



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 57/02

Verkündet am:  
20. Mai 2003  
Mayer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: \_\_\_\_\_ nein

BGB § 638 Abs. 1 a.F.

Bei Streit, ob die Frist der einredeweise geltend gemachten Verjährung sechs Monate oder fünf Jahre beträgt, kann der frühere Ablauf der Verjährungsfrist nur angenommen werden, wenn auszuschließen ist, daß der Werkvertrag Arbeiten bei Bauwerken betrifft.

BGH, Urt. v. 20. Mai 2003 - X ZR 57/02 - OLG Oldenburg

LG Aurich

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Scharen und Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und den Richter Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das am 5. März 2002 verkündete Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ eine neue Futtermühle errichten. Die Pelletieranlage gab er bei der Streitverkündeten in Auftrag, die softwaregestützte Steuerungsanlage hierfür bei der Beklagten.

Nach Abnahme im August 1996 erreichte die Mühle über mehrere Jahre nicht die vorgesehenen Produktionsmengen, obwohl die Steuerungsanlage Arbeit in Vollast anzeigte. Ein hinzugezogener Sachverständiger stellte dann fest, daß die Steuerungsanlage die Last, mit der tatsächlich gearbeitet wurde, falsch angegeben hatte.

Der Kläger ist der Meinung, die Leistung der Beklagten sei fehlerhaft gewesen. Er hat für den Produktionsausfall Schadensersatz begehrt. Das Landgericht hat die am 1. Juni 2001 eingereichte Klage wegen Verjährung abgewiesen. Die hiergegen von dem Kläger eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Der Kläger verfolgt nunmehr mit der - zugelassenen - Revision sein Schadensersatzbegehren weiter. Die Beklagte ist dem Rechtsmittel entgegengetreten.

#### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, der Vertrag der Parteien über die Fertigung der Steuerungsanlage für die Pelletieranlage der Mühle habe die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache im Sinne des § 651 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (a.F.) zum Gegenstand gehabt, was zur Anwendung der Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der hier nicht interessierenden §§ 647, 648 BGB a.F. führe.

Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, daß die Klägerin mit ihrer Klage nicht Ersatz eines sich nach allgemeinem Schuldrecht beurteilenden Mangel- folgeschadens begehre, sondern einen Gewährleistungsanspruch nach § 635 BGB a.F. verfolge. Dies wird von der Revision hingenommen und begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken. Die Klagesumme betrifft finanzielle Einbu- ßen des Klägers bei der Benutzung der Mühle, die nach der Darstellung des Klägers auf die falsche Programmierung der Steuerungsanlage zurückzuführen sind. Im Streit steht damit entgangener Gewinn. Entgangenen Gewinn, der auf Mängeln des Werks beruht, kann der Besteller als Schadensersatz nach § 635 BGB a.F. fordern (BGHZ 72, 31, 33 m.w.N.).

2. Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten erhobene Verjäh- rungseinrede durchgreifen lassen und hierzu ausgeführt: Es gelte die bei Kla- geeinreichung bereits verstrichene Sechs-Monats-Frist und nicht die in § 638 Abs. 1 BGB a.F. bei Bauwerken vorgesehene Verjährungsfrist von fünf Jahren. Die Herstellung einer Software für die Steuerung einer Maschine stelle eine Arbeit bei Bauwerken nicht dar. Die Pelletieranlage selbst, der die Steuerungs- anlage diene, könne ebenfalls nicht als Bauwerk qualifiziert werden. Die Pelle- tieranlage diene auch nicht dem Gebäude der Futtermühle als fest und dauer- haft eingefügte Anlage. Nach den vorliegenden Plänen handele es sich bei der Pelletieranlage offensichtlich um Produktionsmaschinen, insbesondere Pres- sen, die über Laufbänder miteinander verbunden und in den Haupträumen der Mühle aufgestellt seien. Jedenfalls habe der Kläger trotz richterlichen Hinwei- ses zur Verbindung der Pelletieranlage mit dem Gebäude nichts anderes vor- getragen.

