



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

III ZR 215/21

Verkündet am:  
13. April 2023  
Uytterhaegen  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

---

GG Art. 34; BGB § 839 A, § 823 Abs. 1 Ac, Dc

Die Mitarbeiter eines privaten Unternehmens, die im Zuge von Straßenbauarbeiten der öffentlichen Hand neue Fahrzeugrückhaltesysteme (Schutzplanken) montieren, handeln nicht in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes, wenn das beauftragte Fachunternehmen bei den zu erbringenden Montagearbeiten, die der Daseinsvorsorge dienen und bei denen der hoheitliche Charakter daher nicht im Vordergrund steht, über einen relevanten eigenen Ausführungsspielraum verfügt. Bei schuldhafter Beschädigung fremder Versorgungsleitungen (hier: durch Rammarbeiten) haftet das private Unternehmen nach § 823 Abs. 1 BGB (Bestätigung und Fortführung von Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 - III ZR 124/18, NJW-RR 2019, 1163).

BGH, Urteil vom 13. April 2023 - III ZR 215/21 - OLG Schleswig

LG Kiel

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 2023 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, den Richter Reiter, die Richterinnen Dr. Arend und Dr. Böttcher sowie den Richter Dr. Herr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 3. Dezember 2021 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 28. Dezember 2021 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszugs einschließlich der Kosten des Streithelfers der Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Die Klägerin, die ein Asphaltmischwerk betreibt, verlangt von der Beklagten Ersatz von Schäden, die infolge der Beschädigung eines erdverlegten Stromkabels durch Mitarbeiter der Beklagten in ihrem Betrieb entstanden sind.
- 2 Die Beklagte, ein deutschlandweit tätiges Tief- und Straßenbauunternehmen, wurde mit Zuschlagsschreiben des Landesbetriebs Straßenbau und Verkehr Schleswig-Holstein vom 10. April 2019 im Namen und für Rechnung des

Streithelfers der Klägerin (Straßenbaulastträger) im Zuge der grundhaften Erneuerung einer Straße mit der Montage neuer Fahrzeugrückhaltesysteme (im Folgenden auch: Schutz- oder Leitplanken) beauftragt. Die Gesamtlänge der Bau-  
strecke betrug circa 1.400 Meter, wobei die Straßenbauarbeiten von der  
S. AG ausgeführt wurden.

- 3 Die der Beauftragung der Beklagten zugrundeliegende Leistungsbeschreibung enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

### **"2.10 Anlagen im Baubereich**

Im Bereich der Baustelle liegen Leitungen und Kabel verschiedener Versorgungsträger. Der Auftragnehmer hat sich vor Abgabe seines Angebotes bezüglich der Lage der Leitungen bei deren Rechtsträgern erkundigt und verständigt diese vor Baubeginn rechtzeitig über den Ablauf der Straßenbauarbeiten.

Kosten für Rohrleitungs-, Kabel- und Anlageschäden, die durch den Auftragnehmer verursacht werden, werden dem Auftraggeber von der Hand gehalten.

### **3.2 Bauablauf**

Der Bauablauf erfolgt nach Disposition des Auftragnehmers und in Absprache mit dem Auftraggeber Erd- und Straßenbau."

- 4 Im Leistungsverzeichnis wird die von der Beklagten zu erbringende Leistung unter Position 00.09.0001 wie folgt spezifiziert:

"2.150 m

Schutzeinrichtung (SE) am äußeren Fahrbahnrand einschließlich erforderlicher systembedingter Arbeiten herstellen. Abgerechnet wird die Baulänge. SE nach 'Technischen Kriterien für den Einsatz von Fahrzeug-Rückhaltesystemen in Deutschland'.

SE aus Stahl.

Aufhaltstufe mindestens H1

Wirkungsbereichsklasse maximal W4  
Aufprallheftigkeitsstufe = A  
Schutzeinrichtung 'ohne formaggressive Teile, geprüft auf schmalem Bankett mit abfallenden Böschungen.  
Vergrößerung des Wirkungsbereiches in Bereichen mit abfallenden Böschungen ist zulässig.  
Prüflänge max. 48 m.  
Die Schutzeinrichtung muss zusätzlich die Aufhaltestufe N2 aufweisen.  
Systembreite max. 21 cm.'  
Aufstellung in Boden."

- 5 Anlässlich einer Baubesprechung am 1. Juli 2019, die in Anwesenheit des Bauleiters der Beklagten stattfand, wurde in dem diesbezüglichen Protokoll unter Punkt 11.04 festgehalten, dass das Herstellen der Suchgräben durch die S. AG die Beklagte nicht von ihrer Pflicht entbinde, sich über vorhandene Versorgungsleitungen im Bereich der aufzustellenden Fahrzeugrückhaltesysteme bei den Versorgungsträgern zu informieren.
- 6 Am 23. Juli 2019 beschädigten Mitarbeiter der Beklagten im Zuge der Schutzplankenmontage bei Rammarbeiten ein erdverlegtes Stromkabel. Eigene Erkundigungen zur Lage etwaiger Versorgungsleitungen hatte die Beklagte zuvor nicht vorgenommen. Sie verließ sich vielmehr auf von der S. AG gesetzte Markierungspfosten aus Holz und auf dem Straßenbelag angebrachte farbige Markierungen sowie eine von dieser erstellten Planskizze, die die Lage der von der S. AG jeweils festgestellten Versorgungsleitungen kennzeichneten. Diese hatte bei ihren Erkundigungen und Suchgrabungen an der Schadensstelle kein Stromkabel festgestellt.
- 7 Auf Grund des Kabelschadens kam es zu einem mehrstündigen Stromausfall, wodurch in dem Asphaltmischwerk der Klägerin die Anlagensteuerung beschädigt wurde, was einen vorübergehenden Stillstand der Produktion zur Folge hatte.

- 8 Die Klägerin und ihr Streithelfer haben geltend gemacht, die Beklagte sei passivlegitimiert und hafte gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Die Beauftragung der Beklagten stelle sich weder als Beleihung eines Privatunternehmens mit hoheitlichen Aufgaben dar, noch sei diese als Verwaltungshelferin bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben tätig geworden. Die Beklagte habe vielmehr eine eigenständige zivilrechtliche Erkundigungs- und Sicherungspflicht bezüglich der beschädigten Versorgungsleitung verletzt. Die Suchschachtungen der S. AG hätten sie nicht davon freigestellt, erforderlichenfalls eigene Suchschachtungen durchzuführen und sich bei den Versorgungsträgern selbst zu erkundigen und dort Leitungspläne anzufordern.
- 9 Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie sei als Verwaltungshelferin ohne eigenen Gestaltungsspielraum bei der Errichtung der Schutzplanken tätig geworden. Auf die Erkundigungen und Suchgrabungen der S. AG habe sie sich verlassen dürfen. Zur Beschädigung des Kabels sei es nur deshalb gekommen, weil an der für die Einbringung der Leitplankenbefestigung notwendigen Stelle eine Verschwenkung der unterirdischen Stromleitung vorgelegen habe, mit der nicht zu rechnen gewesen sei.
- 10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 35.211,75 € nebst Zinsen sowie zur Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt. Außerdem hat es die Ersatzpflicht der Beklagten für alle künftigen materiellen Schäden anlässlich der Beschädigung des Stromkabels festgestellt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### Entscheidungsgründe

11 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

#### I.

12 Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO insgesamt statthaft.

13 Im Tenor der angefochtenen Entscheidung wurde die Revisionszulassung uneingeschränkt ausgesprochen. Das Berufungsgericht hat die Revisionszulassung damit begründet, dass die Einordnung der Ausführung öffentlicher Bauaufträge als hoheitlich oder nicht hoheitlich noch nicht abschließend geklärt erscheine (BU 15). Daraus lässt sich nicht mit der notwendigen Klarheit und Eindeutigkeit entnehmen, dass das Berufungsgericht die Revision nur eingeschränkt zulassen wollte, zumal eine Beschränkung auf die aufgeworfene Rechtsfrage nicht zulässig wäre. Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsfragen, Anspruchselemente oder einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen ist nicht zulässig (Senat, Urteile vom 13. August 2020 - III ZR 148/19, WM 2020, 1862 Rn. 13 und vom 3. Februar 2022 - III ZR 84/21, WM 2022, 514 Rn. 15).

14 Da das Berufungsgericht die Revision unbeschränkt zugelassen hat, ist die vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten gegenstandslos (vgl. Senat, Urteile vom 9. Oktober 2014 - III ZR 33/14, NJW 2015, 152 Rn. 28 und vom 19. Februar 2015 - III ZR 90/14, WM 2015, 569 Rn. 9).

II.

15                    Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BeckRS 2021, 38774 veröffentlicht ist, hat im Wesentlichen ausgeführt:

16                    Die Beklagte hafte gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen sorgfaltswidriger Beschädigung des Stromkabels auf Ersatz der in dem Asphaltmischwerk der Klägerin entstandenen Schäden. Die Klägerin sei nicht auf Amtshaftungsansprüche gegen ihren Streithelfer zu verweisen. Aus der Ausgestaltung der Straßenbaulast als öffentliche Aufgabe gemäß § 10 Abs. 4 des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Schleswig-Holstein (StrWG SH) folge nicht notwendigerweise, dass jeder Umsetzungsschritt der aus dieser Aufgabe resultierenden Bau- und Verkehrssicherungspflicht hoheitlicher Natur sein müsse. Zugrunde zu legen sei vielmehr ein "bewegliches Beurteilungsraster". Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund trete, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des privaten Unternehmers sei, desto näher liege es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinn zu verstehen (u.a. Hinweis auf Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 - III ZR 124/18, NJW-RR 2019, 1163 Rn. 18). Gerade bei Straßenbauarbeiten könne dem beauftragten Unternehmer vonseiten des öffentlich-rechtlichen Auftraggebers ein gewisser Ausführungsspielraum eingeräumt werden. So liege es hier. Die Beklagte sei nicht als Verwaltungshelferin ohne eigenen Entscheidungsspielraum tätig geworden. Den Ausschreibungsunterlagen sei zwar eine Reihe technischer Anforderungen - gerade auch zum Thema "Schutz- und Leiteinrichtungen" - zu entnehmen. Eine echte Detailplanung dahin, wo und wie genau etwa die Rammung für die Leitplanken erfolgen müsse, fehle jedoch. Insoweit habe das Leistungsverzeichnis nur einen "funktionalen" Charakter. Hiermit stehe im Einklang, dass es nach

Nummer 2.10 der Leistungsbeschreibung dem Auftragnehmer überantwortet sei, sich vor Abgabe seines Angebots bezüglich der Lage der Leitungen bei den Versorgungsträgern zu erkundigen.

17 Die Beklagte habe durch ihre Mitarbeiter sorgfaltswidrig das Stromkabel beschädigt und hierdurch einen Stromausfall verursacht, der das Asphaltmischwerk der Klägerin beeinträchtigt habe. Den bei den vorzunehmenden Montage- und Gründungsarbeiten zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen sei die Beklagte nicht gerecht geworden, da sie sich auf die Vorgaben der S. AG verlassen habe, ohne zu prüfen, wie diese zu ihren Erkenntnissen gelangt sei, und ohne eigene Erkundigungen zum Verlauf der Versorgungsleitungen einzuholen. Die Beschädigung des Stromkabels hätte bei Kenntnis des Leitungsplans der S. -H. Netz AG, aus dem unter anderem der Verlauf einer 20 kV-Leitung ersichtlich gewesen sei, vermieden werden können.

18 Die Klägerin sei in ihrem Eigentumsrecht verletzt worden. Ersatzfähig seien die notwendigen Reparaturen an den durch den Stromausfall beschädigten Anlagen des Asphaltmischwerks sowie die Kosten, die der Klägerin durch eine fehlerhafte Produktion entstanden seien. Auch das Feststellungsbegehren sei gerechtfertigt.

### III.

19 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

20 Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz haftet. Sie ist nicht als Verwaltungshelferin des Straßenbaulastträgers tätig geworden, sondern hat die Leitplanken



als private Fachfirma in eigener Verantwortung und mit einem relevanten eigenen Ausführungsspielraum montiert. Es liegt kein Fall der Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG vor.

- 21 1. In seinem Anwendungsbereich verdrängt § 839 BGB als vorrangige Spezialregelung konkurrierende Ansprüche aus §§ 823 ff BGB. Im Rahmen der Haftung nach § 839 BGB tritt gemäß Art. 34 Satz 1 GG - im Wege der befreienden Haftungsübernahme - der Staat beziehungsweise die jeweilige Anstellungskörperschaft als Anspruchsgegner des Geschädigten an die Stelle dessen, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat; in diesem Falle scheidet eine persönliche Haftung des Amtsträgers gegenüber dem Geschädigten aus (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 - III ZR 124/18, NJW-RR 2019, 1163 Rn. 10 m. zahlr. w.N.).
- 22 2. Der Anwendungsbereich der Amtshaftung gemäß § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG ist jedoch nicht eröffnet, da die Mitarbeiter der Beklagten bei der Montage der Schutzplanken nicht in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes handelten.
- 23 a) Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich nach der ständigen Senatsrechtsprechung danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wird, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, das heißt auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient, abzustellen

(siehe nur Senat, Urteile vom 14. Mai 2009 - III ZR 86/08, BGHZ 181, 65 Rn. 10; vom 15. September 2011 - III ZR 240/10, BGHZ 191, 71 Rn. 13; vom 6. März 2014 - III ZR 320/12, BGHZ 200, 253 Rn. 31; vom 9. Oktober 2014 - III ZR 68/14, NJW 2014, 3580 Rn. 17 und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 18; Beschluss vom 31. März 2011 - III ZR 339/09, NVwZ-RR 2011, 556 Rn. 7; jew. mwN).

