
Datum: 25.06.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 100/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0625.21U100.01.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 45 O 135/99

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 04. April 2001 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicher-heitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages ab-zuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin hat sich auf Kabelverlegung und Tiefbauarbeiten spezialisiert. Im Sommer 1994 verlegte sie in E im Auftrag der dortigen Stadtwerke in der A-Straße Kabel. Zu diesem Zweck beabsichtigte die Klägerin eine sog. "Erdrakete" von der Beklagten, die auch Herstellerin des Gerätes ist, zu erwerben. Beim Einsatz der auch als "Terra-Hammer" bezeichneten Maschine wird ein Metallzylinder durch den Erdboden getrieben, um aufbruchfrei Raum für die Verlegung von Kabeln zu schaffen.

2

Am 07.06.1994 ließ sich die Klägerin ein solches Gerät vorführen. Die Beklagte stellte hierfür ihren Mitarbeiter, den Zeugen H, ab. Die Klägerin wußte, dass sich in dem Bereich ihrer Baustelle Fernwärmeleitungen befanden. Ob ihr hierüber Pläne vorlagen und ob sie den Zeugen H auf die Fernwärmeleitungen und ihr vorliegende Pläne hinwies, ist streitig.	3
Über die Vorführung schlossen die Parteien am 06.07.1994 eine schriftliche Vereinbarung, die als "Objektbezogene Vorführung" bezeichnet ist (Bl. 39-41 d.A.). Der Zeuge H füllte den vorformulierten Text der Vereinbarung aus. Wann die Vereinbarung an diesem Tage unterzeichnet wurde, ist streitig.	4
In der Spalte (Bl. 39 d.A.) " <i>Sind Versorgungsleitungen vorhanden?</i> " sind drei Möglichkeiten zum Ankreuzen vorgegeben (" <i>in der Startgrube</i> ", " <i>im Durchfahrtsbereich</i> ", " <i>in der Zielgrube</i> "). Außerdem heißt es dort: " <i>Wenn ja, kurze lagemäßige Beschreibung</i> ". In dieser Spalte sind keine Eintragungen vorgenommen worden.	5
Die Vereinbarung enthält ferner folgende Klausel: " <i>Kosten, die durch die Beschädigung vorher nicht schriftlich angegebener und lagemäßig festgelegter Versorgungsleitungen oder durch nicht oder falsch angegebene Lage von Hindernissen entstehen, gehen zu Lasten des Auftraggebers.</i> "	6
In Höhe des Hauses Nr. 32 hoben die Mitarbeiter der Klägerin, die Zeugen C und N, auf beiden Straßenseiten jeweils eine Grube als Start und Ziel der Bohrung aus. Die Erdrakete sollte sich unter der Straße von einer Straßenseite zur anderen durcharbeiten. Bei der sodann vom Zeugen H veranlaßten Vorführung beschädigte die Erdrakete eine Fernwärmeleitung, die vom 06. auf den 07.07.1994 von den Stadtwerken E repariert wurde.	7
Mit der Klage begehrt die Klägerin die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten für die Beschädigung der Fernwärmeleitung, für die Klägerin ihrerseits den Stadtwerken E Schadensersatz schuldet. Diese Schadensersatzpflicht der Klägerin ist dem Grunde nach in dem zwischen ihr und den Stadtwerken E vor dem Landgericht Duisburg geführten Rechtsstreit 10 O 43/97 rechtskräftig festgestellt worden. Über die Schadenshöhe streiten die Klägerin und die Stadtwerke E in dem Verfahren 1 O 116/01 Landgericht Duisburg, in dem noch keine Entscheidung ergangen ist. In diesem Verfahren behaupten die Stadtwerke, dass ihnen durch die Beschädigung der Fernwärmeleistung ein Schaden von insgesamt über 300.000,00 DM entstanden sei.	8
Die vorliegende Feststellungsklage hatte das Landgericht mit Urteil vom 22.10.1999 (Bl. 47 - 53 d.A.) ohne Beweisaufnahme mit der Begründung abgewiesen, dass die Klägerin nicht ausreichend vorgetragen habe, worauf die Beschädigung der Fernwärmeleitungen zurückzuführen sei.	9
Auf die Berufung der Klägerin hat der damals zuständige 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm mit Urteil vom 11.04.2000 (Bl. 108-114 d.A.) das landgerichtliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.	10
Das Landgericht hat sodann den Geschäftsführer der Klägerin angehört und den Zeugen H vernommen. Danach hat es mit Urteil vom 04.04.2001 erneut über den Feststellungsantrag entscheiden.	11
Die Klägerin hat bis zum Erlass dieses Urteils vorgetragen:	12
	13

Der Zeuge H habe vorhandene und für ihn einsehbare Kabelverlegungspläne (die die Klägerin in Ablichtung zur Akte gereicht hat, Bl. 82-89 d.A.) nicht eingesehen. Später hat die Klägerin dann behauptet, ihre eigenen Mitarbeiter hätten dem Zeugen H die Pläne am 06.07.1994 vor der Bohrung ausgehändigt. H habe auch die Lage der Start- und der Zielgrube bestimmt. In beiden Schächten seien zahlreiche Leitungen zu sehen gewesen. Außerdem seien im Fahrbahnbereich Kanaldeckel zu sehen, die auf das Vorhandensein von Kanalbauwerken hindeuteten. Im übrigen habe ihr Geschäftsführer, der vor Beginn der Bohrung an der Baustelle gewesen sei, H auf die auf der Baustelle vorhandenen Pläne, auf die im Fahrbahnbereich sichtbaren Kanaldeckel und auch darauf hingewiesen, dass sich unter dem Parkstreifen zwei Fernwärmeleitungen befänden. Er habe H erklärt, dass ihm die genaue Höhe der Fernwärmeleitungen nicht bekannt sei. Nach dem Eintritt des Schadens sei ihr Geschäftsführer zur Baustelle zurückgekehrt und habe erst dann das Formular Bl. 39-41 d.A. unterzeichnet.	
Der Schaden sei auch darauf zurückzuführen, dass H die Erdrakete nicht ordnungsgemäß ausgerichtet habe, so dass sie sich nicht waagerecht durch das Erdreich gearbeitet habe. Ohne diese fehlerhafte Ausrichtung habe die Rakete die Fernwärmeleitung nicht treffen können.	14
Die Klägerin hat beantragt,	15
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle Schäden zu ersetzen, die ihr durch die Inanspruchnahme der Stadtwerke E AG aufgrund des Urteils des Landgerichts Duisburg vom 07.01.1998 (AZ: 10 O 43/97) entstehen.	16
Die Beklagte hat beantragt,	17
die Klage abzuweisen.	18
Sie hat vorgetragen:	19
Die Feststellungsklage sei unzulässig, da die Klägerin in der Lage sei, den Schaden zu beziffern. Im übrigen sei der Anspruch der Klägerin in entsprechender Anwendung des § 606 BGB verjährt.	20
Bei der Vorführung hätten keine Pläne mit dem Verlauf der Fernwärmeleitungen vorgelegen. Auf solche Pläne habe die Klägerin nicht hingewiesen. Die Klägerin habe auch die Lage der Schächte und den Streckenlauf vorgegeben. Der Zeuge H habe nur die Größe der Start- und Zielgrube festgelegt. Er habe den Geschäftsführer der Klägerin nach Versorgungsleitungen gefragt, der geantwortet habe, dass keine Versorgungsleitungen vorhanden seien. Im Bereich der Straße sei auch nur ein Kanaldeckel zu sehen gewesen, der in keinen Zusammenhang mit den Fernwärmeleitungen gestanden habe. Ob in den ausgehobenen Gruben zahlreiche Leitungen zu sehen gewesen seien, sei unerheblich, da diese nicht getroffen worden seien.	21
Das Formular Bl. 39-41 d.A. sei vor der Vorführung ausgefüllt und unterzeichnet worden.	22
Der Zeuge H habe die Rakete richtig ausgerichtet. Sie sei nicht oder allenfalls wegen eines unbekannten Hindernisses von der Bahn abgekommen.	23
Mit Urteil vom 04.04.2001 (Bl. 163 - 171 d.A.) hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die Hälfte aller Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund der Inanspruchnahme der Stadtwerke E für den Schadensfall entstehen oder entstanden sind.	24

