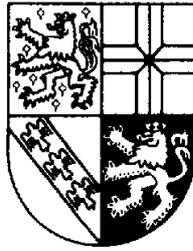


4 U 155/09-40-
15 O 30/07
LG Saarbrücken



Verkündet am 22.2.2011
gez. B.,
Justizbeschäftigter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

SAARLÄNDISCHES OBERLANDESGERICHT

Grundurteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

1. R.M.F.,
2. **R.M.**, ebenda,

Kläger und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

W.P.

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 4. Zivilsenat des Saarländischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Göler sowie die Richter am Oberlandesgericht Schmidt und Dr. Dörr auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2011

für **R e c h t** erkannt

1. Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 2. März 2009 – 15 O 30/07 – mit der Maßgabe abgeändert, dass der Klageanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Im vorliegenden Rechtsstreit nehmen die Kläger die Beklagte unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Schlechterfüllung eines Gutachterauftrags auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Kläger errichteten als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf einem Grundstück in H. an der B. eine Lagerhalle mit angegliedertem Bürogebäude. Bei diesem Bauvorhaben war der Zeuge S. als Bauleiter für die Klägerin tätig. Die Beklagte wurde zunächst mit der Baugrunduntersuchung beauftragt.

In der Folgezeit beabsichtigten die Kläger, für den Gebäudekomplex ein Heiz- und Kühlsystem unter Einsatz einer Kälte- und Wärmepumpe einzubauen. Mit Schreiben vom 9.11.2004 unterbreitete die Beklagte dem Zeugen S. auf Anfrage ein Angebot für „die erforderlichen Untersuchungen zum Einsatz einer Wärmepumpe " (Anlage K 1b).

Dieses lautet im Auszug:

„Für die zuverlässige Erkundung der hydrogeologischen Gegebenheiten ist die Ausführung von zwei maschinellen Kernbohrungen (Fremdleistungen einer uns bekannten Fachfirma) bis 10 m Tiefe erforderlich. Eine Bohrung wird zur Durchführung eines Dauerpumpversuchs (Ermittlung der optimalen Betriebspunkte) als 4" Grundwassermessstelle ausgebaut. Die zweite Bohrung wird als 2" Grundwassermessstelle ausgebaut. Für die Bestimmung der örtlichen Grundwasserfließrichtung ist ein hydrogeologisches Dreieck erforderlich. Dieses wird aus den beiden als Grundwassermessstellen ausgebauten Bohrungen und der bekannten Messstelle am Bahnhof konstruiert. Neben der Bestimmung der Durchlässigkeit des anstehenden Bodens wird an einer Grundwasserprobe die Stahlaggressivität sowie Eisen und Mangan quantitativ ermittelt. Die Ergebnisse der Untersuchungen werden in einer Stellungnahme mit Hinweisen zur Dimensionierung der Brunnen wiedergegeben.“

Mit nicht datiertem Schreiben (Anlage K 2) nahm der Zeuge S. das Angebot an. Nach Durchführung der Untersuchungen legte die Beklagte am 30.12.2004 einen geotechnischen Bericht (Anlage K 3) vor, den sie den Klägern mit Schlussrechnung vom 26.1.2005 mit 12.839 EUR netto in Rechnung stellte. Der Bericht enthält unter anderem Ergebnisse der chemischen Analyse einer am 1.12.2004 entnommenen Grundwasserprobe, in der der Eisengehalt mit 1,15 mg pro Liter und der Mangangehalt mit 0,3 mg pro Liter bestimmt wurde. Auf Seite 7 des Berichts findet sich die Feststellung:

„Die gemessenen Eisen- und Mangangehalte sind im Hinblick auf eine Verockerung vergleichsweise gering.“

Im Jahr 2005 errichteten die Kläger die Anlage. Sie wurde im Juni 2005 in Betrieb genommen. In der Folge traten aufgrund Verockerungserscheinungen Probleme beim Betrieb der Sicker- und Pumpbrunnen auf. Verschiedene Mängelbeseitigungsmaßnahmen, die die Kläger auch in Zusammenarbeit mit der Beklagten vornahmten, blieben ohne Wirkung. Nach Einholung weiterer Analysen durch das T.K. (im Januar 2006) und die W.N.W. (im August 2006) nahmen die Kläger von dem ursprünglichen Vorhaben Abstand. Zwischenzeitlich wurde die Anlage in eine Luft-Wasser-Wärmepumpe umgestellt.

Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Kläger von der Beklagten Ersatz nutzloser Aufwendungen für die Errichtung der ursprünglich geplanten Anlage in Höhe von zuletzt 497.271,81 EUR begehrt.

Die Kläger haben behauptet, der Zeuge S. habe bei der Beklagten nach einem Unternehmen nachgefragt, welches in der Lage sei, alle notwendigen Untersuchungen vorzunehmen, um die Frage zu klären, ob ein Grundwasser betriebenes Heiz- und Kühlsystem technisch, geologisch, physikalisch und chemisch möglich und genehmigungsfähig sei. Der Auftrag sei der Beklagten erteilt worden, nachdem die Mitarbeiter der Beklagten, die Zeugen S 1 und D., dem Zeugen S. versichert hätten, dass die Beklagte diese Untersuchungen vornehmen könne, wozu insbesondere die Boden- und Grundwasseruntersuchung sowie eine Untersuchung der Grundwasserströme gehörten.

Die Beklagte habe in ihrem Gutachten vom 30.12.2004 die chemische Beschaffenheit und die wassergeologischen Besonderheiten auf dem Grundstück der Kläger nicht erkannt beziehungsweise falsch dargestellt. Die Gefahr, dass die Zusammensetzung des Grundwassers bzw. die Mischung von Wässern aus verschiedenen Tiefen sofort zu einer Verockerung führen würde, sei nicht erkannt worden. Die Aussage, die Gefahr der Verockerung sei gering, hätte nicht getroffen werden dürfen. Vielmehr hätte das Ergebnis der Untersuchungen durch die Beklagte richtigerweise so lauten müssen, dass der Betrieb der ins Auge gefassten Anlage an diesem Standort nicht möglich sei. Jedenfalls hätte die Beklagte die Kläger darauf hinweisen müssen, dass vor Errichtung der Anlage weitere Untersuchungen erforderlich werden würden.

