



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 32/98

Verkündet am:  
11. April 2000  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 2000 durch den Richter Dr. Jestaedt als Vorsitzenden, die Richter Dr. Melullis, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten wird das am 19. Dezember 1997 verkündete Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die H. T. GmbH (im folgenden: das H.) stand mit der Beklagten in langjährigen Geschäftsbeziehungen, in deren Rahmen die Beklagte das H. mit Rohrdichtungen belieferte, die das H. u.a. zur Abdichtung der von ihm hergestellten Stahlbetonrohre verwendete.

Im Juni 1994 beauftragte die Ho. AG das H. mit der Herstellung von Stahlbetonvortriebsrohren für einen Abwasserkanal. Bereits zuvor hatte das H. an die Beklagte eine Preisanfrage gerichtet sowie eine Skizze der zur Verlegung vorgesehenen Vortriebsrohre übersandt und dabei darauf hingewiesen, daß die benötigten Dichtungen nach der DIN 4060 dem neuesten Stand entsprechen müßten und auf einen Druck von mindestens 2,0 bar zu bemessen seien. In ihrem Antwortschreiben bestätigte die Beklagte, daß die dort näher bezeichneten Dichtungen der DIN 4060 entsprächen und von ihr für einen inneren und äußeren Prüfdruck von 2,0 bar bemessen würden. Zugleich wies die Beklagte darauf hin, daß sie einen Dichtigkeitsversuch für notwendig halte.

Dieser fand am 14. Juli 1994 auf dem Gelände des H. statt, allerdings wurde lediglich der Innendruck der Dichtungen überprüft. Am folgenden Tage bestellte das H. bei der Beklagten die Dichtungen für die Vortriebsrohre.

Bereits nach der Verlegung einer Rohrstrecke von 20 m stellte sich heraus, daß die Dichtungen verrutschten. Auf Vorschlag der Beklagten wurden die Dichtungen beim weiteren Vortrieb zusätzlich verklebt. Bei einem Feldversuch im März 1995 stellte der hinzugezogene Gutachter fest, daß die von ihm untersuchte Dichtung lediglich einem Wasseraußendruck von 0,7 bar standhielt. Daraufhin wurde eine Teilstrecke des verlegten Abwasserkanals ausgetauscht.

Die Klägerin, der das H. sämtliche Ansprüche aus dem Vertrag mit der Beklagten abgetreten hat, verlangt von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes die Erstattung von Kosten in Höhe von 469.931,69 DM, die nach ihrem Vortrag unter anderem für die erforderliche Neuverlegung der Rohre entstanden seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage dem Grunde nach zu einem Drittel für gerechtfertigt erklärt und im übrigen die Klage abgewiesen und insoweit die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter. Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Mit ihrer Anschlußrevision begehrt die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

#### Entscheidungsgründe:

Beide Rechtsmittel haben Erfolg; sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht. Es nimmt an, daß das H. seine Ansprüche wirksam an die Klägerin abgetreten habe. Dies wird von der Revision nicht angegriffen und läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

II. 1. Das Berufungsgericht hat den von dem H. und der Beklagten geschlossenen Vertrag als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 Abs. 1 BGB angesehen, auf den Werkvertragsrecht anzuwenden sei, weil es sich bei den von der Beklagten herzustellenden Dichtungen um nicht vertretbare Sachen handle. Auch dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

2. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Zeden-  
tin bejaht. Nach seiner Auffassung ergibt sich ein solcher Anspruch aber nicht aus § 635 BGB. Es hat hierzu ausgeführt, aus dem Verrutschen der Dichtungen und dem Ergebnis des Feldversuchs ergebe sich nicht, daß die von der

Beklagten zu erbringende Leistung, die es in der Herstellung und Lieferung der Dichtungsringe gesehen hat, mangelhaft gewesen sei. Nach den Darlegungen des gerichtlichen Sachverständigen seien die gelieferten Dichtungsringe "als solche durchaus in Ordnung" gewesen. Die Problematik des Verrutschens der Dichtungen bei höherem Außendruck sei nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen vielmehr auf eine fehlende Kammerung der Rohre zurückzuführen, die an den Rohren habe vorgenommen werden müssen. Diese Maßnahme sei deshalb in den Verantwortungsbereich des Rohrherstellers, also des H., gefallen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Ein Sachmangel liegt nach § 633 Abs. 1 BGB vor, wenn das Werk entweder nicht die zugesicherten Eigenschaften hat oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen nicht seine Annahme, die von der Beklagten hergestellten und gelieferten Rohrdichtungen seien mangelfrei gewesen. Zwar hat das Berufungsgericht aus den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. B. und des sachverständigen Zeugen Dipl.-Ing. K. entnommen, daß die gefertigten Dichtungen als solche durchaus "in Ordnung" gewesen seien; denn Ursache für das Verrutschen der Dichtungen bei höherem Außendruck sei das Fehlen einer Kammerung der Rohre gewesen, was der Rohrhersteller zu verantworten habe. Damit hat das Berufungsgericht den Mangelbegriff nach § 633 Abs. 1 BGB aber nicht ausgeschöpft. Um feststellen zu können, ob die Beklagte ihren Hauptleistungspflich-