Zur Begründung hat es insbesondere ausgeführt, der Zeuge H habe die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt, da er den "Terra-Hammer" auf nicht hinreichend sicherer Basis eingesetzt habe, was das Vorhandensein der Fernwärmeleitungen angehe. Ob der Zeugen H die Pläne der Stadtwerke E eingesehen habe, könne dahin stehen. Das Vorhandensein von Fernwärmeleistungen habe er auch dann in Betracht ziehen müssen, wenn er die Pläne nicht eingesehen habe. Bei einer Einsichtnahme in die Pläne habe er es versäumt, weitere Erkundigungen einzuziehen, da die Leitungshöhe den Plänen nicht zu entnehmen sei. Die Behauptung der Beklagten, dass ihm der Geschäftsführer der Klägerin bestätigt habe, dass keine Fernwärmeleitungen vorhanden seien, habe der Zeuge nicht bestätigt.	25
Die Klägerin treffe ein Mitverschulden. Ihr Geschäftsführer habe von den Fernwärmeleitungen gewußt und auch davon, dass deren genaue Lage unbekannt sei. Vor diesem Hintergrund habe er sich nicht darauf verlassen dürfen, dass der Zeuge H den genauen Verlauf der Leitungen in eigener Verantwortung kläre.	26
Beide Parteien treffe ein hälftiges (Mit-)Verschulden an dem Schaden, da sie den Einsatz des Terra-Hammers quasi "blind" vorgenommen bzw. geduldet hätten.	27
Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung.	28
Sie ergänzt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen:	29
Der Klage fehle auch deswegen das Feststellungsinteresse, weil die Klägerin nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits zur bezifferten Leistungsklage habe übergehen können und müssen.	30
Der in dem Formular Bl. 39-41 d.A. vereinbarte Haftungsausschluss schließe ihre Inanspruchnahme aus. Nach der Vereinbarung müsse die Klägerin nachweisen, dass sie die Beklagte vor dem Einsatz des Terra-Hammers schriftlich über die Lage der Fernwärmeleitungen unterrichtet habe. Den Nachweis habe die Klägerin nicht erbracht. Die im Prozess vorgelegten Pläne habe sie dem Zeugen H am 06.07.1994 nicht ausgehändigt. Das habe sie auch in ihrer Klageschrift eingeräumt. Außerdem wiesen die Pläne Datumsangaben aus dem Jahre 2000 auf und könnten bereits deswegen 1994 noch nicht vorgelegen haben.	31
Es liege keine Pflichtverletzung der Beklagten vor. Der Zeuge H habe mit den Fernwärmeleitungen nicht rechnen müssen. Er habe von der Klägerin keine Hinweise oder Pläne erhalten. Bei den Stadtwerken habe sich der Zeuge nicht erkundigen müssen, das habe der Klägerin als dem Fachunternehmen oblegen. Bei einer kostenlosen Vorführung des Terra-Hammers könne sie (die Beklagte) auch keine umfangreichen Erkundigungen einholen.	32
Die Klägerin treffe ein überwiegendes Mitverschulden, das den Anspruch ebenfalls ausschließe. Dem Geschäftsführer der Klägerin sei die Fernwärmeleitung und ihre mögliche Lage im Einsatzbereich des Terra-Hammers bekannt gewesen. Er habe den Zeugen H über diese nicht unterrichtet.	33
Die Beklagte beantragt,	34
abändernd die Klage abzuweisen.	35
Die Klägerin beantragt,	36
	37

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochten Urteil und trägt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend vor: 38

Die Vereinbarung vom 06.07.1994 enthalte keinen Haftungsausschluss. Sie sei erst nach dem Schadensfall auf Bitten des Zeugen H unterzeichnet worden, weil der Zeuge um seinen Arbeitsplatz gefürchtet habe. Außerdem lägen die Voraussetzungen für den vereinbarten Haftungsausschluss nicht vor. Die Pläne Bl. 82 - 89 d.A. hätten dem Zeugen H vorgelegen. Er habe die Pläne benötigt, um die Bohrung vorzubereiten. Sie stammten auch aus der Zeit vor dem Schadensfall. 39

Ein Mitverschulden der Klägerin liege nicht vor. Der Geschäftsführer der Klägerin habe seinen Pflichten genügt. Er habe den Zeugen H auf die Fernwärmeleitungen und die auf der Baustelle verfügbaren Pläne hingewiesen. Den weitergehenden Einsatz des Terra-Hammers habe er dem Zeugen H überlassen dürfen, der sich im Gegensatz zu ihm und seinen Mitarbeitern mit dem Gerät ausgekannt habe. 40