24           Hiernach können auch Mitarbeiter eines privaten Unternehmens Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne sein. Dies kommt neben den Fällen der Beleidigung eines Privatunternehmens mit hoheitlichen Aufgaben auch dann in Betracht, wenn Private als Verwaltungshelfer bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben tätig werden (Senat, Urteile vom 21. Januar 1993 - III ZR 189/91, BGHZ 121, 161, 164 ff; vom 14. Oktober 2004 - III ZR 169/04, BGHZ 161, 6, 10; vom 2. Februar 2006 - III ZR 131/05, VersR 2006, 698 Rn. 10; vom 9. Oktober 2014 aaO und vom 6. Juni 2019 aaO). Dafür ist erforderlich, dass ein innerer Zusammenhang und eine engere Beziehung zwischen der Betätigung des Privaten und der hoheitlichen Aufgabe bestehen, wobei die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluss nimmt, dass der Private gleichsam als bloßes "Werkzeug" oder "Erfüllungsgehilfe" des Hoheitsträgers handelt und dieser die Tätigkeit des Privaten deshalb wie eine eigene gegen sich gelten lassen muss (Senat, Urteile vom 9. Oktober 2014 aaO und vom 6. Juni 2019 aaO).

25           Da die auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage beruhende Heranziehung privater Unternehmer zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben eine Vielzahl von Fallgestaltungen umfasst, die sich sowohl durch den Charakter der jeweils wahrgenommenen Aufgabe als auch durch die unterschiedliche Sachnähe der übertragenen Tätigkeit zu dieser Aufgabe sowie durch den Grad der Einbindung des Unterneh-

mers in den behördlichen Pflichtenkreis unterscheiden, ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, der ein "bewegliches Beurteilungsraster" zugrunde liegt: Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt - was vor allem in der Eingriffsverwaltung der Fall ist -, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der öffentlichen Hand zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen (Senat, Urteile vom 21. Januar 1993 aaO S. 165 f; vom 9. Oktober 2014 aaO und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 18 und 26; siehe auch BeckOGK/Dörr, BGB, § 839 Rn. 63 [Stand: 1. Dezember 2022]; Remmert, WM 2020, 1453, 1455 f).

26            b) Das Berufungsgericht hat die Verwaltungshelfereigenschaft der Beklagten unter Zugrundelegung dieses Maßstabs zutreffend verneint. Bei den von ihr zu erbringenden Montagearbeiten stand der hoheitliche Charakter nicht im Vordergrund. Die Beklagte verfügte zudem über einen relevanten eigenen Ausführungsspielraum.

27            aa) Zwar handelt es sich bei der Montage von Schutzplanken im Rahmen der Erneuerung einer öffentlichen Straße als Maßnahme der Verkehrssicherung um eine hoheitliche Aufgabe. Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 StrWG SH werden die mit dem Bau, der Unterhaltung und der Überwachung der Verkehrssicherheit der öffentlichen Straßen zusammenhängenden Aufgaben als Amtspflichten in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit wahrgenommen.

28            Der hoheitliche Charakter steht bei der Errichtung von Schutzplanken jedoch nicht im Vordergrund. Es handelt sich um eine Maßnahme im Bereich der Daseinsvorsorge. Hier ist eine Haftung des Staates für das Handeln Privater zwar nicht von vornherein ausgeschlossen (zB Senat, Urteil vom 9. Oktober 2014 aaO

Rn. 9 ff zur Wahrnehmung des Winterdienstes als hoheitliche Aufgabe), allerdings ist sie nicht in gleicher Weise geboten wie im Bereich der Eingriffsverwaltung, in dem der Staat mit hoheitlichen Anordnungen in die Rechts- und Freiheitssphäre von Bürgern eingreift und sich daher nicht der eigenen Haftung dadurch entziehen kann, dass er die Durchführung einer Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt (Senat, Urteile vom 14. Oktober 2004 aaO; vom 9. Oktober 2014 aaO Rn. 17 und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 18). Im Bereich der Daseinsvorsorge kommt eine Haftung des Staates insbesondere dann in Betracht, wenn die übertragene Aufgabe einen engen Bezug zur Eingriffsverwaltung aufweist wie zum Beispiel die Aufstellung eines Verkehrszeichens, wodurch eine Verkehrsregelung unmittelbar umgesetzt wird (vgl. Senat, Urteil vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 16). Dies ist bei Schutzplanken, die der passiven Verkehrssicherheit und nicht der Verkehrslenkung dienen, nicht der Fall (vgl. BeckOGK/Dörr aaO Rn. 61 aE).

