

Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 3. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	03.02.2026
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	3 U 12/25
ECLI:	ECLI:DE:OLGSH:2026:0203.3U12.25.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 278 BGB, § 280 BGB, § 535 BGB, § 611 BGB, § 631 BGB ... mehr

Leitsatz

Ein Vertrag über die Gestellung eines Baggers nebst Baggerführer, bei dem der Unternehmer nicht auch einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, stellt einen aus Miete und Dienstverschaffung zusammengesetzten Vertrag dar.

Verfahrensgang

vorgehend LG Flensburg, kein Datum verfügbar, 12 O 65/24

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin betreibt ein Unternehmen zur Durchführung von Erd- und Pflasterarbeiten. Die Beklagte betreibt ein Bauunternehmen. Im Jahr 2021 führte die Beklagte im Auftrag des Landesbetriebs für Küstenschutz, Nationalpark und Meeresschutz Schleswig-Holstein (LKN-SH) Instandsetzungs- und Umbauarbeiten zur Verstärkung eines Außentiefs aus. Sie ließ sich hierfür von der Klägerin einen Kettenbagger Volvo EC300E mit einer Trimble GPS 3D-Steuerung und deren Mitarbeiter als Baggerführer zur Verfügung stellen. Der Bagger rutschte während der Arbeiten am 09.06.2021 in eine Tiefe. Bagger und Steuerung erlitten einen Totalschaden. Die Parteien streiten, wen die Verantwortung für den Unfall trifft. Die Klägerin hat die Beklagte klageweise auf Schadenersatz in Höhe von 177.999,-- € in Anspruch genommen. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Wegen des näheren Parteivortrags und der im ersten Rechtszug zuletzt gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO).
- 2 Das Landgericht hat Gutachten zur Höhe des Schadens und zu der Art und Weise, in der die Gerätesteuerung die Geländeoberfläche in der Ostsee für den Baggerführer sichtbar

machte, eingeholt. Es hat der Klage sodann in Höhe von 150.700,-- € stattgegeben und zur Begründung ausgeführt:

- 3 Der Vertrag zwischen den Parteien sei als "Miet- und Dienstverschaffungsvertrag" einzuordnen. Die Vertragspflicht habe weder die Herbeiführung eines Erfolgs noch eine von der Klägerin organisierte Tätigkeit umfasst. Die Leistungspflicht habe in der Überlassung des Kettenbaggers mit Bedienung und 3D Steuerung zu einem Arbeitspreis von 115,-- € netto die Stunde bestanden. Es sei kein Werkvertrag geschlossen worden. Weder habe sich die Klägerin zu einem bestimmten Arbeitserfolg verpflichtet noch habe zwischen den Parteien eine gängige Vertragspraxis bestanden, wonach immer Werkverträge geschlossen worden seien.
- 4 Die Beklagte habe ihre Rückgabepflicht aus dem Miet- und Dienstverschaffungsvertrag verletzt, indem sie den Bagger mit einem Totalschaden zurückgegeben habe. Dies habe sie nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten.
- 5 Die Beklagte könne nicht damit gehört werden, dass sie aufgrund der Ausstattung des Baggers mit einer 3D-Steuerung mit GPS nicht zur Vorrichtung von Unfallverhütungsmaßnahmen verpflichtet gewesen sei. Die Beklagte habe ihre Nebenpflicht zur Absicherung der Baustelle verletzt, indem sie keine sichtbaren Markierungen an den Grenzen des Arbeitsbereichs errichtet habe. Die 3D-Steuerung habe die Beklagte nicht von dieser Pflicht befreit, da nach den Feststellungen des Sachverständigen Dückert feststehe, dass der Baggerfahrer auf dem Bildschirm der 3D-Steuerung nicht die Beschaffenheit des Meeresbodens erkennen konnte.
- 6 Die Beklagte könne sich zur Exculpation nicht auf die pauschale Behauptung eines Bedienfehlers des Baggerführers berufen. Ihre Annahme, dass der Baggerführer den Boden habe sehen können, habe sich in der Beweisaufnahme als falsch erwiesen.
- 7 Die Klägerin treffe auch kein Mitverschulden. Der Baggerführer habe den Übergang zum tiefen Graben wegen fehlender Markierungen nicht erkennen können, wofür die Beklagte verantwortlich sei. Er sei nicht verpflichtet gewesen, sich im Arbeitsbereich langsam durch Vortasten mit der Schaufel fortzubewegen.
- 8 Der Höhe nach betrage der Schaden 115.000,-- € für den Bagger und 35.700,-- € für die GPS 3-D-Steuerung.
- 9 Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Sie hält daran fest, dass der Vertrag zwischen den Parteien als Werkvertrag eingeordnet werden könne. Im Vorauftrag sei die Geltung der VOB/B und VOB/C vereinbart worden, was auf zu erbringende Bauleistungen hindeute. Der Nachfolgauftrag habe das gleiche Bauvorhaben und die gleiche Art von Arbeiten betroffen.
- 10 Die Beklagte meint, dass ihr keine Nebenpflichtverletzung vorzuwerfen sei. Sie habe extra einen Spezialbagger mit speziell für diese Aufgabe ausgebildetem Bedienpersonal angefordert. Einfache Baggerarbeiten hätte sie selbst ausführen können. Der Baggerführer habe, der Klägerin zufolge, über die entsprechenden Erfahrungen und Kenntnisse verfügt. Aufgrund dessen habe er gewusst, wie er auf der Baustelle tätig werden müsse, und selbständige Entscheidungen getroffen. Außerdem sei der Unfall nicht während der eigentlichen Baggerarbeiten geschehen, sondern als der Baggerfahrer willentlich in einen Bereich gefahren sei, in dem er dann mit dem Bagger versunken sei. Für den Wechsel auf die andere Seite hätte es einen sicheren Fahrweg gegeben. Eine Verpflichtung

zum Anbringen von Markierungen im Wasser werde nicht gesehen; solches dürfte auch schwierig sein, wenn der Bagger in diesem Bereich zuvor den Meeresboden ausgekoffert habe.

- 11 Die Beklagte führt weiter aus, dass der Baggerführer zwar möglicherweise über keine echte 3D Simulation verfügt habe. Allerdings hätte er aufgrund der vorhandenen Daten und Darstellungen auf dem Bildschirm auf die Geländebeschaffenheit schließen können. Wenn er "sehenden Auges" mit dem Bagger ins tiefe Wasser vordringe, statt den sicheren Weg über die Landseite zu nutzen, und er sich mit der Schaufel hätte vortasten können, sei ihm ein Fahrfehler unterlaufen, der nicht ihr zugerechnet werden. Es sei für ihn offenkundig gewesen, dass er sich in einem besonderen Umfeld bewegt habe. Hätte er Zweifel an der Durchführung des Auftrages gehabt, hätte er die Arbeiten abbrechen müssen.
- 12 Die Beklagte beruft sich schließlich auf die "Dolo-agit"-Einrede. Da der Baggerfahrer für den Unfall hafte, habe er einen Freistellungsanspruch gegenüber der Klägerin als seine Arbeitgeberin. Insofern würde die Klägerin am Ende für das Verhalten ihres Mitarbeiters einzustehen haben.
- 13 Die Beklagte beantragt,
- 14 unter Aufhebung des Urteils die Klage abzuweisen.
- 15 Die Klägerin beantragt,
- 16 die Berufung zurückzuweisen.
- 17 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