Abgesehen davon beruhe der Schaden darauf, dass der Terra-Hammer nicht richtig eingesetzt bzw. nicht unter Kontrolle gehalten worden sei. Die Startgrube sei ca. 1,40 m tief gewesen, die Rakete habe in der Zielgrube in einer Tiefe von ca. 1,30 m ankommen sollen. Aufgrund eines Ausführungsfehlers habe sie dann die in einer Tiefe von 1,65 - 1,80 m verlegten Fernwärmeleitungen getroffen. 41

Der Senat hat die Akten der aus Anlass des Schadensfalles zwischen der Klägerin und den Stadtwerken E vor dem Landgericht Duisburg geführten Verfahren 10 OH 28/95, 10 O 43/97 und 1 O 116/01 beigezogen und durch die Vernehmung der Zeugen Uwe C, Detlef N und Frank H sowie durch ein mündliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. X Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Zeugenvernehmungen und des mündlichen Sachverständigengutachtens wird auf die Berichterstattevermerke zu den Senatsterminen vom 12.03.2002 und vom 25.06.2002 Bezug genommen. 42

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die bezeichneten Urkunden und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 43

Entscheidungsgründe 44

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. 45

Die Feststellungsklage ist zulässig (A.) und in dem vom Landgericht ausgeurteilten Umfang auch begründet (B.). 46

A. 47

Die Klage ist nach wie vor als Feststellungsklage zulässig. 48

Der Klägerin ist noch nicht in der Lage, gegen die Beklagte eine den gesamten Schaden umfassende, auf Zahlung gerichtete Leistungsklage zu erheben. Die Höhe des Schadens, den die Klägerin an die Stadtwerke E AG zu zahlen hat, steht noch nicht fest. Der zwischen der Klägerin und den Stadtwerken hierüber vor dem Landgericht Duisburg geführte Rechtsstreit (1 O 116/01) ist noch nicht entschieden. 49

Denkbar ist allenfalls eine Teilleistungsklage auf Zahlung der zwischen der Klägerin und den Stadtwerken unstreitigen Schadenspositionen. Bei dieser Situation muß ein Kläger seine Klage nicht in eine Leistungs- und Feststellungsklage spalten, er kann sich auch insgesamt für eine Feststellungsklage entscheiden, BGH VersR 1964, 1066 (1067).

Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO), da sie von den Stadtwerken E auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird und die Beklagte ihre Verpflichtung zum Schadensersatz in Abrede stellt. 51

B. 52

Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsschluss) die Hälfte des Schadens zu ersetzen, der der Klägerin aus der am 06.07.1994 erfolgten Beschädigung der Fernwärmeleitung auf der B-Straße in E entstanden ist und noch entsteht. 53

Der Schaden beruht auf einer Pflichtverletzung des Zeugen H, die sich die Klägerin gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss. Der Zeuge H hat sich vor dem Einsatz des "Terra-Hammers" nicht ausreichend darüber vergewissert, dass keine Versorgungsleitungen im Streckenverlauf der Erdrakete lagen (I.). Der vertragliche Haftungsausschluss auf Seite 3 der am 06.07.1994 abgeschlossenen Vereinbarung (Bl. 41 d.A.) steht dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen (II.). Ein überwiegendes Mitverschulden der Klägerin liegt nicht vor (III). Der Anspruch ist auch nicht verjährt (IV.). 54

I. 55

Der Schaden beruht auf einer der Klägerin gem. § 278 ZPO zurechenbaren Pflichtverletzung des Zeugen H. 56

1. 57

Zwischen der Parteien bestand ein sog. vorvertragliches Schuldverhältnis. Die Klägerin beabsichtigte, eine sog. Erdrakete zu erwerben und vereinbarte mit der Beklagten die Vorführung dieses Gerätes. Dass diese nicht auf einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis der Parteien beruhte, zeigt die eingehende schriftliche Vereinbarung Bl. 39-41 d.A., die die Parteien am 06.07.1994 geschlossen haben. 58

2. 59

Der Zeuge H hätte sich vor dem Einsatz des "Terra-Hammers" darüber vergewissern müssen, dass keine Versorgungsleitungen im Streckenverlauf der Erdrakete lagen. 60

Bei Tiefbauarbeiten im Bereich von Versorgungsleitungen sind wegen der nicht absehbaren Schadensfolgen zunächst hohe Anforderungen an die Erkundigungspflichten des Tiefbauunternehmers, also der Klägerin, zu stellen (vgl. BGH VersR 1971, 741f und BGH VersR 1985, 1147). Als Betreiberin der Baustelle hatte die Klägerin die Pflicht, sich über die im Baustellenbereich befindlichen Versorgungsleitungen bei den hierfür zuständigen Stellen zu erkundigen. Im Hinblick auf die geplante Vorführung des "Terra-Hammers" galt das insbesondere für die im Einsatzbereich der Erdrakete befindlichen Versorgungsleitungen. 61

Bei der Vorführung der Erdrakete mußte sich aber auch die Beklagte darüber vergewissern, dass von dem Gerät keine Gefahr für die Umgebung ausgeht. Sie mußte sich bei der Klägerin nach möglichen Versorgungsleitungen genau erkundigen und die ihr insoweit 62

erteilten Informationen auch überprüfen.

Dass die Parteien die vorstehend umschriebenen Pflichten hatten, bestätigt die von ihnen am 06.07.1994 abgeschlossene schriftliche Vereinbarung Bl. 39-41 d.A. 63

Der Vereinbarung ist zu entnehmen, dass die Beklagte von der Klägerin die Beschreibung der im Einsatzbereich des "Terra-Hammers" vorhandenen Versorgungsleitungen erwartete. Das zeigt die auf die Benennung der Versorgungsleitungen abzielende Spalte auf Bl. 39 d.A. in der Vereinbarung, die aufgrund der Angaben der Klägerin auszufüllen war. Aus der in dieser Spalte vorgesehenen "kurzen lagemäßigen Beschreibung" der vorhandenen Versorgungsleitungen folgt zugleich, dass die Beklagte die ihr erteilten Informationen eigenverantwortlich zu prüfen hatte. Anhand einer "kurzen lagemäßigen Beschreibung" läßt sich nicht abschließend beurteilen, ob die betreffende Versorgungsleitung im Einsatzbereich der Erdrakete liegt. Dass die Klägerin dies zuverlässig beurteilen konnte, konnte die Beklagte auch deswegen nicht erwarten, weil nur ihr und nicht auch der Klägerin die Arbeitsweise der eingesetzten Erdrakete im Einzelnen bekannt war. 64

An die Vereinbarung vom 06.07.1994 sind beide Parteien gebunden, und zwar unabhängig davon, ob die Vereinbarung vor (so die Beklagte) oder erst nach dem Schadensfall (so die Klägerin) unterzeichnet wurde. Unterstellt man die Darstellung der Klägerin, dass die Vereinbarung erst nach dem Schadensfall vom Zeugen H ausgefüllt und von ihrem Geschäftsführer nur deswegen unterzeichnet wurde, um dem Zeugen den Arbeitsplatz zu erhalten, ändert das nichts daran, dass der Geschäftsführer der Klägerin wußte, dass er eine rechtserhebliche und für die Klägerin verbindliche Vereinbarung unterzeichnete. Diese muss die Klägerin gegen sich gelten lassen, und zwar unabhängig davon, ob ihr Geschäftsführer diese zuvor im einzelnen gelesen hatte oder nicht. 65

3. 66

Der Zeuge H hat sich vor dem Einsatz der Erdrakete nicht ausreichend darüber vergewissert, dass im Einsatzbereich der Erdrakete keine Versorgungsleitungen lagen. Das hat die vor dem Senat durchgeführte Beweisaufnahme ergeben. 67

Der Zeuge H ist vor dem Einsatz des "Terra-Hammers" zumindest mündlich auf die unter dem Parkstreifen liegenden Fernwärmeleitungen hingewiesen worden. Aufgrund dieses Hinweises hätte der Zeuge die Lage der Fernwärmeleitung genau feststellen müssen, bevor er die Bohrung mit der Erdrakete begann. Das hat er versäumt, da er andernfalls erkannt hätte, dass die Erdrakete keinen ausreichenden Sicherheitsabstand zur der Fernwärmeleitung einhalten und diese daher treffen konnte. 68

a) 69

Es ist bewiesen, dass der Zeuge H vom Geschäftsführer der Klägerin zumindest mündlich auf die unter dem Parkstreifen liegenden Fernwärmeleitungen hingewiesen wurde, als er den Einsatz der Erdrakete vorbereitete. 70

Der vom Senat angehörte Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge C haben erklärt, dass sie bereits vor dem Schadensfall von der Fernwärmeleitung wußten und dass der Geschäftsführer der Klägerin den Zeugen H bei der Vorbereitung der der Bohrung auch auf die Fernwärmeleitung hingewiesen habe. 71

Der Senat folgt diesen übereinstimmenden Angaben des Zeugen C und des Geschäftsführers der Klägerin. Diese stehen zwar "im Lager" der Klägerin. Sie konnten dem Senat aber den diesbezüglichen Inhalt des Gespräches des Geschäftsführers der Klägerin mit dem Zeugen H, bei dem der Zeuge C zugegen war, überzeugend darstellen. So konnte der Geschäftsführer der Klägerin noch beschreiben, dass er dem Zeugen H einen nahegelegenen Revisionsschacht der Fernwärmeleitungen gezeigt hatte, was der Zeuge C ebenfalls bestätigt hat.

Ihren Aussagen stehen die Bekundungen der Zeugen N und H nicht entgegen. 73

Die Aussage des Zeugen N ist unergiebig. Der Zeuge konnte keine näheren Angaben zu den auf der Baustelle geführten Gesprächen machen. 74

Der Zeuge H hat zwar ausgesagt, dass er den Geschäftsführer der Klägerin vor dem Einsatz der Erdrakete nach Versorgungsleitungen befragt und keinen Hinweis auf die Fernwärmeleitungen erhalten habe. Die Aussage des Zeugen H ist aber nicht glaubhaft. Abgesehen von dem vorstehenden Detail konnte der Zeuge nicht angeben, was ihm von dem Geschäftsführer der Klägerin vor dem Einsatz des "Terra-Hammers" zu den Versorgungsleitungen mitgeteilt worden war, ob Pläne vorlagen, ob er diese eingesehen hatte und inwieweit er sich nach dem in der Nähe des Einsatzbereiches gut sichtbaren Kanaldeckel erkundigt hatte. Die Aussage des Zeugen H zeigte, dass sich der Zeuge an die hier maßgeblichen Einzelheiten vor dem Schadensfall praktisch nicht mehr erinnern konnte. Deswegen war auch seine Angabe, er sei vor dem Schadensfall nicht auf die Fernwärmeleitung hingewiesen worden, nicht glaubhaft. 75

Der Senat hat bei der Beweiswürdigung berücksichtigt, dass nicht sicher festzustellen war, ob die von der Klägerin vorgelegten Pläne auf der Baustelle vorlagen und ob sie dem Zeugen H vor dem Schadensfall zugänglich gemacht wurden. Einer dieser Pläne zeigt die vor dem Hausgrundstück A-Str. Nr. 32 verlegten Fernwärmeleitungen. 76

Dass Pläne vorlagen und diese dem Zeugen H auch mitgeteilt wurde, haben zwar der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge C bekundet. Auch der Zeuge N hat ausgesagt, dass es auf der Baustelle Pläne gab. Die Aussagen der Zeugen und auch des Geschäftsführers der Klägerin konnten dem Senat dennoch nicht davon überzeugen, dass die vorgelegten Pläne auf der Baustelle vorhanden waren. Weder die Zeugen noch der Geschäftsführer der Klägerin konnten die zu den Akten überreichten Pläne sicher als diejenigen identifizieren, die am Schadenstage auf der Baustelle vorgelegen haben sollen. Hinzu kommt, dass der Vortrag der Klägerin zu diesem Punkt nicht konstant ist. So hat die Klägerin zwischenzeitlich behauptet, der Zeuge H habe die auf der Baustelle vorhandenen Pläne vor der Bohrung erhalten und eingesehen, nachdem sie anfangs vorgetragen hatte, dass der Zeuge auf die vorhandenen Pläne vor der Bohrung hingewiesen worden sei, sie aber vor der Bohrung nicht eingesehen habe. 77

Aus der Beweiswürdigung zu diesem Punkt folgt aber nicht, dass der Senat den Angaben des Zeugen C und des Geschäftsführers der Klägerin im übrigen, insbesondere zu dem dem Zeugen H erteilten mündlichen Hinweis auf die Fernwärmeleitungen, nicht folgen kann. Diesen Hinweis haben die Zeugen, wie bereits ausgeführt, nachvollziehbar und auch glaubhaft bekundet. Sie sind auch nicht deswegen unglaubwürdig, weil der Senat ihren Angaben zu den Plänen letztendlich nicht folgt. Es steht nämlich auch nicht fest, dass die Zeugen insoweit falsch ausgesagt haben. Dass auf der Baustelle keine Pläne vorhanden waren oder der Zeuge H auf diese nicht hingewiesen wurde, konnte ebenfalls nicht festgestellt werden. Die diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten hat keiner der Zeugen, 78

nicht einmal der Zeuge H, bestätigen können.