29                    bb) Frei von Rechtsfehlern ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht lediglich als "Werkzeug" oder "verlängerter Arm" der öffentlichen Hand agiert, ihr habe vielmehr ein relevanter eigener Ausführungsspielraum zugestanden.

30                    (1) Werden selbständige Unternehmer im schlicht-hoheitlichen Bereich auf privatrechtlicher Grundlage mit dienst- oder werkvertraglichen Leistungen beauftragt, ist bei Anwendung des vorgenannten "beweglichen Beurteilungsrasters" eine differenzierende Betrachtung geboten. Erfolgt eine erhebliche Einflussnahme der öffentlichen Hand, etwa durch bindende Vorgaben, Weisungen oder detaillierte Planungen, liegt die Einordnung des privaten Unternehmers als Verwaltungshelfer nahe. Anders verhält es sich, wenn dem Unternehmer nach der

konkreten vertraglichen Ausgestaltung ein relevanter eigener Entscheidungs- beziehungsweise Ausführungsspielraum verbleibt. Das Maß der Einflussnahme durch die öffentliche Hand war bereits in den früheren Entscheidungen des Senats, in denen die sogenannte "Werkzeugtheorie" zur Anwendung kam, ein zentrales Abgrenzungskriterium und ist es nach Entwicklung der Rechtsfigur des Verwaltungshelfers geblieben, indem dieser Gesichtspunkt nunmehr in die anzustellende Gesamtbetrachtung einzubeziehen ist (vgl. Senat, Urteile vom 18. Mai 1967 - III ZR 94/65, VersR 1967, 859, 861; vom 15. Juni 1967 - III ZR 23/65, BGHZ 48, 98, 103; vom 14. Juni 1971 - III ZR 120/68, NJW 1971, 2220, 2221; vom 7. Februar 1980 - III ZR 153/78, NJW 1980, 1679; vom 27. Januar 1994 - III ZR 158/91, BGHZ 125, 19, 25 und vom 6. Juni 2019 aaO Rn. 21; BeckOGK/Dörr aaO § 839 Rn. 60; Remmert aaO S. 1458). Dabei liegt die Annahme, der Unternehmer habe als "Werkzeug" oder "verlängerter Arm" der Behörde gehandelt, bei einfach gelagerten Tätigkeiten näher als bei einem komplexen (Bau-) Vorhaben, bei dem die öffentliche Hand als Auftraggeber regelmäßig ein Fachunternehmen gerade wegen dessen besonderer Sachkunde heranzieht.

- 31 (2) Das Berufungsgericht hat diese Rechtsprechungsgrundsätze seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Seine Würdigung, dass die vertragliche Gestaltung, insbesondere der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, einen relevanten eigenen Entscheidungs- beziehungsweise Ausführungsspielraum der Beklagten belege, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt und angemessen abgewogen. Dabei hat es nach Auswertung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses, rechtsfehlerfrei entscheidend darauf abgestellt, dass die Beklagte sich in eigener Verantwortung nach der Lage der Versorgungsleitungen zu erkundigen hatte, das

Leistungsverzeichnis nur einen "funktionalen" Charakter aufwies und keine Detailplanung für die (gefährträchtigen) Rammarbeiten vorgegeben war, es also der Beklagten überlassen wurde, wo und wie sie diese ausführte (BU 7 f).

32 Der funktionale Charakter des Leistungsverzeichnisses kommt zum Beispiel in der Position 00.09.0001 deutlich zum Ausdruck. Dort heißt es lediglich, dass eine Schutzeinrichtung am äußeren Fahrbahnrand herzustellen ist, die bestimmte Mindest- beziehungsweise Maximalgrößen erfüllen muss (Aufhaltestufe mindestens H1, Wirkungsbereichsklasse maximal W4, Systembreite maximal 21 cm). Dem Auftragnehmer werden jedoch weder ein konkretes Fahrzeugrückhaltesystem noch Anweisungen zur Durchführung der Montagearbeiten vorgegeben. Insbesondere die gefährträchtigen Rammarbeiten hatte die Beklagte in eigener Verantwortung und ohne diesbezügliche Detailvorgaben durchzuführen.