Bei einer Erörterung des Gutachtens im Januar 2005 habe die Beklagte nochmals versichert, dass die Phänomene der Verockerung keine Rolle spielen würden und allerbeste Voraussetzungen für die Errichtung der Anlage vorlägen. Auch sei die Beklagte bei der Errichtung der Heiz-Kühlanlage eng eingebunden worden. Ebenso sei sie bei der späteren Suche nach der Schadensursache eingebunden gewesen, wobei sie immer wieder die Vermutung geäußert habe, dass an irgendeiner Stelle der Anlage Sauerstoff in das Grundwasser eingetragen werde.

Die Kläger haben zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger als Gesamtgläubiger 497.271,81 EUR nebst Zinsen aus 313.632,94 EUR ab Zustellung der Klage und Zinsen aus 183.638,87 EUR ab dem 1.1.2008 jeweils in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich zu bezahlen, sowie weitere 10 EUR für eine Handelsregistrauskunft.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, der ihr erteilte Auftrag habe sich auf eine rein quantitative chemische Analyse des Wassers beschränkt. Die Anfrage des Zeugen S. sei nicht umfassend auf eine Machbarkeitsstudie gerichtet gewesen.

Vielmehr sei es lediglich darum gegangen zu erkunden, ob der vorhandene Grundwasserleiter im Hinblick auf seine geohydraulischen Eigenschaften für die geplante Nutzung überhaupt infrage komme. Chemische Analysen quantitativer Art seien nicht durchgeführt worden, um die nachfolgenden Planer mit entsprechenden Daten für ihre Beurteilung zu versorgen. Die Beklagte sei nicht mit der Beurteilung der chemischen Verhältnisse im Grundwasserbereich und der daraus abzuleitenden Reaktionen beauftragt worden.

Darüber hinaus hätten verschiedene zunächst angefragte Fachfirmen Bedenken gegenüber den Klägern hinsichtlich der Durchführbarkeit des Vorhabens geäußert, denen sich die Beklagte angeschlossen habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung wird auch hinsichtlich der darin getroffenen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung verfolgen die Kläger ihren erstinstanzlichen Antrag in vollem Umfang weiter. Die Berufung rügt zunächst, das Landgericht habe den Parteien unter Verstoß gegen § 279 Abs. 3, § 285 ZPO keine Gelegenheit gegeben, zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen. Aufgrund dieses Verfahrensfehlers sei das Landgericht gehalten gewesen, den Sachvortrag im Schriftsatz vom 20.2.2009 zu berücksichtigen. In der Sache wendet sich die Berufung gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts und vertritt die Auffassung, die im Gutachten der Beklagten enthaltene Bewertung, wonach eine Verockerung eher unwahrscheinlich sei, sei fehlerhaft, da das von der Beklagten angewandte Verfahren der Probeentnahme zu beanstanden sei. Zur Ermittlung eines aussagekräftigen Wertes müsse nämlich vor Entnahme der Wasserprobe ein mindestens 23 Stunden währendender Probelauf erfolgen, da das umliegende Grundwasser eine andere Qualität besitzen könne als das im Bohrpunkt stehende Wasser. Der gerichtliche Sachverständige Dr. G. habe übersehen, dass die Probebohrungen zur Entnahme des umliegenden Grundwassers in der Zeit vom 2. bis zum 3.12.2004 über einen Zeitraum von 23,5 Stunden stattgefunden hätten, die Grundwasserprobe aber bereits am 1.12.2004 entnommen worden sei.

Ferner belege das Privatgutachten G., dass der gerichtliche Sachverständige sich geirrt habe, soweit er die ermittelten Werte für Eisen und Mangan nicht für augenscheinlich bedenklich gehalten habe.

Schließlich habe das Landgericht den Vertragsinhalt falsch ausgelegt: Die Beklagte habe gewusst, dass Rückschlüsse von der Geeignetheit des Grundwassers für den Einbau einer Wasser/Wärmepumpe zu ziehen gewesen seien. Folglich habe die Beklagte nicht nur den Auftrag gehabt, Untersuchungen zu einer Probeentnahme anzustrengen, sondern ein Gutachten darüber zu erstellen, welches zur Geeignetheit des Betriebs einer Wasser/Wärmepumpe Stellung nimmt.

Die Kläger beantragen,
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Saarbrücken vom 2.3.2009 – 15 O 30/07 – nach Maßgabe des erstinstanzlichen Antrags zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass der gerügte Verfahrensverstoß keine Abänderung der angefochtenen Entscheidung rechtfertige, da die Kläger nicht dargestellt hätten, was sie für den Fall einer vom Gericht eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme auf das Beweisergebnis im Termin vom 9.2.2009 vorgetragen hätten. Erkennbar hätten sich die Kläger gegen das für sie ungünstige Beweisergebnis nicht mit dem mit Schriftsatz vom 20.2.2009 vorgelegten Privatgutachten zur Wehr setzen können.

Soweit die Berufung das Beweisergebnis angreife, könnten sich die Kläger nicht auf das als qualifizierten eigenen Sachvortrag der Kläger zu bewertende Privatgutachten des Sachverständigen G. berufen. Denn dieses Vorbringen sei nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens gewesen und mithin nicht in den Prozessstoff eingegangen. Dieser Vortrag könne auch nicht Gegenstand

einer materiellen Rüge des erstinstanzlichen Urteils sein. Ob die von der Berufung vorgetragene Annahme einer fehlerhaften Entnahme der Probe zu abweichenden Beurteilungen durch den Gerichtsgutachter geführt hätte, sei offen.

Schließlich habe das Landgericht in Übereinstimmung mit den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen festgestellt, dass der Auftrag an die Beklagte begrenzt gewesen sei und eine abschließende Beurteilung auf der Grundlage der von ihr ermittelten Werte Sache eines noch zu beauftragenden Fachunternehmens hätte sein müssen.