ten voll genügt hat, hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Beklagte entsprechend der Behauptung der Klägerin eine Zusicherung dahin abgegeben hat, daß die von ihr herzustellenden und zu liefernden Dichtungsringe im Zusammenwirken mit den aus der Skizze des H. ersichtlichen ungekammerten Rohren einen Außendruck von 2,0 bar standhalten würden, und ob die Dichtungen zu dem gewöhnlichen oder zu dem nach dem zwischen dem H. und der Beklagten geschlossenen Vertrag vorausgesetzten Gebrauch tauglich waren. Das Berufungsgericht hat zwar in anderem Zusammenhang angenommen, daß die Dichtungen nach dem Inhalt des Vertrages einem Außendruck von 2,0 bar standzuhalten hatten. Auch hat es im Tatbestand seines Urteils festgestellt, daß das H. einige Tage nach dem 31. Mai 1994 der Beklagten eine Skizze der zur Verlegung vorgesehenen Vortriebsrohre übersandt hat und diese in Kenntnis der Skizze dem H. am 13. Juni 1994 erwidert hat, die Dichtung werde für einen inneren und äußeren Prüfdruck von 2,0 bar bemessen sein. Das Berufungsgericht hat hieraus aber nicht den an sich naheliegenden Schluß gezogen, daß die Dichtungen vertragsgemäß bei den in der Skizze näher bezeichneten und dargestellten Rohren Verwendung finden und zur Abdichtung dieser Rohre bei einem äußeren und inneren Druck von 2,0 bar tauglich sein sollten. Da der Feldversuch unstreitig ergab, daß die Dichtungen lediglich einem Außendruck von 0,7 bar standhielten, reichten die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls nicht zu der Annahme aus, die Dichtungen seien mangelfrei hergestellt und geliefert worden.

Mangels hinreichender tatsächlicher Feststellungen fehlt es an einer Grundlage für eine Vertragsauslegung durch den Senat zur Bestimmung der Leistungspflicht der Beklagten.

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht verjährt ist, weil die Leistungen der Beklagten als Arbeiten an einem Bauwerk der fünfjährigen Verjährungsfrist nach § 638 BGB unterfielen. Dies rügt die Anschlußrevision ohne Erfolg.

Wenn das Gesetz von Arbeiten "bei Bauwerken" spricht, so stellt es dabei auf die Mitwirkung an der Errichtung eines Bauwerkes ab. Es ist dazu nicht erforderlich, daß dieser Beitrag auf der Baustelle erbracht wird (BGHZ 72, 206, 209). Die nach dem Werklieferungsvertrag von der Beklagten geschuldeten Dichtungen verkörpern sich in dem Gesamtwerk, nämlich dem von dem H. hergestellten Rohrnetz. Entgegen der Auffassung der Anschlußrevision können nicht nur planerische oder konstruktive Aufgaben Beiträge zur Errichtung eines Bauwerkes darstellen, vielmehr ist eine Unterscheidung zwischen geistigen und körperlichen Werken insoweit nicht gerechtfertigt (BGH, aaO, 210).

4. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Das Berufungsgericht hat der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung einen Schadensersatzanspruch zugesprochen, der dem Grunde nach zu einem Drittel gerechtfertigt sei. Es hat die Beklagte als Fachunternehmen für verpflichtet gehalten, den Besteller des Werkes darüber aufzuklären, ob das bestellte Werk auch für den vorgesehenen Zweck tauglich ist und den Bedürfnissen des Bestellers entsprechen kann. Es hat jedoch ein erhebliches Mitverschulden des H. an der Schadensverursachung darin gesehen, daß dieses für das vorliegende technisch nicht unkomplizierte Projekt keinen speziellen Planer beauftragt hat, der die Frage der Dichtigkeit problematisierte. Sollte sich erweisen, daß die Beklagte ihrer Hauptleistungspflicht nicht genügt hat, weil die gelieferten Dichtungen mangelhaft waren, wird sich die Frage eines mögli-

chen Mitverschuldens des H. nach § 254 BGB und der Abwägung der Schadensursachen neu stellen.

5. Nachdem es die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen hat, wird das Berufungsgericht die Vereinbarung der Vertragsparteien auszulegen haben. Es wird sodann erneut zu prüfen haben, ob ein Fehler im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB vorlag, die Beklagte mithin eine vertragliche Hauptpflicht verletzt hat. Kommt das Berufungsgericht bei seiner erneuten Prüfung zu dem Ergebnis, daß die Beklagte eine vertragliche Hauptpflicht verletzt hat, weil das von ihr geschuldete Werk fehlerhaft war, so kann auch gegenüber einem Anspruch aus § 635 BGB, sofern dessen weitere Voraussetzungen vorliegen, unmittelbar § 254 BGB eingewandt werden, wenn Mängel durch den Besteller mitverursacht worden sind (Staudinger/Peters, BGB, 13. Aufl., § 633 Rdn. 35; Erman/Seiler, BGB, 9. Aufl., § 633 Rdn. 17; MünchKomm./Soergel, BGB, 3. Aufl., § 633 Rdn. 96). Dabei wird es unter Berücksichtigung des Parteivortrags die beiderseitigen Verursachungsbeiträge festzustellen und abzuwägen haben.

Jestaedt

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens