beseitigung eines Mangels an einem Bauwerk gehe (§ 638 Abs. 1 BGB), ist deshalb im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. Daß die damals geltende 5-jährige Verjährungsfrist bei Erhebung der Klage noch nicht abgelaufen war, zieht die Revision nicht in Zweifel.

2.) Den Anspruch der Klägerin auf Ersatz der durch das eindringende Wasser schon entstandenen und noch entstehenden Schäden leitet das Berufungsgericht aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung her, weil diese Schäden nicht in dem Mangel des Werkes (§ 635 BGB) beständen, sondern sich als Folgen des Mangels am Werk ergäben (vgl. BGHZ 35, 130, 37, 341). Demgemäß geht das Berufungsgericht insoweit von einer 30-jährigen Verjährungsfrist aus.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Eine positive Vertragsverletzung liegt deshalb vor, weil der Klägerin durch den von der Beklagten zu vertretenden Mangel zusätzliche Aufwendungen erwachsen sind; sie mußte nämlich fortgesetzt mit Kosten verbundene Maßnahmen treffen, um den Hauseigentümer vor Wasserschaden zu bewahren. Hierwegen kann die Klägerin neben der Mängelbeseitigung Schadensersatz fordern.

V.

Nach §§ 97, 101 ZPO hat die Beklagte die Kosten
des Revisionsverfahrens zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Finke