Der Senat hat den Klägern mit Beschluss vom 20.7.2009 (GA III Bl. 488 ff.) gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze, insbesondere auf die Berufungsbegründung vom 6.5.2009 (GA III Bl. 416 ff.), die Berufungserwiderung vom 25.8.2009 (GA III Bl. 494 ff.), die Schriftsätze der Klägervertreter vom 6.10.2009 (GA III Bl. 517 ff.), vom 1.3.2010 (GA IV Bl. 550 ff.), vom 30.3.2010 (GA IV Bl. 569 ff.), vom 8.6.2010 (GA IV Bl. 606 f.) sowie auf die Schriftsätze der Beklagtenvertreter vom 26.10.2010 (GA III Bl. 527 ff.), vom 12.3.2010 (GA IV Bl. 553 ff.), vom 20.4.2010 (GA IV Bl. 574 ff.) und 20.1.2011 (GA IV Bl. 648 ff.) Bezug genommen. Der Senat hat aufgrund Beweisbeschlusses vom 15.6.2010 (GA IV Bl. 609 f.) Beweis erhoben. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 31.8.2010 (GA IV Bl. 628 ff.) und 25.1.2010 (GA IV Bl. 662 ff.) verwiesen.

II.

A. Die nach der gewährten Wiedereinsetzung zulässige Berufung hat Erfolg, da die angefochtene Entscheidung nicht frei von Rechtsfehlern erscheint (§ 513 Abs. 1 ZPO). Den Klägern steht dem Grunde nach Maßgabe der werkvertraglichen Gewährleistungsregelung aus der mangelhaften Werkleistung

ein Schadensanspruch zu (§ 634 Nr. 4, §§ 280, 281, 284 BGB), dessen Höhe im Betragsverfahren festzusetzen bleibt.

1. Das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis unterliegt den Regelungen des Werkvertrags, da die vertragliche Verpflichtung auf die Herbeiführung des im Auftrag beschriebenen, fest umrissenen Arbeitsergebnisses – der zuverlässigen Erkundung der hydrogeologischen Situation, die in einem zu erstellenden Bericht gegenständlich erfassbar werden sollte - gerichtet war. Demnach war die Vornahme einer bloßen Dienstleistung nicht geschuldet (zur Abgrenzung Dienstvertrag/Werkvertrag: BGH, Urt. v. 1.2.2000 – X ZR 198/97, NJW 2000, 1107; Erman/Schwenker, BGB, 12. Aufl., vor §§ 631 ff. Rdnr. 8; P/W/W/Leupertz, BGB, 4. Aufl., vor § 631 Rdnr. 7).

2. Die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche setzen das Vorliegen eines Mangels voraus, der nach der Legaldefinition des § 633 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB darin bestehen kann, dass das Werk sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung eignet oder es eine Beschaffenheit vermissen lässt, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art der Werkes erwarten kann. Bei Ingenieurleistungen der vorliegenden Art liegt ein Mangel nach dieser Definition vor, wenn die Untersuchungsergebnisse fehlerhaft ermittelt wurden. Auf diesen rechtlichen Aspekt haben die Kläger rekuriert. Denn sie haben die Mangelhaftigkeit des Gutachtens zunächst auf die Behauptung gestützt, dass die von der Beklagten unter Ziffer 3.4 des Gutachtens ermittelten Ergebnisse und Bewertungen zur chemischen Analyse nicht zutreffend seien, insbesondere die vorhandenen Eisen- und Mangankonzentrationen falsch wiedergegeben worden seien. Im Ergebnis kann diese Tatfrage offen bleiben:

a) Nach den Feststellungen des Landgerichts hat die Beklagte bei der Bestimmung der Eisen- und Manganwerte fehlerfrei gearbeitet: Der gerichtliche Sachverständige Dr. G. habe ausgeführt, dass das von der Beklagten erstellte Gutachten bis auf ein paar Zahlendreher keine inhaltlichen Fehler enthalte und die gefundenen Messergebnisse auf der von der Beklagten durchgeführten

Wasserentnahme über einen Zeitraum von 23 Stunden beruhen. Dies entspreche einer vollkommen üblichen Vorgehensweise.

b) Diese Feststellungen werden von den Klägern unter Bezugnahme auf eine gutachterliche Stellungnahme des Privatsachverständigen G. mit der Behauptung angegriffen, die Beklagte habe die Proben nicht in einem repräsentativen Verfahren gewonnen. Um festzustellen, ob die Grundwasserqualität auch bei einer lang andauernden Pumpmaßnahme stabile und repräsentative Analysewerte aufweise, mache es aus hydrogeologischer Sicht Sinn und entspreche einer gängigen Praxis, während eines mehrtägigen Pumpversuchs mehrere Grundwasserproben in Reihe zu entnehmen und diese auf relevante Parameter zu untersuchen. Durch diese Vorgehensweise würden Entwicklungen beziehungsweise Änderungen der Gehalte von Inhaltsstoffen im Grundwasser erkennbar. Dieses Verfahren sei in dieser Form nicht durchgeführt worden. Stattdessen sei im Vorfeld des Versuchs am 1.12.2004 lediglich eine Probe entnommen worden.

aa) Allerdings ist der Senat nicht bereits aus prozessualen Gründen (§ 529 Abs. 1 ZPO) an die entgegenstehenden Feststellungen des Landgerichts zur Ordnungsgemäßheit der Beprobung gebunden. Denn es liegt nicht fern, dass die Feststellungen des Landgerichts auf einem Verfahrensfehler beruhen:

Gemäß § 279 Abs. 3 ZPO hat das Gericht im Anschluss an die Beweisaufnahme erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern. Die Erörterung ist als wesentlicher Vorgang der Verhandlung gem. § 160 Abs. 2 ZPO zu protokollieren und nimmt an der Beweiskraft des Protokolls gem. § 165 ZPO teil: Fehlt – wie im vorliegenden Fall – ein Hinweis im Protokoll, so steht mit der Beweiskraft des § 165 ZPO fest, dass das Gericht den Parteien unter Verstoß gegen § 279 Abs. 3 ZPO keine Gelegenheit zur Erörterung gegeben hat (P/G/Geisler, ZPO, 2. Aufl., § 279 Rdnr. 5; P/G/Laumen, aaO, § 285 Rdnr. 3).