b)	79
Die durchgeführte Beweisaufnahme hat weiter ergeben, dass die Fernwärmeleitung nicht deswegen beschädigt wurde, weil die Erdrakete in unvorhersehbarer Weise von ihrer Bahn abgelenkt worden ist. Anhaltspunkte für ein derartiges Geschehen hat der Sachverständige X nicht ermitteln können. Die Fernwärmeleitung befand sich vielmehr in dem Bereich, in dem sie bei einer normal laufenden Erdrakete getroffen werden konnte. Der Sachverständige hat ermittelt, dass die Oberkante der 70 cm starken, aus einem Rohr und einem Schaummantel bestehenden Fernwärmeleitung 159 cm unter der Geländeoberkante lag. Wenn die Startgrube dann ca. 130 bis 140 cm tief war, hatte die Erdrakete keinen ausreichenden Sicherheitsabstand zu der Fernwärmeleitung mehr. Die eingesetzte Erdrakete mit einem Bohrdurchmesser von 135 mm hätte nur mit einem Sicherheitsabstand von 65 cm zu im Erdreich liegenden Versorgungsleitungen eingesetzt werden dürfen, wie der Geschäftsführer der Beklagten im Senatstermin selbst dargelegt hat. Der Senat hat zwar die genaue Tiefe der Startgrube, die diese bei der Bohrung hatte, nicht aufklären können. Davon, dass die Startgrube aber mindestens 130 cm tief war, gehen beide Parteien aus. Das haben auch die Zeugen C und H bekundet, wobei der Zeuge H zudem darauf hingewiesen hat, dass die Erdrakete in einer Startgrube mit einer geringeren Tiefe nicht habe eingesetzt werden können. Hierzu passen die Feststellungen des Sachverständigen X, der die Tiefe der Startgrube zwar nicht genau bestimmen konnte, aber einen Wert von 150 cm für plausibel gehalten hat. Bei einer (mindestens) 130 cm bis ca. 150 cm tiefen Startgrube hatte die Erdrakete keinen ausreichenden Sicherheitsabstand zu der 159 cm tief liegenden Fernwärmeleitung mehr.	80
c)	81
Aus dem zuletzt dargestellten Beweisergebnis ist zu schließen, dass es der Zeuge H versäumte, die genaue Lage der Fernwärmeleitung festzustellen, bevor er die Erdrakete vorführte. Andernfalls hätte er bereits vor dem Schadensfall erkannt, dass die Erdrakete auf die Fernwärmeleitung treffen konnte, weil der für den Arbeitsbereich des Gerätes erforderliche Sicherheitsabstand zur Fernwärmeleitung nicht gewahrt war. Hierfür spricht auch die Aussage des Zeugen C, der bekundet hat, dass er vor der Bohrung mit dem Zeugen H den naheliegenden Kanalschacht überprüft habe und dass man anschließend vergessen habe, auch die Schächte der Fernwärmeleitung zu überprüfen.	82
4.	83
Das dargestellte Versäumnis des Zeugen H war schadensursächlich. Bei einer ausreichenden Überprüfung der Lage der Fernwärmeleitung hatte der Zeuge den Einsatz der Erdrakete an der vorgesehenen Stelle ablehnen müssen, so dass diese den Schaden nicht hätte herbeiführen können.	84
5.	85 86
Der Zeuge H hat schuldhaft gehandelt. Ihm ist ein zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Er hat die im Umgang mit dem "Terra-Hammer" erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, als er es unterließ, sich vor der Bohrung über die genaue Lage Fernwärmeleitung zu vergewissern.	87
	88

Die Beklagte hat gem. § 278 BGB für das Verhalten des Zeugen H einzustehen, da sie den Zeugen bei der Vorführung der Erdrakete als ihren Erfüllungsgehilfen eingesetzt hat. 89

II. 90

Der vertragliche Haftungsausschluss auf Seite 3 der am 06.07.1994 abgeschlossenen Vereinbarung (Bl. 41 d.A.) steht dem Anspruch nicht entgegen. 91