Das hält - wie die Revision zu Recht geltend macht - revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Unter einem Bauwerk im Sinne des § 638 Abs. 1 BGB a.F. wird nach gefestigter Rechtsprechung – ohne daß es auf die sachenrechtliche Einordnung ankäme – eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache verstanden (BGH, Urt. v. 12.03.1986 - VIII ZR 332/84, NJW 1986, 1927). Erfasst sind damit nicht nur Gebäude, wie hier die Fertigungshalle der Mühle, sondern auch andere von Menschen aus Material geschaffene, in vergleichbarer Weise ortsfest angebrachte Sachen. Der Ausdruck "Bauwerk" in § 638 Abs. 1 BGB a.F. beschreibt nach der Auslegung, die er durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs erfahren hat, überdies nicht nur die Ausführung eines Baus als ganzen, sondern auch die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder, und zwar unabhängig davon, ob sie als äußerlich hervortretende, körperlich abgesetzte Teile in Erscheinung treten (BGHZ 19, 319, 321 m.w.N.). Das bedeutet, daß Gewährleistungsansprüche wegen der Herstellung einer Sache, die für sich gesehen eine technische Anlage ist, aus verschiedenen Gründen der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB a.F. unterliegen können, nämlich zum einen, wenn diese Anlage selbst (als Ganzes) nach ihrer Beschaffenheit als Bauwerk anzusehen ist, wie es etwa bei einer Förderanlage für die Automobilproduktion für möglich gehalten worden ist (BGH, Urt. v. 03.12.1998 - VII ZR 109/97, NJW 1999, 2434), zum anderen, wenn die Anlage Bauteil oder Bauglied einer Sache ist, die ihrerseits die Kriterien eines Bauwerks erfüllt, wie es nach der Rechtsprechung bei einer Steuerungsanlage einer Hängeseilbahn der Fall sein kann (BGH, Urt. v. 20.02.1997 - VII ZR 288/94, NJW 1997, 1982), und schließlich, wenn die Sache, deren Teil oder Glied die

Anlage ist, zwar nicht selbst als Bauwerk angesehen werden kann, ihrerseits aber Bauteil oder Bauglied eines Bauwerks ist.

Das Berufungsgericht hat diese Möglichkeiten bedacht und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß neben der von der Revision nicht problematisierten ersten Alternative im Streitfall auch die beiden anderen ausschieden. Die hierzu getroffenen Feststellungen bieten hierfür jedoch keine tragfähige Grundlage.

b) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Installationen, welche die Beklagte durchzuführen hatte, der Pelletieranlage in der Mühle dienen. Die Steuerungsanlage, welche die Beklagte nach dem tatbestandlichen Teil des angefochtenen Urteils schuldete, kann deshalb Bauteil dieser Anlage sein und die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB a.F. kann wegen dieser Zuordnung eingreifen, wenn die Pelletieranlage die erforderliche Bauwerkseigenschaft hat. Da diese technische Anlage eine durch Verwendung von Arbeit und Material hergestellte Sache ist, reicht hierfür aus, daß sie die für eine unbewegliche Sache nötige enge und auf längere Dauer angelegte Verbindung mit dem Erdboden aufweist (BGH, Urt. v. 03.12.1998 - VII ZR 109/97, NJW 1999, 2434 f. m.w.N.). Das ist außer in dem bereits erwähnten Fall einer Förderanlage für die Automobilproduktion beispielsweise auch bei der Errichtung einer Müllpresse in einer Müllumschlagsstation angenommen worden, die eine Lebensdauer von 17 Jahren besitzen, deren Montage zwei Wochen in Anspruch nehmen und deren Gewicht mehr als 11 t aufweisen sollte (Sen.Urt. v. 23.01.2002 - X ZR 184/99, NJW-RR 2002, 664). Danach genügt, daß der Unternehmer durch das von ihm geschuldete Werk bei der Errichtung einer Sache mitwirken soll (vgl. Sen.Urt. v. 19.03.2002 - X ZR 49/00, NJW 2002, 2100), die von ihrer Größe und ihrem Gewicht her so beschaffen ist, daß eine Trennung

vom Grundstück nur mit einem größeren Aufwand möglich ist. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß bei Sachen von derartiger Größe und Gewicht typischerweise Mängel aus dem Bereich von Planung und Statik in Betracht zu ziehen sind, die etwa auch aus Gründen der Verdeckung durch aufeinanderfolgende Arbeiten befürchten lassen, daß sie erst spät erkannt werden und deshalb die für solche Fälle vom Gesetzgeber vorgesehene Verjährungsfrist von fünf Jahren (vgl. Mot. z. BGB, II, S. 489) rechtfertigen. Der Umstand, daß eine Anlage der soeben beschriebenen Beschaffenheit mit dem Gebäude, in dem sie untergebracht ist, nicht noch besonders verbunden ist, dort also sozusagen nur aufgestellt ist, ist im Hinblick auf die Bauwerkseigenschaft nach der wiedergegebenen Rechtsprechung hingegen unerheblich.

Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht als allein entscheidungserheblich ansehen, daß die vorgelegten Pläne lediglich die Aufstellung der Pelletieranlage in den Haupträumen der Mühle ausweisen und Vortrag zur Verbindung der Pelletieranlage mit dem Gebäude fehlte. Da der Kläger geltend gemacht hat, die Pelletieranlage sei wegen ihrer Größe bei geöffneten Wänden in den Maschinenraum gesetzt worden und die Anlage habe bei der Aufnahme der Gebäudefundamente berücksichtigt werden müssen, kommt vielmehr in Betracht, daß auch im Streitfall die Pelletieranlage als eine technische Anlage hergestellt werden sollte, die allein wegen ihrer Größe und ihres Gewichts als unbeweglich anzusehen ist. Die Feststellungen des Berufungsgerichts hätten sich deshalb auf die Größe und das Gewicht der Pelletieranlage erstrecken müssen. Die vom Berufungsgericht als naheliegend bezeichnete Möglichkeit, daß die vom Kläger behauptete Montageweise nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit erfolgt sei, um die Pelletieranlage nicht in Teilen in die Fertigungshalle schaffen zu müssen, machte das nicht entbehrlich. Da die Verjährung ein

rechtsvernichtender Umstand ist, der zudem nur auf Einrede des Schuldners zu berücksichtigen ist, und es deshalb bei Streit hierüber nicht Sache des Gläubigers ist, den Nichtablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist zu beweisen (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 381), kann zugunsten des Schuldners, der sich - wie hier - auf eine kürzere der in § 638 Abs. 1 BGB a.F. alternativ geregelten Verjährungsfristen beruft, der frühere Ablauf der Verjährungsfrist nur angenommen werden, wenn auszuschließen ist, daß die technische Anlage ein Bauwerk im Sinne des § 638 Abs. 1 BGB a.F. ist. Hierzu reicht aber nicht aus, daß Umstände möglicherweise gegen diese Eigenschaft sprechen, selbst wenn diese Möglichkeit naheliegend ist.

c) Eine weitere Sachaufklärung erübrigt sich auch nicht im Hinblick darauf, daß das Berufungsgericht im Rahmen seiner zusätzlichen Begründung darauf abgestellt hat, daß die Beklagte im wesentlichen die Programmierung einer Software geschuldet habe, und daß die Erstellung einer Steuerungssoftware völlig unabhängig vom Bau eines Hauses oder der Installation einer Maschine in Auftrag gegeben werden könne. Denn in Anbetracht des ansonsten Festgestellten ist nicht ausgeschlossen, daß es sich hierbei um eine "zerstückelnde" Betrachtungsweise handelt, die mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht im Einklang steht. Nach den tatbestandlichen Annahmen des angefochtenen Urteils hatte die Beklagte eine Steuerungsanlage für die Pelletieranlage der Mühle zu fertigen. Danach kann hier ein Fall gegeben sein, in dem der Besteller neben dem zur Herstellung eines Bauwerks (der Pelletieranlage) eingesetzten Hauptunternehmer einen weiteren Unternehmer zur Herstellung einer in das Bauwerk einzubauenden Sache eingesetzt hat, und in dem erst das Zusammenwirken beider Unternehmer zur Schaffung des bestimmungsgemäßen Bauwerks geführt hat. Dieser Fall ist vergleichbar den Fällen, in denen ein bei

der Herstellung eines Bauwerks eingesetzter Unternehmer die Herstellung in das Bauwerk einzubauender Sachen einem Subunternehmer überläßt. Die insoweit entwickelte Rechtsprechung kann deshalb auch hierauf übertragen werden. Danach kann es sich auch bei Arbeiten eines zweiten Unternehmers um solche "bei Bauwerken" handeln, wenn dieser weiß, daß der von ihm herzustellende Gegenstand für ein bestimmtes Bauwerk verwendet werden soll (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 26.04.1990 - VII ZR 345/88, MDR 1991, 39; Urt. v. 03.12.1998 - VII ZR 109/97, NJW 1999, 2434, jeweils m.w.N.). Auch die dem zugrundeliegende Rechtsprechung trägt den bereits erwähnten typischen Bauwerksgefahren Rechnung. Diese sind aber unabhängig davon zu bersorgen, ob der Hauptunternehmer unter Hinzuziehung eines Subunternehmers die Herstellung erledigt oder ob der Auftrag an den zweiten Unternehmer unmittelbar durch den Besteller erfolgt.