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Kausalität des Verfahrensfehlers für die Tatsachenfeststellung des Landgerichts nicht deshalb zweifelhaft, weil das Privatgutachten G. in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 9.2.2009 noch nicht vorlag und somit die in diesem Gutachten zur Sprache gekommenen Aspekte in der mündlichen Verhandlung auch dann nicht angesprochen worden wären, wenn das Landgericht den Parteien Gelegenheit zur Erörterung des Beweisergebnisses gegeben hätte. Denn es liegt nicht fern, dass sich der Klägervertreter im Beweistermin vor dem Landgericht einen Schriftsatznachlass hätte einräumen lassen, falls das Landgericht nach Abschluss der Vernehmung des Sachverständigen zum Ergebnis der Beweisaufnahme erörtert und die Parteien ausdrücklich um Stellungnahme gebeten hätte.

bb) Der Senat hat den Sachverständigen im Termin vom 2.2.2010 prozessrechtskonform angehört. Auch nach dem Ergebnis der zweitinstanzlichen Anhörung des Sachverständigen ist der Beweis für eine Fehlerhaftigkeit der Wasseranalyse nicht erbracht:

aaa) Der Sachverständige hat an seiner erstinstanzlichen Einschätzung, wonach eine ordnungsgemäße Wasserprobe erst nach Abschluss eines über 23 h andauernden Pumpversuchs erfolgen dürfe, nicht mehr festgehalten. Er hat vielmehr angegeben, dass der Pumpversuch über 23 h nicht die Probeentnahme betreffe. Der Pumpversuch diene lediglich dazu festzustellen, ob genügend Grundwasser vorhanden sei, um die Anlage zu betreiben. Explizit will er seine erstinstanzlichen Angaben dahingehend verstanden wissen, dass sich sein Hinweis auf das Erfordernis eines 23-stündigen Probelaufs lediglich auf die hydraulische Untersuchung, nicht auf die chemische Analyse der Wasserverhältnisse beziehe. Nach Auffassung des Sachverständigen genüge es, die Messstelle mehrfach leer zu pumpen, um ein realitätsnahes Messergebnis zu erzielen. Ob dieses Verfahren eingehalten wurde, konnte der Sachverständige weder ausschließen noch positiv bestätigen, da ihm das maßgebliche Protokoll über die Probeentnahme nicht vorgelegen habe.

Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, zum Ergebnis der Sachverständigenbefragung Stellung zu nehmen. Nachdem weder die Kläger noch die Beklagte die sachliche Richtigkeit der Ausführungen in Zweifel ziehen, besteht für den Senat keinen Anlass, allein wegen der Widersprüche zwischen den erst- und zweitinstanzlichen Ausführungen des Sachverständigen ein Obergutachten einzuholen.

Legt man die Ausführungen des Sachverständigen zu Grunde, so kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, die Probe nicht erst nach Abschluss des Pumpversuchs gezogen zu haben. Ob das vom Sachverständigen beschriebene vertragsgerechte Verfahren von der Beklagten tatsächlich eingehalten wurde, bleibt mangels Vorlage des entsprechenden Protokolls offen.

bbb) Klärungsbedürftig ist die Frage, wer den Nachteil aus der Nichterweislichkeit dieses Umstandes trägt:

Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Anspruchsteller die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen, aus denen er vertragliche Gewährleistungsansprüche herleiten will. Mithin ist es im Ausgangspunkt Sache der Kläger, die Fehlerhaftigkeit der Probeentnahme zu beweisen.

aaaa) Aus den gravierenden Abweichungen zu der später analysierten Probe lassen sich zu Gunsten der Kläger keine Beweiserleichterungen herleiten. Denn der Sachverständige Dr. G. hat in der mündlichen Verhandlung plausibel dargelegt, dass die großen Abweichungen keine Schlüsse auf die Ordnungsgemäßheit der Probeentnahme durch die Beklagte erlauben: Beide Proben seien an unterschiedlichen Messstellen gezogen worden, die 30 m voneinander entfernt gelegen hätten. Die Eisengehalte könnten variieren. Zudem hätten zu dem jeweiligen Messzeitpunkt ganz unterschiedliche Verhältnisse geherrscht, da die Anlage zum Zeitpunkt der zweiten Messung schon in Betrieb gewesen sei. Auch diese Ausführungen, die sich mit den erstinstanzlichen Angaben des Sachverständigen decken, werden von den Parteien nicht mehr angegriffen.

bbbb) Allerdings ist in Betracht zu ziehen, ob die Rechtsgrundsätze der Beweislastverteilung bei Verletzung einer Dokumentationspflicht anwendbar sind.

Diese vor allem zum ärztlichen Behandlungsvertrag entwickelte Beweislastverteilung (vgl. dazu BGHZ 72, 133, 138; Urt. v. 6. Juli 1999, [VI ZR 290/98](#), [NJW 1999, 3408](#), 3409) setzt voraus, dass der Vertragspartner zur Dokumentation verpflichtet ist (BGH, Urt. v. 23.6.2008 – V ZR 114/07, NJW 2008, 2852). An einer solchen Obliegenheit fehlt es für die rechtliche Beratung durch Rechtsanwälte und Steuerberater ([BGH, Urt. v. 11. Oktober 2007, IX ZR 105/06](#), [NJW 2008, 371](#), 372) und in der Vergangenheit für die Anlageberatung der Banken ([BGHZ 166, 56](#), 61). Sie ist auch für die Beratung eines Kaufinteressenten durch den Verkäufer nicht anerkannt.