- 18 Die zulässige Berufung ist unbegründet.
- 19 Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Schuldverhältnis zur Schadensersatzleistung in zuerkannter Höhe verurteilt. Die Beklagte hat ihre vertragliche Pflicht zur unbeschädigten Rückgabe des Baggers verletzt; die Pflichtverletzung ist von ihr zu vertreten. Die Höhe des Schadens ist in der Berufung unstreitig.
- 20 1. Zwischen den Parteien ist ein Vertrag über die Gestellung eines Baggers nebst Baggerführer zustande gekommen. Welche Pflichten sich daraus ergeben und wer für welche Pflichtverletzungen haftet, hängt entscheidend von der Rechtsnatur des Vertrages ab.
- 21 a) Die in der Bauwirtschaft übliche Überlassung von Maschinen mit Bedienpersonal kann verschiedenen Vertragstypen zugeordnet werden. Es kann ein aus Miet- und Dienst- oder Dienstverschaffungsvertrag zusammengesetzter Vertrag sui generis oder ein Werkvertrag vorliegen. Für die Einordnung des Vertrages kommt es entscheidend darauf an, welche Leistungen ihm das Gepräge geben. Wird neben der Überlassung des Geräts Bedienpersonal zur Verfügung gestellt, und ist der Besteller für den Erfolg des Geräteeinsatzes selbst verantwortlich und gegenüber dem Bedienpersonal weisungsbefugt, handelt es sich um einen aus Miet- und Dienstverschaffungsvertrag zusammengesetzten Vertrag. Schuldet der Unternehmer auch einen bestimmten Arbeitserfolg, so liegt ein

Werkvertrag vor (Messerschmidt/Voit/Cramer, Privates Baurecht, 5. Aufl. 2026, I. Teil C Rn. 35),

- 22 Letztlich entscheidend ist, wer das Weisungsrecht hat. Wird die geschuldete Arbeit nach Weisung des Auftraggebers - also desjenigen, dem Gerät und Personal überlassen werden - erbracht, liegt ein Dienstverschaffungsvertrag vor. Verbleibt das Weisungsrecht bei dem gestellenden Unternehmer, sind ein Dienst- oder Werkvertrag anzunehmen (Saller BauR 1995, 50, 51). Regelmäßig wird ein Dienstverschaffungsvertrag vorliegen, sofern nicht ausdrücklich ein bestimmter Werkerfolg oder bestimmte Dienste übernommen werden (Messerschmidt/Voit/ Messerschmidt, I. Teil B Rn. 17; Engbers NZBau 2011, 199 Ziff. I).
- 23 b) Das gilt auch hier. Den Vertragsunterlagen zufolge, die nur aus dem Angebot mit der handschriftlichen Annahmeerklärung bestehen, war die Gestellung eines 30t Kettenbaggers mit Bedienung zum Stundenpreis von 115.