



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 87/11

Verkündet am:
29. September 2011
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 633 Abs. 2

- a) Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit liegt vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt.
- b) Beruft sich der Unternehmer zu seiner Entlastung darauf, er habe aufgrund bindender Anordnung einer untauglichen Ausführungsweise durch den Auftraggeber die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllen können, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Behauptung.

BGH, Urteil vom 29. September 2011 - VII ZR 87/11 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka sowie die Richter Bauner, Dr. Eick, Halfmeier und Prof. Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 30. März 2011 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz für die Folgen der fehlerhaften Vermessung eines Dükers in Anspruch.
- 2 Die Stadt P. beauftragte die Klägerin am 22. Februar 2007 mit der Herstellung eines Elektrodükers. Gegenstand des Auftrages war auch die Vermessung des Dükers sowie die Dokumentation seiner Lage. Diese Leistungen übertrug die Klägerin der Beklagten. Die Beklagte nahm die Lage der Start- und Zielgrube des Dükers auf und stellte den Verlauf des Dükers mittels einer idealisierten geradlinigen Verbindung der zwei aufgemessenen Punkte dar. Eine Einmessung des tatsächlichen Verlaufs des Dükers anhand oberirdisch ange-

brachter Farbmarkierungen erfolgte nicht. Die so gefertigten Bestandspläne überließ die Beklagte in Absprache mit der Klägerin zunächst einem im Auftrag der Stadt P. mit der Erstellung von Rammplänen für Folgegewerke beauftragten Drittunternehmen, sodann am 26. März 2007 auch der Klägerin selbst. Am 10. April 2007 wurde bei Rammarbeiten der von der Klägerin verlegte Düker beschädigt und es kam zu einer Unterbrechung der Stromversorgung in einem Stadtteil von P. Auf Verlangen der Stadt P. musste die Klägerin den Düker mit einem Kostenaufwand von 82.489,23 € neu verlegen. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie diesen Betrag nebst Zinsen sowie vorgerichtlich angefallene Anwaltskosten von der Beklagten erstattet. Darüber hinaus will sie die Einstandspflicht der Beklagten für auf das Schadensereignis zurückzuführende Folgeschäden festgestellt wissen.

- 3 Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage und Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen zur Zahlung eines Betrages von 41.244,62 € nebst Zinsen sowie weiterer 1.530,58 € verurteilt und festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin 50 % aller Schäden zu ersetzen, die ihr infolge des Schadensereignisses vom 10. April 2007 entstanden sind. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der sie ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

5 Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe mangelhaft geleistet, weil sie den Düker nicht anhand oberirdischer Markierungspunkte vermessen, sondern ohne entsprechende Messungen seinen geradlinigen Verlauf zwischen Start- und Zielgrube unterstellt und dementsprechend dokumentiert habe. Das Werk des Unternehmers müsse die vereinbarten Beschaffenheiten aufweisen; sonst sei es gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB mangelhaft. Welche Beschaffenheiten vereinbart seien, ergebe sich durch Auslegung des Vertrages als sinnvolles Ganzes. Dazu gehörten die Eigenschaften des Werkes, die den nach dem Vertrag geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen, für den auch die beabsichtigte Funktion des Werkes von Bedeutung sei. Dementsprechend sei die Funktions-tauglichkeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Regel Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarung. Hier habe die Vermessung und Dokumentation des Dükers als Grundlage für die Planung und Ausführung von Rammarbeiten durch Drittunternehmer dienen sollen. Für diese vertraglich vorausgesetzte Verwendung seien die Leistungen der Beklagten objektiv ungeeignet gewesen, weil der tatsächliche Verlauf des Dükers nicht so präzise wie möglich ermittelt worden sei und die Beklagte in der von ihr erstellten Dokumentation weder Versetzungen des Dükers infolge von Hindernissen im Erdreich noch die Flexibilität der dort verlegten Leitungen berücksichtigt habe.