Die in der Vertragsklausel verlangte schriftliche Angabe bzw. lagemäßige Festlegung der Versorgungsleitungen konnte die Klägerin dadurch erfüllen, dass sie dem Mitarbeiter der Beklagten Rohrleitungspläne über die Fernwärmeleitungen zugänglich machte. Die Darstellung der Lage einer Rohrleitung in einem Verlegungsplan ist eine ausreichende Form der Beschreibung, sie ist einer rein schriftlichen Darstellung überlegen. Die Klägerin genügt mithin ihrer Informationspflicht hinsichtlich der Versorgungsleitungen, wenn sie dem Zeugen H - wie sie vorträgt - die im Prozess vorgelegten Rohrleitungspläne zugänglich machte. 92

Der Senat konnte zwar, wie bereits ausgeführt, nicht feststellen, dass die Rohrleitungspläne der Klägerin am 06.07.1994 vorlagen. Es steht aber auch nicht fest, dass die Rohrleitungspläne nicht vorlagen. Diese Beweislücke geht zu Lasten der Beklagten, da sie die Voraussetzungen für den für sie günstigen Haftungsausschluss nachzuweisen hat. 93

Dass die schriftlichen Vereinbarung der Parteien vom 06.07.1994 (Bl. 39-41 d.A.) die Fernwärmeleitung nicht aufgeführt ist, führt nicht zu einer Beweiserleichterung zugunsten der Beklagten. Die Vereinbarung vom 06.07.1994 hat nicht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Sie ist erkennbar unvollständig. Das ergibt sich schon daraus, dass die Spalte, in der nach Versorgungsleitungen gefragt wird, überhaupt nicht ausgefüllt ist. Das ist auch deswegen inhaltlich unrichtig, weil jedenfalls in der Zielgrube von Anfang an Versorgungsleitungen zu sehen waren. Dem diesbezüglichen Vortrag der Klägerin ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Darüber hinaus hat selbst der Zeuge H bestätigt, dass in der Zielgrube Kabel zu sehen waren. 94

III. 95

Ein überwiegendes Mitverschulden der Klägerin liegt nicht vor. 96

Die Klägerin muss sich vorwerfen lassen, dass es ihr Geschäftsführer und ihre Mitarbeiter unterließen, die exakte Lage, insbesondere die Höhe der Fernwärmeleitung vor Beginn der Bohrung näher aufzuklären. Hierzu war die Klägerin als die Baustelle betreibende Unternehmerin ebenso verpflichtet wie die Beklagte. Dass die Klägerin die genaue Lage der Fernwärmeleitung nicht kannte, hat ihr Geschäftsführer bei seinen Anhörungen vor dem Landgericht und dem Senat eingeräumt. Auch von den weiteren an der Baustelle anwesenden Mitarbeitern der Klägerin ist die Lage der Fernwärmeleitung vor der Bohrung nicht näher aufgeklärt worden. Das wurde, wie der Zeuge C bekundet hat, vergessen. 97

Bei der Abwägung der beiderseitigen Verschuldensbeiträge ist der Senat mit dem Landgericht der Auffassung, dass jede Partei zur Hälfte für den entstandenen Schaden verantwortlich ist. Während der Beklagten vorzuhalten ist, dass ihr Mitarbeiter den Einsatz der Erdrakete ohne jede Überprüfung der Fernwärmeleitung vorgenommen hat, muss sich die Klägerin vorhalten lassen, dass auch ihre Mitarbeiter diese für alle Beteiligten naheliegende Prüfung unterlassen haben. Das sind in etwa gleich schwer wiegende 98

Versäumnisse.

IV.	99
Die Schadensersatzforderung der Klägerin ist nicht verjährt.	100
Der Senat schließt sich insoweit den zutreffenden Ausführungen des 5. Zivilsenats auf den Seiten 11 bis 13 des Senatsurteils vom 11. April 2001 an (Bl. 113, 114 d.A) und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Darstellung Bezug.	101
C.	102
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 11 ZPO.	103
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO n.F. nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Bundesgerichtshofes.	104
Der Senat hat den Streitwert für das Berufungsverfahren endgültig auf 120.000,00 DM = 61.355,03 Euro festgesetzt (§ 3 ZPO). Die Stadtwerke E verlangen von der Klägerin über 300.000,00 DM Schadensersatz, wobei die Parteien im Berufungsverfahren noch darüber streiten, ob die Beklagte die Hälfte des Schadens zu übernehmen hat. Unter Berücksichtigung des für den Feststellungsantrag gebotenen Abschlages erscheint der vorgenannte Wert angemessen.	105