

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 35/72

URTEIL

Verkündet am
16. Mai 1974
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Ludwig B [REDACTED], Bauunternehmung,
S [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma I [REDACTED] - und T [REDACTED] GmbH, M [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer,

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1974 durch die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 23. Dezember 1971 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Stuttgart vom 21. Februar 1968 zurückgewiesen und die Klage bis zu einem Betrag von 59.172,15 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Insoweit wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wurde 1961 vom Straßenbauamt F [REDACTED] u.a. beauftragt, für den Autobahnzubringer Riegel (Baden) eine etwa 160 m lange Brücke über den Leopoldskanal zu errichten. Der Fahrbahnbelag sollte auf Wunsch des Straßen-

- 3 -

bauamtes in der sog. "Verbundfahrbahnbauweise" hergestellt werden. Bei dieser Bauweise wird auf den Zementunterbau zunächst ein Voranstrich aufgebracht. Auf diesen wird mit einer Bitumenklebemasse ein dünnes Kupferriffelband aufgeklebt (Isolierung). Auf dieses Kupferband werden eine 2,5 cm starke Asphaltbinderschicht und auf diese dann die ebenfalls 2,5 cm starke Verschleißschicht aufgetragen.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit dem Voranstrich und dem Aufbringen der Kupferfolie. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB (B) sowie der "Anweisung für Abdichtung von Ingenieurbauwerken" (AIB). Die Asphaltarbeiten wurden der Firma B██████ übertragen. Die Beklagte führte die ihr übertragenen Arbeiten in der Zeit vom 10. bis 16. August 1962 aus; unmittelbar danach wurden die Arbeiten ohne Beanstandung vom Straßenbauamt abgenommen. Die Asphaltbinderschicht wurde dann am 17. und vom 20. bis 23. August 1962 aufgetragen.

Am 3. September 1962 wurde von der Bauleitung des Straßenbauamtes eine Blasenbildung in der Binderschicht festgestellt, die alsbald ausgebessert wurde. Im November 1964 und im Laufe des Jahres 1965 zeigten sich erneut Blasenbildungen über die gesamte Fahrbahn der Brücke. Die Klägerin machte die Beklagte für die Mängel verantwortlich und forderte sie zur Ausbesserung auf. Nachdem die Beklagte dies abgelehnt hatte, wurde der gesamte Fahrbahnbelag der Brücke im Jahre 1966 von einer anderen Firma erneuert.

Die Klägerin forderte dafür von der Beklagten 65.967 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 53.747,10 DM stattgegeben und einen Feststellungs-



antrag der Klägerin wegen weiterer möglicher Schadensersatzansprüche abgewiesen.

Mit ihrer Berufung verlangte die Klägerin weitere 5.425,05 DM. Die Beklagte begehrte mit der Anschlußberufung die volle Abweisung der Klage. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter in Höhe von 59.172,15 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin aus Garantieverprechen, weil dem von den Parteien geschlossenen Werkvertrag eine über die Haftungsregelung der VOB (B) hinausgehende Garantiepflicht nicht entnommen werden könne.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II.

Das Berufungsgericht versagt auch einen Schadensersatzanspruch aus § 13 Nr. 7 VOB (B) und führt dazu aus:

Es stehe zwar fest, daß das Bauwerk mit einem wesentlichen Mangel (Blasenbildung) behaftet gewesen sei, so daß eine völlige Erneuerung von Isolierung und Fahrbahn-

belag erforderlich gewesen sei. Ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte setze aber voraus, daß diese die Mängel durch eine objektiv vertragswidrige Leistung verursacht und schuldhaft gehandelt habe. Dabei habe die Klägerin den Beweis dafür zu führen, daß die Beklagte vertragswidrig gehandelt und dadurch den Schaden verursacht habe. Erst wenn dieser Beweis geführt sei, komme eine Umkehr der Beweislast dahin in Betracht, daß die Beklagte ihre Schuldlosigkeit zu beweisen habe.

Gegen diese Rechtsauffassung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Die vom Berufungsgericht dargelegten Grundsätze zur Beweislast entsprechen der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 61, 118 m.w.N.; auch zur Nichtanwendbarkeit der Rechtsprechung zur Umkehrung der Beweislast beim groben ärztlichen Kunstfehler (vgl. BGH NJW 1967, 1508) auf den Werkvertrag).

2. Wenn auch die möglichen Schadensursachen teils in den Gefahrenbereich der Beklagten und teils in den der Firma B■■■■■, die die Asphaltarbeiten durchgeführt hat, fallen, so ist doch die Bestimmung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB auf diesen Sachverhalt nicht entsprechend anzuwenden. In der von der Revision angeführten Entscheidung des Senats vom 22. Februar 1968 - VII ZR 108/65 - (= LM Nr. 11 zu § 830 BGB = VersR 1968, 493) ist zwar offen gelassen, ob eine entsprechende Anwendung der genannten Bestimmung auf Fälle der positiven Vertragsverletzung grundsätzlich überhaupt statthaft ist. Um diese Frage geht es aber hier nicht, denn die Ansprüche der

Klägerin sind nicht aus positiver Vertragsverletzung herzuleiten. Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf Gewährleistungsansprüche kommt nicht in Betracht. Auch die Entscheidung BGH NJW 1969, 875 betrifft einen anderen, mit dem vorliegenden nicht zu vergleichenden Sachverhalt.

3. Verfehlt ist auch die Auffassung der Revision, zwischen der Beklagten und der Firma B [REDACTED] habe eine Zweckgemeinschaft bestanden, aus der sich eine gesamtschuldnerische Haftung (§§ 421 ff BGB) der beiden Firmen ergebe, die die Klägerin der weiteren Beweislast enthebe, da die Mangelhaftigkeit des Bauwerks unstreitig sei.

Die beiden Subunternehmer der Klägerin schuldeten nämlich nicht ein und dieselbe Leistung, sondern verschiedene Leistungen nacheinander. Die beiden Firmen sind daher keine Gesamtschuldner. Die Klägerin muß demjenigen von ihnen, den sie in Anspruch nimmt, nachweisen, daß s e i n e Leistung vertragswidrig war und den Schaden verursacht hat.

4. Schließlich läßt sich auch aus der zum Vertragsbestandteil gewordenen Bestimmung Nr. 2.337 AIB keine Umkehrung der Beweislast herleiten. Darin heißt es u.a.:

"Die freiliegende Abdichtung ist gegen mechanische Beschädigung und gegen Hitze oder Kälte so bald wie möglich durch Aufbringen der endgültigen Schutzschicht zu sichern. Diese Arbeiten müssen unter der verantwortlichen Aufsicht des Abdichtungsunternehmers ausgeführt werden, damit keine Unklarheiten über die Haftpflicht entstehen."

Diese Bestimmungen gelten im gesamten Bundesgebiet und sind daher vom Revisionsgericht frei auslegbar. Sie umschreiben den Pflichtenkreis der Beklagten als Abdichtungsunternehmerin nach Durchführung ihrer eigentlichen Arbeiten. Hieraus ergibt sich nur, daß der Abdichtungsunternehmer auf die Einhaltung der dort aufgestellten Regeln deutlich hingewiesen wird. Eine Umkehrung der Beweislast für die Verursachung des Schadens durch die Beklagte kann aber aus dieser Bestimmung nicht entnommen werden. Insbesondere kann daraus nicht eine Vereinbarung hergeleitet werden, daß alle Unklarheiten darüber, ob die Leistung der Beklagten objektiv vertragswidrig war und dadurch die Mängel verursacht worden sind, zu Lasten der Beklagten gehen sollten.

5. Das Berufungsgericht geht somit zu Recht davon aus, daß die Klägerin die Vertragswidrigkeit der Leistung der Beklagten und die Schadensverursachung beweisen muß.

III.

Das Berufungsgericht sieht nicht als bewiesen an, daß der Schaden auf eine objektiv vertragswidrige Leistung der Beklagten zurückzuführen ist. Es geht dabei - dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Ing. Vordermeier folgend - von fünf möglichen Ursachen für die Blasenbildung aus:

- (a) nicht fachgerechte Arbeitsweise der Beklagten beim Aufbringen der Dichtung;
- (b) zu spätes Aufbringen der Asphalttschicht auf die Kupferfolie durch die Firma B[REDACTED];
- (c) mangelhafte Qualität des Gußasphalts (wenn auch wohl nicht als einzige Ursache);

- (d) Befahren der Gußasphaltschicht mit Fahrzeugen vor dem Aufbringen der Verschleißschicht;
- (e) sog. "wachsende Blasen", die auch bei sorgfältiger Arbeit entstehen können.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts liegt nur die unter (a) genannte Schadensursache eindeutig im Gefahrenbereich der Beklagten. Für ein zu spätes Aufbringen der Asphalt-schicht (b) treffe die Verantwortung nicht die Beklagte, sondern die Klägerin als Hauptunternehmerin. Für die Ursachen (c) und (d) bedürfe es keiner weiteren Begründung dafür, daß diese nicht im Gefahrenbereich der Beklagten liegen. Für "wachsende Blasen" als denkbaren Systemmangel könne die Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden, weil sie eine dem damaligen Stand der Technik entsprechende Weisung eines fachkundigen Auftraggebers befolgt habe. Doch selbst wenn auch systembedingte Mängel dem Gefahrenbereich der Beklagten zugerechnet würden, so habe die Klägerin den Beweis führen müssen, daß der Schaden nur auf diese eine (a) oder eine der beiden Ursachen (a + e) zurückgeführt werden kann. Dieser Beweis sei ihr aber nicht gelungen.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat verkannt, daß es nicht darauf ankommt, ob der feststehende Schaden nur auf die im Gefahrenbereich der Beklagten liegenden möglichen Ursachen zurückgeführt werden kann. Es kann vielmehr für den Nachweis der Verursachung des Schadens genügen, daß eine erwiesene Mangelhaftigkeit der Leistung der Beklagten

mitursächlich geworden sein kann, auch wenn die Mitverursachung durch andere Umstände nicht mit letzter Sicherheit auszuschließen ist (BGH, Urteile vom 6. Mai 1971 - VII ZR 302/69 - = WM 1971, 1056, 1058; vom 28. September 1972 - VII ZR 121/71 - = BauR 1973, 51). Diese unrichtige Rechtsauffassung des Berufungsgerichts kann sich auch bei der Verneinung der Ursächlichkeit ausgewirkt haben.

2. Im Zusammenhang mit der zu Recht verneinten Umkehrung der Beweislast kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, der Beklagten sei ein **g r o ß e r** Verstoß gegen die Regeln der Technik beim Aufbringen der Isolierung nicht nachgewiesen. Daß der Beklagten insoweit überhaupt kein Verstoß gegen anerkannte Regeln der Werkausführung nachgewiesen worden ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Das ist rechtsfehlerhaft, weil ein Werkmangel schon gegeben ist, wenn das Werk nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht, und für den Schadensersatzanspruch aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB (B) genügt, daß ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt.

3. Zu Recht rügt die Revision, daß dem Antrag der Klägerin, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Zusatzgutachtens vom 2. August 1971 zu laden, nicht entsprochen worden ist. Die Klägerin hatte zu dem Zusatzgutachten über die Arbeitsweise der Beklagten mit Schriftsatz vom 9. November 1971 eingehend Stellung genommen und in der mündlichen Verhandlung vom 18. November 1971 die Ladung des Sachverständigen beantragt. Diesem Antrag hätte stattgegeben werden müssen (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO 31. Aufl., § 411 Anm. 4 m.w.N.). Er ist erheblich, weil

dann, wenn einer der von der Klägerin behaupteten Fehler in der Arbeitsweise der Beklagten festgestellt wird dies zum Nachweis der Mitverursachung des Schadens durch die Beklagte ausreichen kann.

Die im übrigen von der Revision insoweit erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für unbegründet befunden.

4. In Bezug auf das rechtzeitige Aufbringen der Asphalttschicht auf die Kupferisolierung ist das Berufungsgericht der Auffassung, ungeachtet der Bestimmung Nr. 2.337 AIB habe die Klägerin als gemeinsame Hauptunternehmerin für die Koordination der Arbeiten der beiden Subunternehmer - der Beklagten und der Firma B[REDACTED] - oder zumindest dafür sorgen müssen, daß die Beklagte die Aufsicht ausüben konnte. Schon im März/April 1962 sei sie von der Beklagten bei den Isolierarbeiten im Gehwegbereich auf die Vorschrift hingewiesen worden, die Abdichtung alsbald einzudecken oder wenigstens abzudecken. Im Juli 1962 habe sie die Beklagte gedrängt, mit den Isolierarbeiten zu beginnen, obwohl damals für die Firma B[REDACTED] noch gar keine Möglichkeit bestanden habe, mit ihren für die Aufbringung der Gußasphalttschicht erforderlichen Fahrzeugen auf die Brücke zu fahren. Unter diesen Umständen könne die verspätete Asphalttierung nicht dem Gefahrenbereich der Beklagten zugerechnet werden.

Auch dieser Auffassung des Berufungsgerichts kann nicht zugestimmt werden.

a) Die genannte Bestimmung regelt eindeutig, daß es die Pflicht des Abdichtungsunternehmers ist, für den Schutz der freiliegenden Abdichtung vor Beschädigung, Hitze oder

Kälte zu sorgen, und daß deswegen auch die Asphaltarbeiten unter seiner Aufsicht durchzuführen sind. Die Beklagte hat gegen diese Vorschrift verstoßen, indem sie ihr Werk (Voranstrich und aufgeklebtes Kupferriffelband) tagelang frei liegen ließ und nicht dafür sorgte, daß entweder eine zureichende Schutzmaßnahme ergriffen oder die Asphalt-schicht alsbald aufgetragen wurde. Die ihr nach dieser Bestimmung obliegende Verantwortung konnte die Beklagte nicht auf die Klägerin abwälzen, denn nicht die Klägerin, sondern sie war die Firma mit den besonderen Fachkenntnissen. Wenn eine Regelung - wie sie in Nr. 2.337 AIB enthalten ist - einen Sinn hat, dann nur den, daß auch dann, wenn eine andere Firma (B[REDACTED]) die weiteren Arbeiten ausführt, gerade diese Verpflichtungen bei der Firma (Beklagte) verbleiben, die die Isolierung auszuführen hat. Aus der Bestimmung ergibt sich eindeutig eine Koordinierungspflicht der Beklagten - und nicht eine solche der Klägerin.

b) Von dieser vertraglichen Aufsichts- und Sorgfalts-pflicht ist die Beklagte auch nicht dadurch entbunden worden, daß sie im Frühjahr 1962 bei Isolierung des Gehwegs Schreiben an die Klägerin mit Hinweis auf die notwendigen Schutz-maßnahmen absandte und im Juli 1962 von der Klägerin gedrängt wurde, trotz der Hindernisse für die Firma B[REDACTED] mit der Fahrbahnisolierung zu beginnen.

Abgesehen davon, daß die Klägerin den Zugang der Hin-weisschreiben im Frühjahr 1962 bestritten und das Berufungs-gericht Feststellungen dazu nicht getroffen hat, konnten aus früherem Anlaß erteilte Belehrungen die Beklagte nicht ohne weiteres von der Pflicht befreien, sich den Bestim-mungen der Nr. 2.337 AIB entsprechend zu verhalten. In jener

Sommerzeit hätte die Firma B[REDACTED] entsprechend der AIB bereits abschnittsweise mit der Asphaltierung in dem Zeitraum beginnen müssen, in dem noch die Beklagte ihre Leistung erbrachte (10. - 16. August). Andernfalls hätte die Isolierung so abgedeckt werden müssen, wie es die AIB vorschreibt. Das ist nicht geschehen. Die von der Beklagten aufgebraachte Isolierung hat dadurch zum Teil acht Tage (vom 10. bis zum 17. August) freigelegen. Dafür ist zunächst die Beklagte verantwortlich.

Soweit sie sich darauf beruft, von der Klägerin gedrängt worden zu sein, ist ihr entgegenzuhalten, daß sie sich auf Grund ihrer fachlichen Erfahrung und Verantwortung nicht hätte drängen lassen dürfen oder sich von jeder Gewährleistung hätte freizeichnen müssen. Ohne eine solche ausdrückliche Überwälzung der Verantwortung auf die Klägerin blieb es Sache der Beklagten als Abdichtungsunternehmerin, die Arbeit mit der Firma B[REDACTED] zu koordinieren, zumindest vorher sicherzustellen, daß kein Hindernis bestand, den Asphalt alsbald auf die jeweils fertige Isolierung aufzubringen.

c) Eine objektive Pflichtverletzung der Beklagten steht damit fest. Es ist zu prüfen, ob diese Pflichtverletzung für den Schaden mitursächlich geworden sein kann. Der Beklagten obliegt dann der Beweis, daß sie diesen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik aus besonderem Grund nicht zu vertreten hat.

Dabei könnte allerdings eine Mitverursachung und ein Mitverschulden der Klägerin in Betracht kommen, wenn ihr die Bestimmungen der AIB bekannt waren und sie damit zu rechnen hatte, daß es bei ihrer nicht peinlichen Einhaltung zu Schäden kommen mußte.

5. Zu Recht geht das Berufungsgericht dagegen davon aus, daß trotz sorgfältiger Arbeit der Beklagten "gewachsene Blasen" von ihr nicht zu vertreten sind. Zwar wäre auch dann die Werkleistung objektiv mangelhaft, wenn die geplante Ausführung notwendigerweise zu einem Mangel, d.h. zu der Blasenbildung, führen mußte (BGHZ 48, 310, 312; BGH, Urteil vom 22. Oktober 1970 - VII ZR 90/68 - = WM 1971, 52). Der Unternehmer ist aber nach § 13 Nr. 3 VOB (B) von der Gewährleistung frei, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers zurückzuführen ist, außer wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB (B) obliegende Mitteilung über zu befürchtende Mängel unterlassen hat. Die Beklagte hat das hier angewandte Isolierungsverfahren auf Wunsch des Straßenbauamtes durchgeführt. Darin liegt bei den gegebenen Verhältnissen zugleich eine Anordnung durch den Auftraggeber (Klägerin). Das Berufungsgericht hat jedoch die Überzeugung gewonnen, daß die Beklagte damals keinen Anlaß hatte, diesem Verfahren gegenüber Bedenken zu hegen. Sie brauchte daher auch keine Mitteilung nach § 4 Nr. 3 VOB (B) zu machen.

Insoweit sind die Verfahrensrügen der Revision unbegründet.

IV.

Falls die Mängel von der Beklagten durch eine objektive Verletzung ihrer Leistungspflicht (vgl. unter III, 2, 4) zumindest mitverursacht sind, kommt auch ein Kostenersatzanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) in Betracht. Denn zur Mängelbeseitigung würde hier auch gehören, daß die Asphaltschichten entfernt und nach Besei-

tigung der Mängel in der Isolierung neu aufgetragen werden.

Da die hier in Frage stehenden Arbeiten der Beklagten nur einen Teil des Gesamtauftrags der Klägerin ausmachten, braucht nicht entschieden zu werden, ob im Wege des Anspruchs aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) auch die Neuherstellung des Werkes gefordert werden kann (vgl. BGHZ 58, 7, 9, 10).

V.

Das angefochtene Urteil kann aus den zu III 1 - 4, IV genannten Gründen keinen Bestand haben. Es war daher im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Klage in Höhe von 59.172,15 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Die Sache war zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückzuverweisen.

Schmidt

Richter am BGH
Dr. Girisch ist
in Urlaub und
kann daher nicht
unterschreiben.

Meise

Schmidt

Recken

Doerry