6 Der hiergegen gerichtete Einwand der Beklagten, die Klägerin habe sie ausdrücklich beauftragt, den Verlauf des Dükers ohne Vermessung als idealisierte Linie zwischen den eingemessenen Start- und Zielpunkten darzustellen, bleibe ohne Erfolg, weil sie den ihr obliegenden Beweis für eine dahingehende, hinter den qualitativen Anforderungen an eine funktionstaugliche Leistung zurückbleibende "Beschaffenheitsvereinbarung nach unten" nicht geführt habe. Eine solche Vereinbarung sei durch die Aussagen der im Verfahren erster Instanz vernommenen Zeugen ebenso wenig bewiesen wie die von der Klägerin behauptete Vereinbarung einer funktionstauglichen Vermessung und Dokumentation. Zur gegenteiligen Auffassung sei das Landgericht gekommen, weil es die Aussage des Zeugen V. zu Unrecht für unergiebig und die Verteilung der Beweislast für den Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarungen falsch beurteilt habe.

7 Die geltend gemachten Schäden seien ursächlich auf den Mangel der Werkleistungen der Beklagten zurückzuführen. Allerdings treffe die Klägerin ein hälftiges Mitverschulden, weil sie die von der Beklagten gefertigten Bestandspläne nicht geprüft habe, bevor sie diese dem mit der Erstellung der Rammpläne befassten Drittunternehmen hat zukommen lassen. Mit Rücksicht auf die im Verhältnis zu ihrer Auftraggeberin übernommene Verpflichtung, eine fehlerfreie Vermessung und Dokumentation des Dükers zu gewährleisten, habe es zur Vermeidung eigener Haftung im Interesse der Klägerin gelegen, die Bestandspläne der Beklagten im Rahmen ihrer Nachprüfungs- und Kontrollobligationen daraufhin zu überprüfen, ob der Verlauf des Dükers hinreichend präzise erfasst und wiedergegeben war. Hätte die Klägerin diese Prüfung vorgenommen, wäre ihr als erfahrenem Fachunternehmen nicht verborgen geblieben, dass der Verlauf des Dükers von der Beklagten nicht durch Einmessung erfasst und entsprechend dokumentiert worden war.

II.

8 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

9 Das Berufungsgericht spricht der Klägerin einen Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB wegen der fehlerhaften Vermessung und Dokumentierung des Dükers zu. Die hierzu getroffenen Feststellungen beruhen auf einer fehlerhaften Anwendung des Verfahrensrechts und tragen diese Entscheidung nicht.

10 1. Allerdings geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass das Werk der Beklagten mangelhaft ist, weil es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB.

11 a) Welche Beschaffenheit eines Werkes die Parteien vereinbart haben, ergibt sich aus der Auslegung des Werkvertrages. Zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Der Bundesgerichtshof hat deshalb in Fortführung des zu § 633 BGB a.F. entwickelten funktionalen Mangelbegriffs eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit angenommen, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110; zum alten Recht: BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206, 212; Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 247; Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 403/98, BauR 2000, 411, 412 = NZBau 2000, 74 =

ZfBR 2000, 121; Urteil vom 15. Oktober 2002 - X ZR 69/01, BauR 2003, 236, 238 = NZBau 2003, 33 = ZfBR 2003, 34; Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 41/06, BauR 2007, 700 = NZBau 2007, 243 = ZfBR 2007, 340). Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch vereinbart und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Unternehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, aaO; Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, aaO; Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 403/98, aaO).

12 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze fehlt dem Werk der Beklagten die vereinbarte Beschaffenheit. Das Berufungsgericht geht, von der Revision nicht beanstandet, davon aus, dass die von den Parteien übereinstimmend vorausgesetzte Verwendung der Leistung der Beklagten darin bestand, als Grundlage für von einem Drittunternehmer im Zusammenhang mit Erdarbeiten zu erstellende Rammpläne zu dienen. Die für diesen vertraglich vorausgesetzten Gebrauch vereinbarte Funktion erfüllt die Werkleistung der Beklagten nach den auch insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht, weil die Beklagte den tatsächlichen Verlauf des Dükers nicht durch Vermessung seiner Lage erfasst und dementsprechend dokumentiert hat, obwohl nur die präzise Einmessung des Dükers Gewähr für die Erarbeitung von Rammplänen bieten konnte, bei deren Beachtung der Düker nicht durch Erdarbeiten beschädigt worden wäre.

13 Das Werk der Beklagten ist auch dann funktionsuntauglich und damit mangelhaft, wenn die Klägerin von der Beklagten nur die Dokumentation einer idealisierten geradlinigen Verbindung zwischen Start- und Zielgrube ohne eine präzise Einmessung des Dükers verlangt haben sollte. Die dahingehende Be-

hauptung der Beklagten betrifft Vereinbarungen zur Art der Ausführung der Werkleistungen, die ohne Einfluss auf die vertraglich vorausgesetzte Verwendung der von der Beklagten gefertigten Bestandspläne als Grundlage für die Planung und Ausführung von Erdarbeiten getroffen worden sein können. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Sachverhalt, den das OLG Saarbrücken in der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Entscheidung vom 25. Oktober 2000 (NZBau 2001, 329) zu beurteilen hatte. Dort betrafen die behaupteten Abreden der Vertragsparteien zu Gegenstand und Art der Werkleistungen eine Unterschreitung des andernfalls geschuldeten üblichen Qualitätsstandards und damit den Maßstab für die Funktionalität des Werkes. Um eine solche "Beschaffenheitsvereinbarung nach unten" geht es nicht, wenn, wie hier, die Funktionstauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch mit der vertraglich vereinbarten Leistung oder Ausführungsart nicht zu erreichen ist. Deshalb stellt sich auch die vom Berufungsgericht diskutierte und von der Revision aufgegriffene Frage, wer eine solche "Beschaffenheitsvereinbarung nach unten" darlegen und beweisen muss, nicht in entscheidungserheblicher Weise.

- 14 Die Beweislast für die von der Beklagten erhobene Behauptung ergibt sich vielmehr aus den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen zur fehlenden Verantwortung eines Unternehmers infolge der Erfüllung seiner Prüfungs- und Hinweispflicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Unternehmer dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 15; Urteil vom 10. Februar 2011 - VII ZR 8/10, BauR 2011, 869, 871 = NZBau 2011, 360 = ZfBR 2011, 454). Das gilt auch in den Fällen, in denen die Parteien eine bestimmte Funktion des Werkes voraussetzen oder vereinbaren, die Befolgung

der bindenden Anordnungen des Bestellers zur Ausführungsweise jedoch dazu führt, dass diese Funktion nicht erfüllt wird. Der Unternehmer haftet nicht für die fehlende Funktionstauglichkeit des Werkes, wenn er den Besteller auf die Bedenken gegen eine solche Anordnung hingewiesen hat und dieser auf der untauglichen Ausführung besteht. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Tatbestand, der dazu führt, dass der Unternehmer von der Mängelhaftung befreit ist, trägt der Unternehmer (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 26). Er hat dementsprechend vorzutragen und zu beweisen, dass die Zweck- und Funktionsverfehlung des Werkes auf bindende Anordnungen des Bestellers zurückzuführen ist und er seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist.

15 2. Erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Annahme eines Mangels und der Beweislastverteilung demnach im Ergebnis als richtig, kann das Berufungsurteil gleichwohl keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat zwar die Frage geprüft, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, die Klägerin habe eine bindende Anordnung erteilt, die Dokumentation lediglich mit einer idealisierten geradlinigen Verbindung zwischen Start- und Zielgrube vorzunehmen. Seine Würdigung, eine solche Anordnung habe die Beklagte nicht bewiesen, beruht jedoch auf einem Verfahrensfehler. Das Berufungsgericht hat die erstinstanzlich vernommenen Zeugen entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO nicht erneut vernommen, obwohl es dazu verpflichtet war.

16 a) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Insbesondere muss das Berufungsgericht die bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen

nochmals gemäß § 398 Abs. 1 ZPO vernehmen, wenn es deren Aussagen anders würdigen will als die Vorinstanz. Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2009 - VIII ZR 3/09, ZfBR 2009, 776; Beschluss vom 10. November 2010 - IV ZR 122/09, NJW 2011, 1364, jeweils m.w.N.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht vor.

17

b) Das Landgericht hat die Aussagen der von ihm vernommenen Zeugen dahin gewürdigt, dass die Beklagte die Lage des Dükers lediglich durch eine geradlinige Verbindung zwischen Start- und Zielgrube ermitteln und dokumentieren sollte. Den ihr obliegenden Beweis, keine dahingehende Abrede getroffen zu haben, habe die Klägerin nicht geführt. Die Aussagen der von ihr benannten Zeugen S., V., P. und W. seien unergiebig. Demgegenüber habe der Zeuge Sch. glaubhaft bekundet, dass die Beklagte ihrem Vorbringen entsprechend nur mit der Einmessung der Start- und Zielgrube beauftragt gewesen sei. Der Zeuge sei aufgrund des persönlichen Eindrucks glaubwürdig. Für die Glaubhaftigkeit spreche auch, dass der Zeuge seine Aussage beeidigt habe. Demgegenüber hat das Berufungsgericht die Beklagte als beweisbelastet für die Richtigkeit ihrer Behauptung angesehen, eine hinter der funktionsgerechten Einmessung des Dükers zurückbleibende Leistungsvereinbarung getroffen zu haben. Die Vereinbarung einer solchen "Qualitätsabweichung nach unten" sei ebenso wenig bewiesen wie die von der Klägerin behauptete Vereinbarung einer funktionstauglichen Vermessung des Dükers. Anders als das Landgericht hat es den Bekundungen des Zeugen V. Indizien für die Richtigkeit des Sachvortrages der Klägerin in diesem Punkt entnommen. Seine Aussage stehe der des Zeugen Sch. gegenüber, ohne dass der Aussage des einen Zeugen einer

stärkere Überzeugungskraft beizumessen sei als der des anderen. Damit hat es die Glaubwürdigkeit des Zeugen Sch. und die Glaubhaftigkeit seiner Bekundungen anders beurteilt als das Landgericht, das keine Zweifel an der Zuverlässigkeit des Zeugen und der Richtigkeit seiner Aussage gehabt hat. Zu dieser Einschätzung durfte das Berufungsgericht nicht gelangen, ohne sich durch eine erneute Vernehmung der Zeugen einen eigenen Eindruck verschafft zu haben. Dass es seine Würdigung des Beweisergebnisses mit der Heranziehung von solchen Umständen begründet hat, denen das Landgericht keine Beweiserheblichkeit beigemessen hat, ändert daran nichts.

III.

18 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache war zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen und erneuten Durchführung der Beweisaufnahme an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

19 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass - sollte sich die Darstellung der Beklagten als richtig erweisen - auch zu prüfen wäre, ob die Parteien eine Vereinbarung darüber getroffen haben, dass das Risiko der unzureichenden Darstellung des Dükers für die Rammarbeiten von der Klägerin übernommen worden ist. Das Zustandekommen einer solchen, im Bewusstsein des übernommenen Risikos getroffenen haftungsbeschränkenden Vereinbarung ist möglich, wenn die Klägerin von der Beklagten lediglich die Dokumentation einer idealisierten geradlinigen Verbindung zwischen Start- und Zielgrube verlangt haben sollte, obwohl ihr in gleicher Weise wie der Beklagten bewusst war, dass diese Art der Ausführung der Werkleistung ungeeignet war für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung und zu einer Beschädigung des Dükers

durch nachfolgende Erdarbeiten führen konnte. Eine zum Haftungsausschluss führende, rechtsgeschäftliche Risikoübernahme kann in der Regel nur dann angenommen werden, wenn der Unternehmer den Besteller vor der Ausführung der Leistung über das bestehende Risiko hinreichend aufklärt und der Besteller sich gleichwohl mit der Übernahme des Risikos rechtsgeschäftlich einverstanden erklärt (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil, Rn. 25 m.w.N.). Feststellungen dazu, ob eine diesen Anforderungen genügende Risikoaufklärung stattgefunden hat oder ob eine solche möglicherweise entbehrlich war, weil die Klägerin sich des übernommenen Risikos und seiner Tragweite ohnehin bewusst war, sind bisher nicht getroffen. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, hierzu ergänzend vorzutragen.

20 Für den Fall, dass eine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme nicht festgestellt werden kann, wäre zu prüfen, ob die Beklagte ihre Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat. Eine Hinweispflicht der Beklagten besteht nicht, wenn der Klägerin das Risiko ihrer Anordnung klar war. Das hat das Landgericht angenommen.

21 Der Senat weist darauf hin, dass sich für den Fall, dass sich eine Haftungsbeschränkung für die Beklagte nicht ergibt, gegen die von der Revision

angegriffene Berücksichtigung eines hälftigen Mitverschuldens der Klägerin revisionsrechtlich keine Bedenken bestehen.

Kniffka

Bauner

Eick

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Potsdam, Entscheidung vom 11.02.2010 - 3 O 113/08 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 30.03.2011 - 13 U 16/10 -