33 Entgegen der Auffassung der Revision spricht der Umstand, dass die S. AG den Verlauf der von ihr festgestellten Versorgungsleitungen durch Holzpflocke und Fahrbahnmarkierungen kenntlich gemacht sowie eine entsprechende Planskizze (Anlage BB 16) erstellt hatte, nicht gegen einen relevanten Ausführungsspielraum der Beklagten. Daraus ergab sich lediglich, an welchen Stellen nach Auffassung der S. AG Rammarbeiten nicht oder nur mit größter Vorsicht erfolgen durften. Die Planung der Montagearbeiten oblag aber weiterhin der Beklagten als dem verantwortlichen Fachunternehmen unter Beachtung etwaiger technischer Richtlinien, in denen zum Beispiel der Montageabstand zum Fahrbahnrand präzisiert wurde (Revisionsbegründung, S. 8). Dementsprechend wird in dem Baustellenprotokoll vom 1. Juli 2019 (Anlage BB 13) - unmittelbar vor Tätigkeitsbeginn der Beklagten - ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Herstellen der Suchgräben durch die S. AG die Beklagte nicht

von ihrer Pflicht entbinde, sich über vorhandene Versorgungsleitungen im Bereich der aufzustellenden Fahrzeugrückhaltesysteme bei den Versorgungsträgern zu informieren. Dies verdeutlicht, dass die Erkundigungspflicht der Beklagten, wie sie bereits in Nummer 2.10 der Leistungsbeschreibung enthalten war, ungeachtet der Einschaltung der S. AG unverändert fortbestand. Dass die Beklagte bei der Montage der Schutzplanken - was bei einem Bauvorhaben dieser Größenordnung eine Selbstverständlichkeit ist - eine Reihe technischer Anforderungen zu beachten hatte und es sich um standardisierte Bauteile handelte, machte sie nicht zum bloßen "verlängerten Arm" der öffentlichen Hand. Die konkrete Planung der Ramm- und Montagearbeiten sowie der damit zusammenhängende Bauablauf lagen weiterhin in ihren Händen (siehe auch Nr. 3.2 der Leistungsbeschreibung).

34 3. Das Berufungsgericht hat die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB rechtsfehlerfrei bejaht.

35 a) Anders als die Revision meint, ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht § 823 Abs. 1 BGB und nicht § 831 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen hat. Eine juristische Person ist verpflichtet, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass eine Schädigung Dritter in dem gebotenen Umfang vermieden wird. Für alle wichtigen Aufgabengebiete muss ein verfassungsmäßiger Vertreter im Sinne des § 31 BGB zuständig sein, der die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Entspricht die Organisation diesen Anforderungen nicht, muss sich ein Unternehmen so behandeln lassen, als wäre die tatsächlich eingesetzte Person nicht nur Verrichtungsgehilfe, sondern ein verfassungsmäßiger Vertreter. Die Beklagte muss sich danach die (verfehlte) Entscheidung ihres Bauleiters, keine eigenen Erkundigungen zur Lage der Versorgungsleitungen vorzunehmen und sich ohne weitere Prüfung auf die Planskizze der

S. AG zu verlassen, ohne Entlastungsmöglichkeit zurechnen lassen. Entweder ist er im Rahmen der beauftragten (gefahrträchtigen) Tiefbauarbeiten als verfassungsmäßiger Vertreter im Sinne des § 31 BGB tätig geworden, oder die Beklagte hat es pflichtwidrig und damit haftungsbegründend unterlassen, ihn mit der Überwachung der Tiefbauarbeiten gemäß §§ 30, 31 BGB zu betrauen (vgl. BGH, Urteile vom 20. April 1971 - VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313, 1314 f; vom 9. November 1982 - VI ZR 129/81, VersR 1983, 152, 153 und vom 30. Januar 1996 - VI ZR 408/94, NJW-RR 1996, 867, 868; BeckOGK/Offenloch, BGB, § 31 Rn. 123 ff [Stand: 1. Februar 2023]; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl., § 31 Rn. 7 f; Grüneberg/Sprau aaO § 823 Rn. 50; MüKoBGB/Leuschner, 9. Aufl., § 31 Rn. 33 f; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., § 823 Rn. 108).

36 b) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte ihre Pflichten als Tiefbauunternehmerin sorgfaltswidrig verletzt hat.

37 aa) Tiefbauunternehmer haben bei Bauarbeiten an öffentlichen Straßen mit dem Vorhandensein unterirdisch verlegter Versorgungsleitungen zu rechnen, äußerste Vorsicht walten zu lassen und müssen sich der unverhältnismäßig großen Gefahren bewusst sein, die durch eine Beschädigung von Strom-, Gas-, Wasser- oder Telefonleitungen hervorgerufen werden können (BGH, Urteile vom 20. April 1971 aaO; vom 9. November 1982 aaO S. 152; vom 20. Dezember 2005 - VI ZR 33/05, NJW-RR 2006, 674, Rn. 8 und vom 17. Dezember 2009 - VII ZR 172/08, NJW 2010, 1592, Rn. 20). Leben und Gesundheit von Menschen sind bei unsachgemäßer Ausführung derartiger Arbeiten gefährdet, insbesondere bei - wie hier - Berührung eines Stromkabels oder durch die Folgen ausströmenden Gases. Deshalb sind an die im Bereich von Versorgungsleitungen tätigen Tiefbauunternehmer hohe Anforderungen an die Erkundigungs- und Sicherungs-



pflichten bezüglich der verlegten Versorgungsleitungen zu stellen. Der Tiefbauunternehmer muss sich im Rahmen der allgemeinen technischen Erfahrung die Kenntnisse verschaffen, welche die sichere Bewältigung der auszuführenden Arbeiten voraussetzt. Er ist insbesondere verpflichtet, sich den erforderlichen Grad von Gewissheit über den Verlauf der Gasleitungen wie auch sonstiger Versorgungsleitungen zu verschaffen, und zwar dort, wo die entsprechenden zuverlässigen Unterlagen vorhanden sind (BGH, Urteile vom 20. April 1971 aaO und vom 17. Dezember 2009 aaO).

38           bb) Die Annahme eines Sorgfaltspflichtverstoßes durch das Berufungsgericht begegnet keinen Bedenken. Es hat - von der Revision unbeanstandet - festgestellt, dass keiner der Mitarbeiter der Beklagten Einsicht in die Planunterlagen der Versorgungsträger genommen und die Beklagte die von der S.           AG erstellte Planskizze (Anlage BB 16) gleichsam "blind" hingenommen hat, ohne deren Entstehung und die Kenntnisnahme von Planunterlagen der Versorgungsträger durch die S.           AG zu überprüfen.

39           cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Erkundigungspflicht der Beklagten nicht durch das Tätigwerden der S.           AG entfallen. Für die wirksame Übertragung von Verkehrssicherungspflichten, insbesondere solchen im Bereich des besonders gefahrträchtigen Tiefbaus, gelten strenge Anforderungen. Sollen diese Pflichten innerhalb eines Unternehmens auf einen Bauleiter oder auch auf einen anderen (Sub-)Unternehmer übertragen werden, bedarf es klarer unmissverständlicher Anweisungen darüber, wann und in welcher Weise der Verpflichtete sich von Lage und Verlauf der Versorgungsleitungen anhand zuverlässiger Unterlagen Kenntnis zu verschaffen hat (BGH, Urteile vom 20. April 1971 aaO S. 1315; vom 9. November 1982 aaO S. 152 f; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 26. Oktober 1995 - 1 U 152/94, OLGR 1996, 39; OLG Brandenburg, BauR

2016, 1192, 1195; OLG Köln, VersR 2019, 373, 376). Auch bei einer zulässigen Delegation verbleiben bei dem ursprünglich Verkehrssicherungspflichtigen eigene Auswahl-, Kontroll- und Überwachungspflichten, deren Umfang und Ausmaß sich nach den Umständen des Einzelfalls richten (BGH, Urteil vom 9. November 1982 aaO S. 152; OLG Köln, Urteil vom 7. Mai 2014 - 16 U 135/13, juris Rn. 52).

40 Dass die Verkehrssicherungspflichten der Beklagten ungeachtet der Maßnahmen der S. AG fortbestanden, wurde unter 2 b bb (2) bereits ausgeführt. Im Übrigen wäre die Beklagte auch bei einer Übertragung der Verkehrssicherungspflichten auf die S. AG, wofür allerdings nichts ersichtlich ist, verpflichtet gewesen, sich zu vergewissern, dass die von der S. AG erstellte Planskizze auf einer sicheren Information beruht (vgl. OLG Frankfurt a.M., BauR 1994, 388, 390; OLG München, GWF/Recht und Steuern 2001, 20, 21).

41 c) Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerfrei begründet, dass die Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten zu einer Eigentumsverletzung aufseiten der Klägerin geführt hat, weil die Verletzung des Stromkabels und die darauf beruhende Beschädigung der Anlagen des Asphaltmischwerks vermieden worden wären, wenn der Leitungsplan der S. -H. Netz AG (Anlage KB 2) der Beklagten bekannt gewesen wäre. Seine Überzeugung hat es maßgeblich darauf gestützt, dass der als Zeuge vernommene Bauleiter der Beklagten angegeben habe, die Entscheidung zur Rammung sei auf der Grundlage der von der S. AG erstellten Planskizze vorgenommen worden, die das später beschädigte Stromkabel nicht enthalte, das jedoch im Leitungsplan als 20 kV-Leitung eingezeichnet gewesen sei. Bei Kenntnis des Leitungsplans hätten bei dem Zeugen "die Alarmglocken geläutet", denn eine 20 kV-Leitung sei nicht gewöhnlich und "eine Hausnummer".

42 Diese tatrichterliche Würdigung hält einer revisionsrechtlichen Prüfung stand. Dabei kann dahinstehen, ob die Aussage des Zeugen dahingehend zu verstehen ist, dass durch die maschinellen Rammarbeiten die im Leitungsplan der S. -H. Netz AG eingezeichnete 20 kV-Stromleitung unmittelbar beschädigt worden ist (so wohl das Berufungsgericht) oder ob eine "höhergelegene Leitung" betroffen war. Entscheidend ist, dass das Berufungsgericht auf Grund der Zeugenaussage rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt ist, die Beklagte hätte bei Kenntnis des Leitungsplans der S. -H. Netz AG die Unvollständigkeit der Planzeichnung der S. AG erkannt und den tatsächlichen Verlauf der verschiedenen Stromleitungen - gegebenenfalls mithilfe von Suchgrabungen - feststellen können und müssen.

43 Das Berufungsgericht hat das rechtliche Gehör der Beklagten - entgegen der Revisionsbegründung - nicht in entscheidungserheblicher Weise dadurch verletzt, dass es deren Behauptung, an der Schadensstelle befinde sich eine nicht bekannte und (insbesondere aus dem Leitungsplan der S. -H. Netz AG) nicht erkennbare Verschwenkung der ansonsten weiter vom Fahrbandrand entfernten Stromleitung, als unerheblich angesehen und deshalb nicht näher gewürdigt hat. Diese Behauptung würde - ihre Richtigkeit unterstellt - den Zurechnungszusammenhang unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht entfallen lassen. Hätte der Leitungsplan der S. -H. Netz AG der Beklagten vorgelegen, hätte sie sich über den tatsächlichen Verlauf der Stromleitungen durch die dann gebotenen Maßnahmen, gegebenenfalls mithilfe von Suchschächten und Grabungen in Handschachtung, vergewissern müssen, bevor sie eine Rammung in diesem Bereich durchführte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des eigenen Vortrags der Beklagten, die ur-

sprünglichen Pläne der jeweiligen Versorgungsträger seien auf Grund der Neu- anlage der Straße nicht mehr maßgenau gewesen. Ohne eine Klärung des ge- nauen Leitungsverlaufs hätte die Beklagte die Rammarbeiten nicht durch- bezie- hungsweise fortführen dürfen. Ergänzend bemerkt der Senat - ohne dass dies für ihn entscheidungserheblich ist -, dass auf den von der Klägerin vorgelegten Licht- bildern zum Schadensfall, die von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen wer- den, eine Verschwenkung der beschädigten Stromleitung nicht erkennbar ist. Die Leitung verläuft vielmehr parallel zur Straße (Anlage KB 1 = GA II 345 ff).

- 44 4. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die eingetretene Eigentumsverletzung an dem Mischrechner und an weiteren Anlagen des be- troffenen Asphaltmischwerks einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1, § 249 BGB begründet, der über die Instandsetzungskosten hinaus auch Folge- kosten umfasst, insbesondere die von Transportfirmen infolge des vorüberge- henden Produktionsausfalls in Rechnung gestellten Lkw-Wartezeiten ("Thermo- sattler"). Führt die schuldhafte Durchtrennung eines Stromkabels - wie hier - zu einer Beschädigung fremden Eigentums, so sind auch daraus resultierende Fol- geschäden erstattungsfähig (BGH, Urteil vom 4. Februar 1964 - VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722; BGH, Beschluss vom 24. April 1990 - VI ZR 358/89, NJW 1992, 41, 42). Anders liegt es, wenn der Stromausfall nicht den Untergang bezie- hungsweise die Beschädigung von Sachen bewirkt, sondern nur dazu führt, dass die Fertigung bestimmter Erzeugnisse vorübergehend unterbrochen wird (BGH, Urteil vom 4. Februar 1964 - VI ZR 25/63 aaO). Das Berufungsgericht hat hier jedoch festgestellt, dass die Beschädigung der klägerischen Anlagen zu einer Produktion von mangelbehaftetem Bitumen führte, was Folgeschäden nach sich zog. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist daher die Annahme, dass auch sogenannte "Stillhaltekosten" auf einer Schutzgutverletzung beruhen.

- 45 5. Da bei der Verletzung eines absoluten Rechts die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts zur Begründung eines Feststellungsinteresses ausreichend ist, ist es schließlich auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dieses mit der Begründung weiterer naheliegender Schadenseintritte bejaht hat (vgl. Senat, Urteil vom 6. Juli 2006 - III ZR 80/05, VersR 2007, 1658 Rn. 9; BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - VI ZR 381/99, VersR 2001, 874, 875).

Herrmann

Reiter

Arend

Böttcher

Herr

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 19.02.2021 - 17 O 165/20 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 03.12.2021 - 17 U 10/21 -