d) Falls die sich an der Größe und an dem Gewicht der Pelletieranlage orientierende Prüfung im Laufe des weiteren Verfahrens zu der Feststellung führen sollte, daß die Pelletieranlage selbst kein Bauwerk im Sinne des § 638 Abs. 1 BGB a.F. darstellt, wird mit der bisherigen Begründung auch nicht aufrechterhalten werden können, der Vertrag der Parteien betreffe eine Arbeit bei einem Bauwerk auch nicht im Hinblick darauf, daß die Herstellung der Pelletieranlage der Errichtung der Fertigungshalle gedient habe.

Im Hinblick auf diese Alternative ist aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen, daß die geschuldeten Arbeiten sich derart auf ein bestimmtes Bauwerk (Gebäude) beziehen müssen, daß bei wertender Betrachtung die Feststellung gerechtfertigt ist, der Unternehmer habe bei dessen Errichtung (oder grundlegenden Erneuerung) jedenfalls mitgewirkt (Sen.Urt. v.

19.03.2002 - X ZR 49/00, NJW 2002, 2100). Das ist angenommen worden bei dem Einbau einer Küche, die speziell auf die Wohnung angepaßt war und aus Teilen zusammengesetzt werden mußte, die untereinander verbunden sowie mit besonderen Dübeln an der Wand befestigt und gegen diese abgedichtet werden mußte, und deren Geräte an die entsprechenden Leitungen des Hauses angeschlossen werden mußten (BGH, Urt. v. 15.02.1990 - VII ZR 175/89, MDR 1990, 1101). Weitere Beispielfälle bilden die Errichtung einer Papierentsorgungsanlage mit Ballenpresse, wobei Schachtrohre, Einwurfstationen, Ventilatoren etc. in das Verwaltungsgebäude fest eingebaut werden mußten (BGH, Urt. v. 04.12.1986 - VII ZR 354/85, NJW 1987, 837) oder der Einbau einer Zentralheizung in ein Wohnhaus (BGH, Urt. v. 08.03.1973 - VII ZR 43/71, BauR 1973, 246) oder die Schaffung einer Klimaanlage in einem Druckereigebäude, zu deren Herstellung Anlagenteile mit dem Gebäude eng und auf Dauer verbunden werden mußten (BGH, Urt. v. 22.11.1973 - VII ZR 217/71, BauR 1974, 57, 58). Danach sind die Ausrichtung der Anlage auf das Gebäude, deren feste Verbindung mit dem Gebäude und deren nach Zweck und Verbindung dauerhafter Verbleib in dem Gebäude Gegebenheiten, deren Zusammenkommen die Feststellung rechtfertigt, der Unternehmer (Anlagenerbauer) habe bei der Errichtung des Gebäudes mitgewirkt.

Auch das hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt nicht verkannt. Es hat jedoch nicht beachtet, daß, was sich wieder aus der nach § 638 Abs. 1 BGB a.F. zu beachtenden Beweislage ergibt, das Fehlen der Verbindung zwischen technischer Anlage und Gebäude feststehen muß, wenn für Gewährleistungsansprüche wegen mangelhafter Erstellung der Anlage die kürzere Verjährungsfrist greifen soll. Auch insoweit sind deshalb die bisherigen Feststel-

lungen des Berufungsgerichts nicht ausreichend. Die von ihm herangezogenen

Pläne weisen über die Art und Weise der Verbindung der Pelletieranlage mit der Fertigungshalle nichts aus. Hiervon ist ersichtlich auch das Berufungsgesicht ausgegangen. Ansonsten hätte es insoweit nicht weiteren Sachvortrag für nötig gehalten.

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens

Asendorf