-- € netto und zusätzlich berechneter Anlieferung vereinbart (Anl. K 3). Mit diesem Inhalt kann der Vertrag nur einen aus Miete und Dienstverschaffung zusammengesetzten Vertrag darstellen. Ein Erfolg war nicht vereinbart. Es wird darüber gesprochen worden sein, wozu der Bagger benötigt wird. Dies hat aber nicht dazu geführt, dass sodann eine erfolgsabhängige Leistungsbeschreibung und Vergütungsregelung getroffen wurde, etwa, indem die Leistung mit der Menge des Erdaushubs bezeichnet und eine Vergütung nach mengenabhängigen Einheitspreisen festgelegt wurde. In einem solchen Fall läge ein Werkvertrag vor (so im Fall OLG Nürnberg NJW-RR 1997, 19, 19 f Ziff. 2 b). Stattdessen wurden weder Art noch Umfang der Arbeit, für die der Bagger eingesetzt werden sollte, vertraglich nicht näher bestimmt. Auch wurde keine erfolgsabhängige Vergütung vereinbart. Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass die Beklagte naheliegenderweise den Teil des Leistungsverzeichnisses aus ihrem Bauvertrag mit dem LKN-SH zum Gegenstand der Vereinbarung mit der Klägerin gemacht hätte, wenn sie dieser als Nachunternehmerin einen bestimmten Teil der Leistung hätte übertragen wollen.
- 24 Eine Auslegung der Vereinbarung als Werkvertrag lässt sich nicht damit begründen, dass die Parteien für das gleiche Bauvorhaben knapp zwei Monate zuvor schon einmal eine inhaltlich gleiche Vereinbarung getroffen hatten, über die durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben die VOB/B und VOB/C einbezogen worden sein könnte (Angebot vom 08.04.2021 mit "Auftragsbestätigung" vom 12.04.2021; Bl. 54, 56 d. A. LG). Da die VOB/B grundsätzlich, wenn auch nicht zwingend, für Bauleistungen gilt (Messerschmidt/Voit/Voit, VOB/B Vor § 1 Rn. 3), und die VOB/C Regeln zu Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) für Bauleistungen jeder Art enthält, schließt die Beklagte daraus, dass seinerzeit ein Werkvertrag geschlossen worden sei. Sie meint, dass der streitgegenständliche Vertrag vor dem Hintergrund des früheren Vertrages ebenfalls als Werkvertrag verstanden werden müsse.
- 25 Der Senat hat indes schon Zweifel, dass der damalige Vertrag ein Werkvertrag war. Die auszuführenden Arbeiten werden in einem von der Beklagten zur Akte gereichten Auszug aus dem ihr von ihrer Auftraggeberin LKN-SH überlassenen Leistungsverzeichnis zwar näher beschrieben (s. insb. Ziff. 6.7.7, Bl. 56 d. A. LG). Aus dem Vortrag der Beklagten dazu (Klagerwiderung S. 2 f; Bl. 45 f d. A. LG) ist aber schon nicht zu entnehmen, ob sie diesen Auszug an die Klägerin weitergereicht hatte. Jedenfalls ergibt sich weder daraus noch aus sonstigen Unterlagen, in welchem Umfang sie der Klägerin übertragen werden sollten. Soweit von dem Auftragnehmer dort Sicherungsmaßnahmen erwartet wurden (Ziff. 6.7.10 und 11), richtete sich dies nicht an die Klägerin. Nach den Vorgaben der

DIN 18300 in der VOB/C für Erdarbeiten hat der Auftraggeber zudem zahlreiche Angaben zu machen, die in dieser Leistungsbeschreibung zwar wohl enthalten waren (s. dort S. 24; Bl. 55 d. A. LG Ziff. 6.7.1), aber der Klägerin selbst dann, wenn die Beklagte ihr diesen Auszug weitergegeben hätte, nur teilweise bekannt gemacht wurden (s. Verweise in Ziff. 6.7.3, 6.7.4. 6.7.12).

- 26 Jedenfalls rechtfertigt die einmalige etwaige Einbeziehung der VOB/B und VOB/C in den früheren Vertrag es nicht, die den streitgegenständlichen Vertrag betreffenden Erklärungen der Parteien so auszulegen, dass dies erneut gelten solle. Schon damals beruhte die Einbeziehung nach Aktenlage nur auf der Übersendung eines Bestätigungsschreibens, nicht etwa darauf, dass die Parteien darüber gesprochen hätten. Erst recht behauptet die Beklagte nicht, dass dies bei dem neuerlichen Vertragsschluss erwähnt worden wäre. Unbestritten hat stattdessen die Klägerin vorgetragen, dass die Parteien in der Vergangenheit mehrfach Verträge über Gebrauchsüberlassungen zum Stunden- oder Tagespreis abgeschlossen hätten und dass die Beklagte zudem für das fragliche Bauvorhaben noch zwei weitere Bagger angemietet habe, wobei der Senat ihren Vortrag so versteht, dass dies jeweils ohne Einbeziehung der VOB/B und VOB/C geschah.
- 27 Die Beklagte kann der Einordnung des Vertrages als Miet- und Dienstverschaffungsvertrag nicht entgegenhalten, dass es der Klägerin an der behördlichen Erlaubnis zur Arbeitsvermittlung fehle. Aus arbeitsrechtlicher Sicht liegt hinsichtlich des nur vorübergehend überlassenen Arbeitnehmers keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 AÜG, sondern ein sog. echtes Leiharbeitsverhältnis vor, bei dem kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet wird (Engbers NZBau 2011, 199).
- 28 2. Bei einem aus Miete und Dienstverschaffung zusammengesetzten Vertrag wird das zur Dienstleistung abgestellte Personal als Verrichtungsgehilfe des Überlassers i. S. d. § 831 BGB, jedoch als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers i. S. d. § 278 BGB tätig. Der dienstverschaffende Unternehmer haftet deshalb grundsätzlich nur für Verschulden bei der Auswahl des dienstpflichtigen Personals, nicht aber für dessen Verschulden bei der Ausführung der Arbeit, die ihm von dem dienstberechtigten Auftraggeber aufgetragen wird (BGH, U. v. 22.05.1968 - VIII ZR 21/66 -, Rnrrn. 10, 14 f bei juris; Engbers NZBau 2011, 199, 200; Schaller BauR 1995, 50, 52).
- 29 a) Für ein Auswahlverschulden der Klägerin bzgl. des Baggerführers ist nichts ersichtlich. Die Beklagte kann seine hinreichende Qualifikation nicht mit Nichtwissen bestreiten. Die Darlegungslast für die Auswahl ungeeigneten Personals liegt bei ihr. Gegen ein Auswahlverschulden spricht stattdessen der unbestrittene Vortrag der Klägerin, dass die Beklagte bei der Vereinbarung eines neuen Auftrags ausdrücklich wieder den betreffenden Baggerführer angefordert habe und es nur deshalb nicht zum Vertragsschluss gekommen sei, weil sie - die Klägerin - zuvor von der Beklagten eine Haftungsfreistellung wegen des Vorfalls verlangt habe.
- 30 b) Die Beklagte ist von der Haftung auch nicht deswegen freigestellt, weil die Klägerin sich das Fehlverhalten des Baggerführers nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse.
- 31 aa) Die Klägerin behauptet, dass der Baggerfahrer nur eine 2D-Ansicht der Umgebung gehabt habe, bei der er den Meeresboden nicht habe erkennen können (Bl. 269 - 271 d. A. LG). Die Beklagte behauptet hingegen, dass der Baggerführer selbst dann, wenn

- er "über keine echte 3D-Simulation verfügt" habe, anhand der vorhandenen Daten und Darstellungen auf dem Display die Geländebeschaffenheit hätte erschließen können.
- 32 Ein Fahrfehler des Baggerführers liegt nach dem Vortrag beider Parteien vor. Wenn er nicht genau erkennen konnte, wo die Abbruchkante war, weil sein Steuergerät ihm dies nicht anzeigte und sie - unstreitig - auch nicht sichtbar markiert war, hätte er nicht einfach fahren dürfen. Er hätte den sicheren Weg wählen müssen, den die Beklagte in der zur Akte gereichten Skizze (BLD 4) aufgezeichnet hat.
- 33 bb) Es kommt aber nicht darauf an, denn die entscheidende Frage ist, wer für den Fehler haftet. Dies ist die Beklagte. Sie hat dem Baggerführer die vorzunehmende Arbeit zugewiesen und hat sich damit der ihr überlassenen Dienstleistung bedient. Insoweit war er vorübergehend in den Betrieb der Beklagten eingegliedert und hatte nach ihren Weisungen zu arbeiten. Das hat zur Folge, dass er in diesem Rahmen ihr Erfüllungsgehilfe ist und sie für dabei verursachte Schäden einzustehen hat (Engbers NZBau 2011, 199, 200).
- 34 Diese Haftungsverteilung wird als unbillig kritisiert. Dem Auftraggeber komme es bei der Anmietung des Baugeräts gerade darauf an, sich geeignetes Gerät und Personal, das in der Bedienung geschult ist, zu verschaffen (Engbers NZBau 2011, 199, 201). Die regelmäßig angenommene Haftungsverteilung sei in den Fällen nicht angemessen, in denen der Schaden auf einem Verstoß des überlassenen Bedienpersonals gegen die für das Baugerät bestehenden Bedien- und Sicherheitsbestimmungen beruhe. Der "Entleiher" verfüge anders als der "Verleiher" regelmäßig nicht über die fachlichen Kenntnisse, um das Bedienpersonal hinsichtlich der Einhaltung der Bedien- und Sicherheitsvorschriften zu überwachen (ebd. S. 202).
- 35 Die Überlegung mag nachvollziehbar sein. Sie rechtfertigt im vorliegenden Fall aber keine andere Haftungsverteilung. Der Schaden ist nicht entstanden, weil der Bagger und seine Ausstattung für die vorgesehenen Arbeiten ungeeignet gewesen wären. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Senat allerdings nach § 529 Abs. 1 ZPO davon auszugehen, dass sie dem Baggerführer auf dem Bildschirm nicht die Beschaffenheit des Meeresbodens zeigte (UA S. 8). Das heißt aber nicht, dass der Bagger nicht im Flachwasser einsetzbar war. Der Baggerführer konnte der Ungewissheit zumindest dadurch Rechnung tragen, dass er für den Standortwechsel den sicheren Fahrweg wählte. Dies ist der eigene Vortrag der Beklagten, die diesen Weg auf der erwähnten Skizze aufgezeichnet hat. Dass der Baggerführer sich anders entschieden hat, war kein eigentlicher Fehler bei der Bedienung des Baggers, sondern ein Fahrfehler.
- 36 Überdies hat die Beklagte selbst zu dem Unfall mit beigetragen. Unstreitig hat sie die Abbruchkante nicht gekennzeichnet und nicht gesichert. Die Klägerin weist unbestritten darauf hin, dass die Beklagte die Arbeiten erst wieder hat fortsetzen dürfen, nachdem sie einen Damm hat aufschütten lassen, von dem aus die Baggerarbeiten vorgenommen werden können.
- 37 3. Mit dem "Dolo-agit"-Einwand kann die Beklagte nicht gehört werden. Sie leitet ihn daraus ab, dass der Baggerführer den Unfall schuldhaft verursacht habe und dafür hafte. Gegenüber der Klägerin als seiner Arbeitgeberin habe er einen Freistellungsanspruch. Diese hätte somit am Ende doch für ein Fehlverhalten ihres Mitarbeiters einzustehen, was die Einrede rechtfertige.

38 Diese Begründung ist schon im Ausgangspunkt nur dann nachvollziehbar, wenn ergänzt wird, dass die Beklagte den Baggerführer in Regress nehmen und dieser sich dann seinerseits bei der Klägerin schadlos halten wird. Es mag dahinstehen, ob der angebliche Regresskreisel tatsächlich bestünde. Jedenfalls bestünde der Freistellungsanspruch gegenüber der Klägerin nur in der Höhe, in der er der Beklagten haftete. Es ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen, dass diese sich ein Mitverschulden anrechnen lassen muss, denn es steht in Rede, dass sie Unfallverhütungsvorschriften verletzt hat. Wenn ungewiss ist, in welcher Höhe die Klägerin ihren Schaden von dem Baggerführer ersetzt erhielt, und der Senat dies auch nicht verbindlich klären kann, bleibt auch ungewiss, in welcher Höhe der angebliche Regressanspruch die "Dolo-agit"-Einrede begründen könnte.

39 4. Die Höhe des Schadens greift die Berufung nicht an.

III.

40 Die Berufung ist nach Allem mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.