

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 175/72

URTEIL

Verkündet am
15. März 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landwirts Ewald D [REDACTED], [REDACTED] S [REDACTED]/H [REDACTED],
N [REDACTED] Weg [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Karl F [REDACTED], [REDACTED] H [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Finke, Dr. Girisch, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 6. Juni 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 12. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im März 1970 für den Kläger zwei ehemalige Futtersilos innen mit Kunstharz beschichtet, um sie zu isolieren. Nachdem die Arbeiten fertiggestellt waren, ließ der Kläger am 1. April 1970 einen oder beide Behälter mit Heizöl füllen. Am 4. April 1970 wurde Ölalarm gegeben. Es stellte sich heraus, daß aus einem der Behälter Öl ausgeflossen war und das Erdreich sowie die voll-biologische Kläranlage auf dem Grundstück des Klägers verseucht hatte. Um die dadurch für das Grund- und

- 3 -

Trinkwasser bestehende Gefahr abzuwehren, ordnete die zuständige Verwaltungsbehörde den sofortigen Abbruch der beiden Silos an. Das geschah auch. Während der Abbrucharbeiten stellte der Sachverständige Lindner etwa 9 - 10 cm über dem Siloboden an zwei Stellen Risse in der Isolierung fest.

Am frühen Morgen des 5. April 1970 - also nach dem Ölalarm - ließ sich der Kläger vom Beklagten eine auf den 1. April 1970 zurückdatierte vorbereitete Bescheinigung unterzeichnen, wonach der Beklagte "für Dichtung und Haltbarkeit" der von ihm zur Einfüllung von Heizöl mit Kunststoff beschichteten Silos "volle Garantie" übernahm.

Mit der Klage hat der Kläger vom Beklagten Ersatz des Schadens gefordert, der ihm durch die seiner Ansicht nach mangelhafte Isolierung der beiden Behälter und das aus ihnen ausgelaufene Öl entstanden sei. Er beziffert den Schaden mit 28.625,40 DM.

Der Beklagte hat vorgebracht, er sei lediglich damit betraut worden, die Silos abzudichten, damit sie als Jauchehälter hätten verwendet werden können. Den Garantieschein habe der Kläger erschlichen. Seine, des Beklagten, Leute hätten einwandfrei gearbeitet. Die vorgefundenen Risse in der Isolierung müßten andere Ursachen haben. Den Kläger treffe auch ein Mitverschulden, weil er die Behälter ohne die notwendige behördliche Genehmigung in Benutzung genommen habe.

Das Landgericht hat den Klageanspruch zu 2/3 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandes-



gericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger den Klageanspruch in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht entnimmt dem vom Beklagten unterzeichneten Garantieschein kein selbständiges Garantieversprechen. Der Beklagte habe mit der von ihm abgegebenen Erklärung nicht zum Ausdruck gebracht, über die normale Sachmängelhaftung hinaus dafür einstehen zu wollen, daß die beiden von ihm isolierten Behälter dicht seien.

2. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen in ihrem Zusammenhang erkennen, daß es sich der verschiedenen Möglichkeiten, wie die Garantieübernahme durch einen Werkunternehmer verstanden werden kann (vgl. dazu die Senatsurteile NJW 1965, 152 (insoweit in BGHZ 42, 232 nicht abgedruckt) und vom 5. März 1970 - VII ZR 80/68 - = BauR 1970, 107), durchaus bewußt war. Wenn es eine der denkbaren Ausdeutungen, nämlich die, wonach der Unternehmer für einen Mangel auch dann Schadensersatz zu leisten habe, wenn ihn kein Verschulden trifft, nicht näher erörtert hat, so kann daraus allein - entgegen der Ansicht der Revision - noch nicht geschlossen werden, daß es diesen Umstand in den Kreis seiner Erwägungen überhaupt nicht

einbezogen hätte. Was mit einer Garantieerklärung jeweils gemeint ist, unterliegt grundsätzlich der tatrichterlichen Auslegung (BGH NJW 1965, 152), die im Revisionsrechtszug nur beschränkt nachprüfbar ist (vgl. auch BGH NJW 1969, 987). An die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung, die auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen läßt, ist das Revisionsgericht daher gebunden.

II.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, dem Kläger stünden Schadensersatzansprüche weder aus § 635 BGB noch aus positiver Vertragsverletzung zu. Mit der Inbetriebnahme der Behälter habe der Kläger die vom Beklagten erbrachte Werkleistung, die Isolierung der Silos, abgenommen. Eine mangelhafte Arbeit des Beklagten lasse sich aber nicht feststellen. Die Tatsache allein, daß im Bereich der unteren Rundung der Behälter zwei Risse festgestellt worden seien, rechtfertige diesen Schluß noch nicht. Denn der vom Berufungsgericht zugezogene Sachverständige Nützel habe es als unwahrscheinlich bezeichnet, daß diese Risse auf Fehler bei der Verlegung der Isolierung zurückzuführen seien. Die Innenbeschichtung könne vielmehr auch beschädigt worden sein, nachdem sie schon angebracht gewesen sei. Wer das möglicherweise getan habe, sei ungeklärt geblieben. Das gehe zu Lasten des Klägers.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Ohne Rechtsfehler allerdings geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger das Werk des Beklagten (die Isolierung) am 1. April 1970 mit der Inbetriebnahme

der Behälter, also ihrer Füllung mit Heizöl, abgenommen hat (§ 640 BGB). Einen früheren Zeitpunkt hat der Beklagte nie geltend gemacht. Damit ist der Kläger beweispflichtig für das Vorliegen eines Werkmangels, soweit Schadensersatzansprüche nach § 635 BGB in Frage stehen. Er trägt aber auch die Beweislast dafür, daß der objektive Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung gegeben ist, soweit der Kläger seine Ansprüche auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt stützt. In gleicher Weise obliegt ihm der Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen Werkmangel bzw. dem objektiven Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden. Erst bei der Frage des Verschuldens kehrt sich die Beweislast dahin um, daß der Unternehmer sein Nichtvertretenmüssen zu beweisen hat, wenn die Schadensursache aus einem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den er im Zweifel die Verantwortung trägt. Das alles ist gefestigte Rechtsprechung (vgl. etwa BGHZ 23, 288; 42, 16; 48, 310; BGH Urteil vom 13. Februar 1969 - VII ZR 14/67 - = LM § 282 BGB Nr. 18). Sie liegt auch der Beurteilung des Berufungsgerichts zu Grunde.

b) Zu Unrecht zieht das Berufungsgericht aber - wie der Revision zugegeben werden muß - aus den von ihm getroffenen Feststellungen den Schluß, daß der Kläger seiner ihm treffenden Beweispflicht nicht genügt habe. Der Beklagte schuldete die Mangelfreiheit seiner Leistung bei der Abnahme. Er muß grundsätzlich dafür eintreten, daß das von ihm hergestellte Werk gerade zu diesem Zeitpunkt (§ 644 BGB) die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Dagegen ist unmaßgeblich, wann die Isolierungsarbeiten tatsächlich beendet waren. Darauf stellt das Berufungsgericht aber entscheidend ab, wenn es die vom Kläger erhobenen Ansprüche daran scheitern läßt, daß nicht habe geklärt werden können, wer möglicherweise die Innenbeschichtung "nachträglich" - d.h. nach ihrer Verlegung - beschädigt habe. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, war es u.a. auch Sache des Beklagten, das von ihm hergestellte Werk nach Beendigung der erforderlichen Arbeiten bis zur Abnahme vor etwaigen Einwirkungen Dritter zu schützen (vgl. auch § 4 Nr. 5 VOB (B)). Versäumte er insoweit etwas und wurde dadurch sein Werk noch vor der Abnahme fehlerhaft, liegt sowohl ein Werkmangel wie auch der objektive Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung vor.

c) So ist es hier. Nach den im Berufungsurteil wiedergegebenen Äußerungen des vom Berufungsgericht zugezogenen Sachverständigen Nützel war der eine der Behälter bereits undicht, bevor das Öl eingefüllt, also bevor die vom Beklagten hergestellte Isolierung vom Kläger abgenommen wurde. Der Sachverständige meint zwar, ein Fehler bei der Verarbeitung des Isoliermaterials sei unwahrscheinlich. Andererseits ist ein solcher Fehler nach seinem Gutachten aber auch nicht gänzlich auszuschließen. Entscheidend ist, daß es zu der vom Sachverständigen erwogenen Ablösung der Isolierschicht vom Betonuntergrund oder ihrer Beschädigung, für die verschiedene Ursache möglich sind, vor der Abnahme gekommen sein muß, so daß das vom Beklagten hergestellte Werk zu diesem, nach § 644 BGB für die Gefahrtragung allein ausschlaggebenden Zeitpunkt mangelhaft war.

d) Unerheblich ist, ob der Beklagte bereits bei Erteilung des Auftrags gewußt hat, daß die Behälter zur Lagerung von Öl (und nicht von Jauche) dienen sollten, was das Berufungsgericht unterstellt und wovon deshalb auch im Revisionsrechtszug auszugehen ist. Denn wenn der Behälter undicht war, so war er für die Lagerung weder von Öl noch von Jauche geeignet.

3. Somit hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis erbracht, daß ein Werkmangel vorliegt. Die Schadensursächlichkeit der Risse ist nicht zweifelhaft. Sie ist auch unstreitig. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben.

4. Das Berufungsgericht muß sich jetzt mit der Frage befassen, ob der Beklagte den Umstand, auf dem der Mangel beruht, zu vertreten hat. Es muß ferner dazu Stellung nehmen, in welchem Umfang der Kläger für den ihm erwachsenen Schaden mitverantwortlich ist (§ 254 BGB). Das Landgericht hatte seine Mitverantwortlichkeit zu 1/3 bejaht. Dagegen hatte der Kläger Anschlußberufung eingelegt. Ein gewisses Maß an Mitverantwortlichkeit dürfte aber wohl kaum verneint werden können, weil er die Behälter ohne die erforderliche behördliche Genehmigung in Gebrauch genommen hat.

III.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsge-

richt zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit
des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Vogt

Finke

Girisch

Meise

Recken