Ob auch im vorliegenden Vertragsverhältnis die Beklagte zur Fertigung eines Protokolls verpflichtet war, bedürfte einer weiteren Aufklärung. Der Sachverständige Dr. G. hat in seiner Anhörung vor dem Senat ausgeführt, dass es zur Durchführung der Probenentnahme exakte Vorschriften gebe, wonach bei einer derartigen Probeentnahme auch ein Protokoll anzufertigen sei, was exakt angebe, von wem und wie die Probeentnahme erfolgt sei. Trifft dies zu, so streiten die besseren Argumente dafür, zugunsten der Kläger eine Beweiserleichterung anzuerkennen: Eine etwaige Dokumentationsobliegenheit dient ersichtlich dem Schutz des Auftraggebers, der sich ohne schriftliches Protokoll in einer sehr schwierigen Situation befindet. Im Ergebnis bedarf diese Frage keiner weitergehenden Erörterung:

3. Die Begutachtung der Beklagten leidet jedenfalls insoweit unter einem Mangel, als das Gutachten die Bewertung enthält, dass „die gemessenen Eisen- und Manganwerte im Hinblick auf eine Verockerung vergleichsweise gering“ seien. Soweit das Landgericht der Klage mit Blick auf diese Formulierung den Erfolg vorenthalten hat, ist die angefochtene Entscheidung nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Besteht die Werkleistung wie im vorliegenden Fall in der Erstattung eines technischen Gutachtens, so ist die Werkleistung im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB nicht frei von Sachmängeln, wenn der Gutachter den in seine Erkenntnis gestellten Sachverhalt fehlerhaft beurteilt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

aa) Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. G., denen das Landgericht im Ergebnis gefolgt ist, war die im Sachverständigengutachten enthaltene Formulierung: „Die gemessenen Eisen- und Mangangehalte sind im Hinblick auf eine Verockerung vergleichsweise gering“ sachlich fehlerhaft.

Der Sachverständige Dr. G. hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht überzeugend ausgesagt, dass die zitierte Formulierung unpräzise sei. Eine Schwierigkeit ergebe sich daraus, dass es keine Normen gebe. Anhand bestimmter Regelwerke, insbesondere aus dem Trinkwasserbereich und aufgrund von Vorgaben verschiedener Wärmepumpenhersteller, ließen sich jedoch Anhaltspunkte gewinnen, die den Rückschluss zuließen, dass manche Hersteller mit den hier festgestellten Werten arbeiten könnten, andere hingegen nicht. Insoweit sei es aus sachverständiger Sicht wünschenswert gewesen, wenn die verwendete Formulierung in dem Gutachten erläutert worden wäre. Der gefundene Wert sei nicht von vornherein als völlig unbedenklich einzustufen, sei aber andererseits auch kein Wert, bei dem man eindeutig sagen könne, dass eine Anlage nicht realisierbar sei.

In seiner Anhörung vor dem Senat hat der Sachverständige ergänzend ausgeführt, dass der von der Beklagten festgestellte Wert von 1,15 mg/l darauf hingedeutet habe, dass Eisen ein Problem sein könne. Denn der Normalwert des Eisengehalts liege zwischen 0,5 und 0,2 mg/l. Die vollständigen Parameter der Wasseranalyse zur Abschätzung, ob eine Verockerungsgefahr gegeben sei oder nicht, hätten anlässlich der Begutachtung durch die Beklagte noch nicht vorgelegen. Deshalb sei die Wertung der Beklagten, wonach die gemessenen Eisen- und Manganwerte mit Blick auf eine Verordnungsgefahr vergleichsweise

gering seien, unpräzise. Der Sachverständige selber wäre der Sache näher nachgegangen.

Auch diesen Ausführungen sind die Parteien nicht entgegengetreten.

bb) Bei wertender Betrachtung hat die Beklagte mit der von ihr gewählten Formulierung die Verockerungsgefahr an dem zu untersuchenden Standort verharmlost und den Eindruck erweckt, dass die Verockerungsgefahr einer Verwirklichung des geplanten Vorhabens nicht entgegenstehen werde. Dieser Rückschluss durfte nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. G. gerade nicht gezogen werden. Vielmehr hätten es die ermittelten Werte nahegelegt, weitere Untersuchungen anzuregen. Diesen demnach gebotenen Hinweis lässt das Gutachten vermissen.

cc) Insbesondere steht es der Annahme einer mangelhaften Werkleistung nicht entgegen, dass die Beklagte nicht in einem umfassenden Sinne mit der Machbarkeit einer Wärmepumpenanlage beauftragt wurde, sondern der Gegenstand des Auftrags zum einen in der hydrogeologischen Erkundung, zum anderen in der chemischen Analyse des Grundwassers bestand. Denn augenscheinlich betraf die fehlerhafte Aussage zur Höhe der Verockerungsgefahr die chemische Analyse der Wasserprobe, indem sie eine zusammenfassende Bewertung der zuvor dargestellten Messergebnisse unter dem Blickwinkel der Verockerungsrisiken formulierte. Letztlich kann es dahinstehen, ob sich die Beklagte in Erfüllung ihres Gutachterauftrages darauf hätte beschränken dürfen, die Messergebnisse tabellarisch darzustellen und auf die Abgabe einer zusammenfassenden Bewertung unter dem Aspekt der Verockerungsgefahr zu verzichten. Dies ändert nichts an der rechtlichen Bewertung, dass die getroffene Aussage aus Sicht des Bestellers Teil der eigentlichen Werkleistung war, für deren Richtigkeit der Unternehmer nach Maßgabe des § 634 BGB einstehen muss.

dd) Auch kann sich die Beklagte einer eigenen Verantwortung für die Richtigkeit ihrer gutachterlichen Äußerungen nicht mit dem Argument entziehen, dass die Frage einer technischen Realisierbarkeit einer Wärmepumpennutzung

nicht in das Fachgebiet der Beklagten, sondern in das Fachgebiet des Heizungs- und Anlagebauers falle (so der Sachverständige Dr. G. auf GA II 337). Auch darauf, dass es der Beklagten zum Zeitpunkt der Errichtung des geotechnischen Berichts noch nicht bekannt gewesen sein mag, welche Anlage errichtet werden würde, kommt es nicht an. Denn die Beklagte hat sich mit ihrer Aussage zur Gewichtung des Verockerungsrisikos aus Sicht der Kläger Sachkenntnisse angemäÙt, für deren Richtigkeit sie einstehen muss.

Es war aus Sicht der Kläger nicht erkennbar, dass die Aussage zur vergleichsweisen geringen Höhe der Verockerungsgefahr vor dem Hintergrund der konkret zu wählenden Anlage kritisch zu hinterfragen war. Da die Kläger keine spezifischen Sachkenntnisse hinsichtlich der verlässlichen Einschätzung eines Verockerungsrisikos besaßen, durften die Kläger zunächst auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der gutachterlichen Feststellungen vertrauen.

Auch überzeugt es nicht, den Mangel der Werkleistung mit dem Argument zu entkräften, die Beklagte habe nicht über die Kenntnisse eines Anlagenbauers verfügt und sei deshalb nicht in der Lage gewesen, die Realisierbarkeit der Anlage zu beurteilen. Der Beklagten gereicht es nicht zum Nachteil, die Realisierbarkeit der Anlage falsch eingeschätzt zu haben. Vielmehr ist ihr anzulasten, dass sie die spezifischen Risiken und die unzureichende Aussagekraft ihrer eigenen gutachterlichen Untersuchungsbefunde nicht offengelegt hat.

ee) Soweit die Beklagte der Mangelhaftigkeit der Werkleistung mit dem Sachvortrag einer außerhalb des schriftlichen Gutachtens erfolgten Aufklärung entgegentritt, wonach die Beklagte den Bauleiter der Kläger S. über die Notwendigkeit weitergehender Wasseranalysen hingewiesen habe, hat die Beklagte den ihr obliegenden Beweis für eine nachträgliche Korrektur der zunächst fehlerhaften Beantwortung der Gutachtenfrage nicht erbracht. Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlich ergänzten Beweisaufnahme ist der Senat vielmehr davon überzeugt, dass eine mündliche Ergänzung des Gutachtens in dem hier wesentlichen Detail nicht stattgefunden hat:

Der Zeuge D. hat auf eine erste Nachfrage, ob die Feststellung des Gutachtens zum vergleichsweise geringen Verockerungsrisiko mit dem Zeugen S. erörtert worden sei, ausweichend geantwortet, dies sei „nicht so konkret“ erfolgt. Da die Beschaffenheit der Anlage noch nicht festgestanden habe, habe man noch nicht sagen können, ob die gefundenen Werte hierfür geeignet gewesen seien. Auf eine zweite Nachfrage ging der Zeuge bei genauer Betrachtung nicht mehr ein: Die Frage zielte darauf ab, ob eine mündliche Erörterung des Analyseergebnisses stattgefunden hat. Hierauf hat der Zeuge eine Einschätzung zu einem hypothetischen Sachverhalt mitgeteilt, indem er aufgezeigt hat, wie sich der Zeuge S. vernünftigerweise verhalten hätte, wenn der Anlagenbauer, nicht die Beklagte, Bedenken gegen die Werte aufgezeigt hätte. Diese Aussage konnotiert, dass eine entsprechende Aufklärung und Erläuterung jedenfalls vom Zeugen nicht durchgeführt wurde. Nicht anders ist die Antwort auf die dritte Nachfrage zu verstehen: Auch hier hat der Zeuge eine klare und eindeutige Antwort vermieden und – anstatt die Frage nach einer persönlichen Aufklärung klipp und klar zu beantworten – auf den Erklärungsgehalt des Angebots verwiesen. Erst auf die vierte Nachfrage hat sich der Zeuge zur Antwort durchgerungen, dass „von mir (ihm) aus nicht“ (GA IV Bl. 630) auf die eingeschränkte Aussagekraft zur Feststellung der Verockerungsgefahr hingewiesen worden sei. Nachdem der Zeuge auch das Treffen mit dem Zeugen S. in dem Schnellrestaurant bestätigt hat und es für möglich gehalten hat, dass er hierbei gegenüber dem Zeugen S. die Kosten für eine Spülung der Brunnen mit zwischen 3.000 und 5.000 EUR (für einen Zeitraum zwischen drei bis fünf Jahren) angeben hat, verbleiben keine vernünftigen Zweifel an der Wahrheit der Aussage des Zeugen S.: Dieser inzwischen verstorbene Zeuge hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 13.7.2007 (GA I Bl. 100 ff.) ausgesagt, der Zeuge D. habe die Kosten für eine Brunnenspülung zwischen 3.000 und 5.000 EUR beziffert. Forderungen nach zusätzlichen Wasseranalysen seien nie Gesprächsthema gewesen.

Auf der Grundlage dieses eindeutigen Beweisergebnisses lagen die Voraussetzungen des § 448 ZPO für eine von Amts wegen zu erfolgende Parteivernehmung des Geschäftsführers der Beklagten nicht vor. Aus Gründen

der prozessualen Waffengleichheit hat der Senat von einer Anhörung des Geschäftsführers gem. § 141 Abs. 1 ZPO abgesehen, da der Ansprechpartner der Beklagten auf Seiten der Kläger, der Zeuge S., verstorben ist.

4. Die weiteren Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht nach § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 281 BGB liegen vor:

a) Da der Schaden und die Mangelhaftigkeit der Werkleistung erst nach Inbetriebnahme der Anlage zu Tage trat, war die im Regelfall gem. § 636 BGB erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich.

b) Auch die Kausalität des Werkmangels für den eingetretenen Vermögensschaden ist nachgewiesen: Es ist davon auszugehen, dass der Einbau der Anlage bei einer korrekten Offenlegung der aus den Analysedaten resultierenden Risiken unterblieben wäre:

aa) In Anlehnung an die Darlegungs- und Beweislastverteilung hinsichtlich des Kausalitätsnachweises bei Aufklärungspflichtverletzungen (vgl. nur BGHZ 124, 151, 159 ff.; 72, 92, 106; 61, 118, 122; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 280 Rdnr. 39) ist widerleglich zu vermuten, dass sich die Kläger bei richtiger Aufklärung aufklärungsrichtig verhalten und weitere Untersuchungen veranlasst hätten. Ein alternatives Verhalten kommt realistisch nicht in Betracht, da die Kläger ansonsten ein unkalkulierbares Risiko eingegangen wären.

bb) Zwar erschiene der Kausalitätsnachweis zweifelhaft, wenn die Kläger von Seiten Dritter über die eingeschränkte Aussagekraft der Untersuchungsergebnisse und die daraus resultierenden Risiken informiert worden wären und sich in Kenntnis der Risiken dennoch für die Errichtung der Anlage entschieden hätten. Indessen ist eine Aufklärung durch Dritte nicht nachgewiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass eine solche Aufklärung jedenfalls nicht von den Zeugen R. und L. geleistet wurde:

Der Zeuge R. hat sich zwar erinnert, den Zeugen S. in allgemeiner Hinsicht auf das Problem der Verockerung hingewiesen zu haben. Allerdings habe es sich um ein „allgemeines Baustellengespräch“ gehandelt, bei dem nach dem Wissen des Zeugen keine konkreten Wasserwerte vorgelegen hätten (GA IV Bl. 633). Der Zeuge L. hat bekundet, er habe den Zeugen S. auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Eisen- und Manganwerte zu bestimmen. Allerdings habe zum Zeitpunkt des Gesprächs eine Analyse dieser Werte noch nicht vorgelegen. Auch beruhte das fehlende Interesse des Zeugen L. an einer Beauftragung mit dem Brunnenbau nicht auf einer unzureichenden Wasseranalyse: Der Zeuge hat anschaulich und glaubhaft geschildert, dass er letztlich deshalb von der Abgabe eines Angebots Abstand genommen hatte, weil er den Eindruck gewonnen hatte, dass das Projekt „mehr oder weniger in Eigenregie“, d.h. ohne begleitende Betreuung durch ein Ingenieurbüro durchgeführt werden sollte.

cc) Schließlich ist das mit Schriftsatz vom 20.1.2011 vorgelegte Antragsformular auf Erlaubnis zum Betrieb einer geothermischen Brunnenanlage nicht geeignet, Zweifel an der Kausalität zwischen dem Mangel der Werkleistung und dem eingetretenen Schaden zu wecken.

Das erstmals wenige Tage vor dem Termin vorgelegte neue Verteidigungsvorbringen ist bereits prozessual präkludiert: Nachdem die Kläger bestritten hatten, dass ihrem eigenen, im Jahr 2005 gestellten Antrag ein Hinweis beigefügt war, der dem von der Beklagten vorgelegten Formular entsprach, das den Stand des Monats Oktober 2008 zeigt, wäre es Sache der Beklagten gewesen, Gründe vorzutragen, die den Rückschluss erlauben, dass die verspätete Vorlage des Antragsformulars nicht im Sinne des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO auf einer Nachlässigkeit der Beklagten beruht. Demnach scheidet die Berücksichtigungsfähigkeit des Verteidigungsvorbringens bereits an der Schranke des § 531 Abs. 2 ZPO. Darüber hinaus wurde das neue Verteidigungsmittel lange nach Ablauf der Berufungserwiderungsfrist vorgebracht, weshalb das neue Vorbringen auch nach §§ 530, 521 Abs. 2, § 296 Abs. 1 ZPO auszuschließen war, da seine Zulassung die Entscheidung über den Haftungsgrund verzögert hätte.

Dessen ungeachtet vermag sich der Senat auch in der Sache den Argumenten der Beklagten nicht anzuschließen: Der dem Antrag beigefügte Hinweis legt dar, dass im Grundwasser gelöstes Eisen und Mangan durch Ausfällen zur Verockerung der Brunnen führen kann, weshalb eine entsprechende Untersuchung des Grundwassers auf die Parameter Eisen, Mangan und Sauerstoff empfohlen wird. Genau dies haben die Kläger jedoch veranlasst, indem sie die Beklagte u. a. mit der chemischen Analyse des Wassers beauftragten. Hinweise darauf, dass die von der Beklagten durchgeführte Analyse nur eingeschränkt aussagekräftig war, können den Erläuterungen zur Antragstellung nicht entnommen werden.

dd) Wären die weitergehenden Untersuchungen veranlasst worden, so wäre der richtige Eisengehalt und die tatsächliche Verockerungsgefahr erkannt worden. In einem solchen Fall hätten die Kläger von dem Einbau der Anlage Abstand genommen, die mit den tatsächlich vorgefundenen chemischen Verhältnissen nicht hätte betrieben werden können:

Es ist davon auszugehen, dass die vom T.K. ermittelten Werte (Eisen: 3,77; etc. GA II Bl. 275) die im tatsächlichen Betrieb der Anlage anzutreffende Belastung beschreiben. Dann bleibt es bei der Einschätzung des Sachverständigen P. Z. (GA II Bl. 291 ff.), wonach es „technisch zwar immer möglich sei, mit entsprechenden Filtermedien, entsprechender Wasseraufbereitung oder entsprechenden Wartungsmaßnahmen solche Systeme zu betreiben“. Falle ein solcher Wartungsaufwand in sehr kurzen Intervallen an, so sei dieser Aufwand für den wirtschaftlichen Betrieb nicht mehr gerechtfertigt (GA II Bl. 293 f.). Bei dieser Sachlage kommt es auf die im Sachvortrag der Beklagten kontrovers dargestellte Frage, ob die Anlage bei einem hypothetischen Eisengehalt von 1,15 mg/l nicht nachhaltig problemlos (Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 26.10.2009; GA III Bl. 528 f.) oder – freilich unter anderen technischen Vorgaben – doch hätte betrieben werden können (Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 6.4.2010, GA IV Bl. 577), nicht an.

5. Schließlich müssen sich die Kläger ein eventuelles Mitverschulden des beauftragten Anlagenbauers nicht zurechnen lassen:

a) Der bereits im ersten Rechtszug gehaltene Sachvortrag wird im Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 6.4.2010 noch einmal vertieft: Der Anlagenbauer habe – so die Behauptung der Beklagten – eine ungeeignete Pumpe, ungeeignete Filter und zwischen Wärmepumpe und Schlickbrunnen eine Freispiegelleitung installiert. Dies rechtfertige den Schluss, dass der Schaden an der Pumpe in erster Linie auf eine fehlende oder fehlerhafte Planung durch den Anlagenbauer zurückzuführen sei.

Letztlich kann die Tatfrage offenbleiben, da sich die Kläger den Fehler des Anlagenbauers nicht zurechnen lassen müssen. Der Fachplaner ist im Verhältnis zur Beklagten kein Erfüllungsgehilfe der Kläger. Die Kläger sind vielmehr bei einem unterstellten Verschulden des Anlagenbauers frei, welchen Schuldner sie für den entstandenen Schaden haftbar machen wollen.

b) Eine Zurechnung des fremden Verschuldens findet im Anwendungsbereich des § 254 Abs. 1 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 278 S. 1 BGB statt. Nach dieser Vorschrift hat der Schuldner ein Verschulden derjenigen Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang wie ein eigenes Verschulden zu vertreten. Die Zurechnung des fremden Verschuldens setzt voraus, dass die Person, der ein Mitverschulden vorgeworfen wird, gegenüber dem schadensersatzpflichtigen Schuldner ihrerseits einer Pflicht unterliegt, deren Erfüllung sie einer dritten Person, ihrem Erfüllungsgehilfen, übertragen hat. Diese Voraussetzungen liegen im Fall der vom Auftraggeber auf einer jeweils selbständigen Vertragsgrundlage beauftragten Sonderfachleute regelmäßig nicht vor: Jeder der beauftragten Sonderfachleute haftet nur für die Erfüllung der von ihm in seinem Vertrag übernommenen Verpflichtungen (BGH, Urt. v. 10.7.2003 – VII ZR 329/01, MDR 2003, 1349; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 278 Rdnr. 13). Dies gilt insbesondere im Verhältnis des Auftraggebers zu Haupt- und Nachunternehmer: Fehler eines Vorunternehmers können dem Auftraggeber im Verhältnis zum Nachunternehmer

regelmäßig nicht zugerechnet werden, weil es an einer entsprechenden Pflicht des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer fehlt (BGHZ 95, 128, 131 ff.; Löwisch/Caspers, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 278 Rdnr. 72; Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 278 Rdnr. 31). Dieser Rechtsgrundsatz beansprucht auch in der umgekehrten Richtung Geltung: Der Vorunternehmer kann sich durch ein Verschulden des Nachunternehmers nur dann entlasten, wenn der Nachunternehmer in die Erfüllung einer dem Auftraggeber gegenüber dem Vorunternehmer obliegenden Pflicht eingebunden war.

Zur Veranschaulichung hilft ein Blick in die Kasuistik: Ein Architekt kann Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Rechtsverhältnis zwischen Bauherrn und Werkunternehmer sein, wenn der Bauherr gegenüber dem Werkunternehmer zur Bereitstellung korrekter Pläne verpflichtet ist. Bedient sich der Bauherr zur Erfüllung dieser Pflicht eines Architekten, muss er für eine fehlerhafte Planung seines Erfüllungsgehilfen einstehen. Andererseits ist der Bauherr nicht verpflichtet, den Werkunternehmer zu überwachen. Mithin erbringt der Architekt die originär gegenüber dem Bauherrn geschuldete Bauüberwachung nicht zugleich im Rechtsverhältnis zwischen Bauherrn und Werkunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn, weshalb sich der Bauherr gegenüber dem Werkunternehmer ein etwaiges Verschulden des Architekten bei der Bauüberwachung nicht zurechnen lassen muss (BGHZ 95, 131). Auch ist ein Architekt regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn im Rechtsverhältnis zwischen Bauherrn und Bodengutachter, wenn dieser die ihm übertragene Begutachtung fehlerhaft erledigt: Der Bauherr ist nicht seinerseits verpflichtet, den Bodengutachter zu überwachen, weshalb der Architekt bei der eigenen Leistungserbringung nur originäre, eigene Pflichten erfüllt und der Bauherr sich nicht deshalb eines Architekten bedient, um eigene Pflichten des Bauherrn gegenüber dem Bodengutachter zu erbringen (BGH, MDR 2003, 1349).

Diese Kasuistik weist für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits den Weg: Es kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang der Anlagenbauer gegenüber den Klägern verpflichtet war, vor der Errichtung der Anlage weitergehende Pläne einzuholen oder gar die gutachterlichen Äußerungen der

Kläger auf Schlüssigkeit zu überprüfen. In jedem Fall war der Anlagenbauer nicht gehalten, diese Prüfung in Erfüllung einer dem Bauherrn gegenüber der Beklagten bestehenden Verpflichtung durchzuführen. Eine Zurechnung eines etwaigen Verschuldens des Anlagenbauers scheidet aus Rechtsgründen aus.

6. Der Vollständigkeit halber ist auszuführen, dass die Kläger ihr erstinstanzliches Klagebegehren auf die Behauptung gestützt haben, Mitarbeiter der Beklagten hätten nach Übermittlung des Gutachtens in sachlicher Hinsicht unzutreffend behauptet, dass es keine Probleme mit der Verockerung gebe und allerbeste Voraussetzungen für die Realisierung der Anlage vorlägen. Sofern diese außerhalb des Gutachtens aufgestellte Behauptung Teil der Werkleistung geworden wäre, fände ein hieraus hergeleiteter Schadensersatzanspruch seine Rechtsgrundlage in § 634 Nr. 4, §§ 280, 281, 284 BGB. Daneben kann eine außerhalb der eigentlichen Werkleistung abgegebene Erklärung unmittelbar unter dem rechtlichen Aspekt des § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichten. Die Frage nach der Rechtsgrundlage kann indessen im vorliegenden Rechtsstreit unentschieden bleiben, da die Kläger nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts, die den Senat gem. § 529 Abs. 1 ZPO binden, den ihnen obliegenden Beweis für die Abgabe der von ihnen behaupteten Zusicherung nicht erbringen konnten. Auch die Berufung zieht das Beweisergebnis nicht in Zweifel.

B. Zusammenfassend steht auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes fest, dass die Klageforderung zumindest in irgendeiner Höhe besteht. In einer solchen Situation kommt der Erlass eines Grundurteils in Betracht, wenn der Rechtsstreit hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Forderung noch nicht zur Entscheidung reif ist (BGH, NJW-RR 2007, 1008, 1009; BGHZ 108, 256, 260; P/G/Thole, aaO, § 304 Rdnr. 3). Eine solche Verfahrensweise erschien dem Senat im vorliegenden Sachverhalt auch deshalb zweckentsprechend, um die im Betragsverfahren ausstehende Aufklärung der zahlreichen Einwendungen gegen die Berechtigung der Klageforderung nicht mit weiteren Erörterungen zum Haftungsgrund zu belasten.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).

gez. Göler

Schmidt

Dr. Dörr

Ausgefertigt:

(B.)
Justizbeschäftigter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle