

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 167/65

URTEIL

Verkündet am
8. Januar 1968
Schorm, Justiz-
angestellter

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Arno R [REDACTED], H [REDACTED],
Ha [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadtgemeinde H [REDACTED], vertreten durch
den Rat der Stadt,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Gähdtgens

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Juli 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt Ersatz für Schäden, die ihm aus Anlaß eines Straßenausbaus entstanden sind.

Der Kläger errichtete 1957/58 in der beklagten Gemeinde ein Einfamilienhaus in der Ha[REDACTED]straße Nr. [REDACTED], in dem er zugleich eine Textilhandlung betreibt. Die Straße war damals noch nicht ausgebaut, so daß nach § 1 des Ortsstatutes vom 24. Juli 1930 ein Bauverbot bestand, von dem Ausnahmen gestattet werden durften. Die Beklagte erteilte dem Kläger auf seine Bitte unter Befreiung von diesem Bauverbot die beantragte Bauerlaubnis, nachdem er unter dem 12. Mai 1957 eine Verpflichtungserklärung abgegeben hatte, in der er u.a. sich verpflichtet hatte,

- 3 -

"... 3. Ansprüche auf Besserung des Zustandes der genannten Straße, solange diese nicht fertiggestellt und in die Unterhaltung durch das Tiefbauamt der Stadt H[REDACTED] übernommen worden ist, an die Stadt Hagen nicht zu stellen;

4. im Falle einer etwaigen späteren Veränderung der genannten Straße und deren Höhenlage keine Schadensersatzansprüche an die Stadt H[REDACTED] zu stellen ..."

Im Bauschein wurde der Kläger darauf hingewiesen, die Angabe der Höhenlage der Straße beim städtischen Vermessungsamt zu beantragen.

Am 28. März 1961 begann die von der Beklagten beauftragte Baufirma mit dem Ausbau des etwa 280 m langen Teiles der Hardenbergstraße zwischen Franziskanerstraße und Mozartstraße. Dabei wurde die Straßenoberfläche vor dem Hause des Klägers um etwa 2 m gesenkt, so daß die frühere Kellergarage des Klägers etwa die Höhe wie die Straße erhielt und eine früher ebenerdige Garage zwei Meter über dem Straßenkörper lag.

Der Kläger hat vorgetragen: Der Ausbau der Straße habe sieben Monate bis Ende Oktober 1961 gedauert, obwohl er in zwei Monaten bei sachgemäßer Durchführung hätte beendet sein können. Die Beklagte habe den Ausbau fehlerhaft geplant und pflichtwidrig säumig durchgeführt. Ein verbindlicher Höhenplan habe 1957 noch nicht bestanden; die Beklagte habe noch nach Beginn der Arbeiten ihre Planungen geändert und dabei erst die Tieferlegung um 2 Meter beschlossen. Monatelang sei kein ordnungsmäßiger Zugang, längere Zeit keine Zufahrtsmöglichkeit zu seinem Grundstück vorhanden gewesen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dadurch sei ihm ein gewerblicher Schaden von rund 36 000 DM entstanden, von dem er einen Teilbetrag von 24 000 DM aus dem Gesichtspunkt der Enteignung, wegen unerlaubter Handlung und aus Vertragsverletzung geltend macht. Die Beklagte hätte ihn auf die bevorstehenden Änderungen der Höhenlage deutlicher hinweisen müssen, dann hätte er die Garage damals nicht so gebaut; die Beklagte hätte den Bau einer so nutzlosen Garage gar nicht genehmigen dürfen. Hilfsweise müsse ihm die Beklagte bestimmte Einzelschäden erstatten, die ihm durch den fehlerhaften Straßenausbau entstanden seien.

Der Verzicht umfasse nicht Ansprüche wegen fehlerhafter oder verzögerlicher Durchführung der Bauarbeiten; er habe keinesfalls auf "Entschädigungsansprüche" verzichtet.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 24 000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und insbesondere ausgeführt: Der gesamte Ausbau der Straße habe nur 5 Monate gedauert. Schlechtes Wetter hätte die Arbeiten um 6 Wochen verzögert. Die Straße sei vor dem Haus des Klägers bereits am 1. Juli 1961 wieder voll befahrbar gewesen. Ein Zugang für Fußgänger habe stets bestanden. Die Arbeiten seien weder falsch geplant noch säumig ausgeführt worden. Im übrigen könne der Kläger wegen seiner Verzichtserklärung alle diese Ansprüche nicht erheben. Ihm sei die geplante Höhe der Straße am 4. April 1957 mitgeteilt und er sei nochmals im Bauschein darauf hingewiesen worden, der ihm nur auf sein Drängen erteilt sei. Der Kläger müsse sich an seinen Architekten halten, der das anscheinend nicht beachtet habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger nach dem Sinn seiner Erklärung vom 12. Mai 1957 auf Ersatz aller dieser Schäden verzichtet habe. Die Berufung des Klägers ist ergebnislos geblieben. Dagegen richtet sich seine Revision, mit der er den Klagsanspruch weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen mit folgenden Erwägungen begründet:

Vertragliche Ansprüche beständen nicht, weil die Beklagte sich nicht vertraglich verpflichtet habe, die Hardenbergstraße auszubauen.

Ansprüche aus § 823 BGB wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Klägers entfielen, weil die Beklagte bei der Planung und später nur hoheitlich tätig geworden sei, so daß höchstens Amtshaftungsansprüche möglich seien. Im übrigen würden diese Ansprüche vom Verzicht umfaßt.

Ansprüche wegen Amtspflichtverletzung beständen nicht, weil der Kläger auf Ansprüche, die aus einer unzumutbaren Planung und Durchführung der Arbeiten entstehen könnten, verzichtet habe. Gegen die Wirksamkeit dieses Verzichtes beständen keine Bedenken, zumal höchstens leichte Fahrlässigkeit vorliege. Die Beklagte habe zwar trotz des Verzichts Rücksicht auf die Anlieger nehmen müssen, habe aber einen weiten Spielraum des Ermessens gehabt, den sie nicht

willkürlich ausgenutzt habe. Eine Änderung der geplanten Straßenhöhe sei seit 1953 nicht vorgenommen worden. Der Kläger habe während des ganzen Ausbaus ständig einen behelfsmäßigen Zugang zu seinem Hause gehabt; eine Zufahrtmöglichkeit zum Grundstück habe bereits Mitte Juni 1961 wieder bestanden.

Die Beklagte habe dem Kläger im Bauschein aufgegeben, die Höhenlage der Straße beim Vermessungsamt "zu beantragen". Das habe der Architekt auch getan. Damals habe der Plan bereits die Höhe ergeben, die die Straße beim Ausbau dann erhalten habe. Damit habe die Beklagte alles Erforderliche getan, zumal aus den Bauzeichnungen des Klägers nicht zu ersehen gewesen sei, daß der Architekt über das spätere Straßenniveau unrichtige Vorstellungen gehabt habe.

Ansprüche wegen enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs ständen dem Kläger ebenfalls nicht zu, weil auch sie vom Verzicht umfaßt würden. Die Folgen für den Gewerbebetrieb des Klägers überstiegen nicht das Maß, das er im Hinblick auf seinen Verzicht und die gesamten Umstände des Falles hinnehmen müsse, zumal er die Bauerlaubnis nur für ein Wohnhaus mit einem Arbeitszimmer beantragt und durch die Befreiung vom Bauverbot erhebliche Vorteile gehabt habe.

Die hilfsweise gestellten Ansprüche seien aus denselben Gründen und Erwägungen nicht begründet.

II.

Die Revision rügt es als Verfahrensfehler, daß das Berufungsgericht zahlreiche Beweisangebote übergangen habe.

Das Oberlandesgericht hat in der Tat nur die Akten der Stadt, die vom Kläger eingereichten Lichtbilder und die Aussage des von ihm als Zeugen eidlichen vernommenen Stadtbauinspektors S. [REDACTED] verwertet. Es hat daraus bestimmte Feststellungen getroffen und von der Vernehmung der für weitergehende Behauptungen benannten Zeugen abgesehen. Das war nur zulässig, wenn diese Beweisangebote Behauptungen betrafen, die nicht erheblich waren. Denn der Tatrichter darf - abgesehen von der Sonderregelung für Sachverständige - einen Beweisantrag nicht deshalb ablehnen, weil er das *G e g e n t e i l* der unter Beweis gestellten Tatsache auf Grund der bisherigen Beweisaufnahme als erwiesen ansieht, also die Behauptung bereits als widerlegt erachtet; das wäre die vorweggenommene Würdigung eines nicht erhobenen Beweises und ist unzulässig.

Die Rüge ist zum Teil begründet, weil die nicht erhobenen Beweise in einem Punkt erhebliche Behauptungen betrafen.

1. Dem Kläger konnten - unabhängig von seiner Verzichtserklärung - Ansprüche höchstens wegen enteignenden bzw. enteignungsgleichen Eingriffs oder wegen Amtspflichtverletzung zustehen. Die allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen außerhalb der Amtshaftung sind hier nicht anwendbar, weil die Beklagte, soweit sie überhaupt neben dem privaten Bauunternehmer verantwortlich gemacht werden kann, in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig geworden ist. Die Bestimmungen über die Amtshaftung schließen die Anwendung der allgemeinen Deliktsvorschriften aus. Vertragliche Ansprüche bestehen aus den vom Berufungsgericht zutreffend dargelegten Gründen ebenfalls nicht.

Eine Amtspflichtverletzung kann vorliegen, wenn die Beklagte die jedem Amtsträger obliegende Pflicht verletzt hat, bei Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeit die gebührende Rücksicht auf die Belange Unbeteiligter zu nehmen und Eingriffe von hoher Hand in die Rechtssphäre von Privatpersonen in den Grenzen des unumgänglich Notwendigen zu halten (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Das ist ständige Rechtsprechung (vgl. z.B. BGH Warn 1967 Nr. 107).

Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff könnten hier bestehen, wenn die Beklagte bei den Straßenbauarbeiten nicht die genügende Rücksicht auf den Kläger als Anlieger genommen hat. Zwar muß der Anlieger einer Straße Einschränkungen und Belästigungen durch sachlich gebotene Straßenbauarbeiten hinnehmen. Er hat aber Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff, wenn die Behörde den auch hier geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mißachtet und nicht darauf achtet, daß die Eingriffe sich in den Grenzen des unbedingt Nötigen halten. Eine Entschädigung ist danach für den Regelfall nur dann zu leisten, wenn die Einwirkungen für den Anlieger nach Art und Dauer nicht unerheblich über das hinausgehen, was bei ordnungsmäßiger Durchführung der Arbeiten mit möglichen und zumutbaren Mitteln persönlicher und sachlicher Art notwendig ist (BGHZ 30, 241; BGH NJW 1962, 1816; 1964, 198; BGH Warn 1964 Nr. 162; BGH Warn 1965 Nr. 168).

Ansprüche wegen enteignenden Eingriffs könnten hier bestehen, wenn das Eigentum des Klägers betroffen war, weil der Zugang seines Grundstücks dadurch beeinträchtigt wurde, daß die Verbindung zur Straße oder diese Straße als Verkehrsmittel entfiel oder durch eine Veränderung der Straße der Zugang zum Anliegergrundstück in einer wesentlichen, den Wert des Eigentums nicht nur unerheblich mindernden Weise erschwert wurde (BGHZ 30, 241; 48, 58; 48, 65; BGH Warn 1963 Nr. 28).

2. Alle diese möglichen Ansprüche sind hier jedoch beeinflußt durch die Verzichtserklärung des Klägers vom 12. Mai 1957.

a) Das Berufungsgericht hat im Wege der Auslegung als Inhalt dieses Verichtsvertrages folgendes angenommen: Die Vereinbarung schließe Ansprüche aus, die sich daraus ergeben können, daß die Straße durch den Ausbau gegenüber ihrem früheren Zustand in ihrer Art und nach ihrer Höhenlage verändert ist. Die Beklagte sei für den Ausbau so gestellt gewesen, als wenn der Kläger noch nicht gebaut gehabt habe. Die Beklagte habe auch volle Freiheit gehabt hinsichtlich des Zeitpunktes, der Art, der Dauer und der Durchführung des Ausbaus; insoweit dürfe der Kläger keine Schadensersatzansprüche stellen. Damit seien auch Ansprüche für Versuchen ausgeschlossen, die durch leichte Fahrlässigkeit verursacht wären. Es könne dahinstehen, ob auch Ansprüche wegen grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen seien, weil eine solche Fahrlässigkeit nicht nachgewiesen sei. Es habe im Ermessen der Beklagten gestanden, wie sie die Arbeiten habe durchführen wollen. Die Grenze ihres Ermessens habe dort gelegen, wo die Interessen der Anlieger s t a r k berührt worden seien; dann hätte die Beklagte einen allen Interessen gerecht werdenden Ausgleich suchen müssen.

b) Das Revisionsgericht ist an diese Würdigung gebunden. Es handelt sich um die tatrichterliche Auslegung eines Individualvertrages, da nicht festgestellt ist, daß diese Vereinbarung einer typischen, formularmäßigen oder in vielen Fällen gebrauchten Abrede entspricht. Rechtsfehler bei der Auslegung sind nicht erkennbar. Die Auslegung entspricht auch dem Wortlaut der Urkunde. Denn nach Ziff. 4 hatte der Kläger

auf Ersatz von Schäden durch Veränderung der Straße und ihre Höhenlage verzichtet, und nach Ziff. 3 konnte er keine Ansprüche auf Besserung des Zustandes der Straße stellen; wenn er also keinen Einfluß auf den Zeitpunkt des Ausbaus hatte, war die Beklagte bei dem späteren Ausbau in zeitlicher Hinsicht freier gestellt, konnte also begonnene Arbeiten jederzeit wieder einstellen. Sie mußte allerdings, nachdem sie mit den Arbeiten angefangen hatte, eine gewisse Rücksicht auf den Kläger nehmen; davon geht aber auch das Berufungsgericht aus, denn es billigt dem Kläger Entschädigungsansprüche dann zu, wenn die Arbeiten s t a r k verzögert worden wären.

c) Das Oberlandesgericht hat bei seiner Auslegung allerdings berücksichtigt, daß nach dem Ortsstatut der Beklagten ein grundsätzliches Bauverbot bestanden habe, und die Beklagte auf Grund des Verzichts beim späteren Ausbau der Straße ihre volle Freiheit habe behalten wollen. Die Revision meint demgegenüber, daß bei einem Bauverbot von mehr als drei Jahren nach der Rechtsprechung doch Entschädigungsansprüche wegen Enteignung entstanden wären; deshalb hätte die Beklagte nach diesem Zeitpunkt eine Bauerlaubnis auf jeden Fall erteilen müssen; wegen dieser Interessenlage müsse die Vereinbarung zugunsten des Klägers weit und nicht, wie es das Berufungsgericht getan hat, eng ausgelegt werden. Das habe das Berufungsgericht übersehen.

Ein Rechtsfehler bei der Auslegung ist insoweit jedoch nicht ersichtlich. Denn diese von der Rechtsprechung als Enteignungsfall entwickelte Frist bedrängte hier die Beklagte noch nicht, da eine Bausperre erst dann enteignenden Charakter für einen Betroffenen erlangt, wenn sie einen ernsten Bauwillen beeinträchtigt. Der Kläger hatte nach den Feststellungen

sein Baugesuch erstmals 1957 eingereicht, das dann alsbald genehmigt wurde. Im Übrigen haben sich die Parteien durch die Möglichkeit, daß ein längeres Bauverbot eine Entschädigungspflicht auslösen könne, in ihrer Entschließung nicht beeinflussen lassen. Denn sie kannten diese Rechtsprechung nicht, die erst nach dem Freiburger Bausperrenurteil vom 25. Juni 1959 (BGHZ 30, 338) näher entwickelt wurde. Deshalb liegt kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht diese Gedanken bei der Auslegung nicht besonders beachtet hat.

3. Unter Zugrundelegung dieses Inhalts der Verzichtserklärung ergibt sich über die Erheblichkeit der Beweisangebote folgendes:

a) Die Revision rügt die Übergehung von Beweisangeboten, weil der Kläger "die Richtigkeit des Höhenprofils auf Grund falscher Massenberechnungen bestritten" habe. Die Planung könne geändert sein; denn die Ausschreibung der Arbeiten habe eine Abtragung von 1 500 cbm Erde vorgesehen, während die Baufirma später tatsächlich 3 646 cbm abgefahren habe. Der dafür benannte Sachverständige hätte vernommen werden müssen.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme zu diesem Punkt festgestellt, daß die Planung bezüglich der Höhenlage seit 1953 nicht geändert worden sei und eine etwaige falsche Berechnung des Erdaushubes bei der Ausschreibung den tatsächlich erforderlichen Zeitaufwand nicht beeinflusst habe, da jedenfalls die tatsächlich weggeschafften Erdmassen auf jeden Fall hätten beseitigt werden müssen, um den gewollten Ausbau zu erreichen. Unerheblich sei, ob es wirklich erforderlich gewesen sei, die Straße im Niveau um 2 m zu senken, da der Kläger jedenfalls auf Ansprüche wegen Veränderung der Höhenlage der Straße eindeutig verzichtet hab

Bei diesen Feststellungen zeigt es keinen Verfahrensfehler, daß das Berufungsgericht nicht noch einen Sachverständigen zugezogen hat, dessen Zuziehung stets im Ermessen des Tatrichters steht (§ 404 ZPO).

b) Die Revision rügt weiter, auf Seite 5 der Berufungsbegründung sei unter Beweis gestellt gewesen, daß dem Kläger wiederholt zugesichert worden sei, die Straße in kürzester Frist auszubauen, insbesondere von März bis Mai 1961; dieser Beweis sei nicht erhoben.

Die Rüge ist unbegründet, denn der Vortrag ist falsch. An der angegebenen Aktenstelle findet sich nur ein Beweis- antritt für die Behauptung, daß diese Zusicherung einem anderen Bauwilligen, aber nicht dem Kläger gemacht sei.

c) Der Kläger hatte in der Berufungsbegründung ferner Beweis angetreten für angebliche Fehlplanungen; die Revision rügt Übergehung dieser Beweisangebote. Der Kläger hatte dort folgendes vorgetragen: Ein Endschacht sei bei Beginn der Arbeiten voreilig bis zur alten Straßenhöhe aufgemauert, aber später wieder abgetragen. Alle vorhandenen Versorgungsleitungen hätten neu verlegt werden müssen, da sie in der Luft gehangen hätten; das müsse eine falsche Planung sein. Die Anschlüsse für die unbebauten Grundstücke wären in mühsamer Handarbeit verlegt worden. Das alles seien Anzeichen für falsche Planungen. Im Schriftsatz vom 12. März 1965 war Beweis dafür angetreten, der Bauunternehmer habe darüber geklagt, daß er die Weisung zur Verlegung der Versorgungsanschlüsse für die unbebauten Grundstücke erst bekommen habe, nachdem schon die Randsteine fertig gesetzt gewesen seien.

Das Berufungsgericht hat dazu nach Anhörung des Stadtbauinspektors Steinhauer folgendes festgestellt: Der Einsteigeschacht sei errichtet worden, um den Abwässerkanal kontrollieren zu können; dazu hätte er zunächst bis zur alten Straßenoberfläche hochgezogen und später dem neuen Niveau angeglichen werden müssen. Die ursprünglichen Versorgungsleitungen wären von den Stadtwerken wie üblich nur rund 1 m unter der damaligen Oberfläche verlegt worden; deshalb hätten sie bei der Vertiefung der Straße zunächst lose gehangen und dann neu verlegt werden müssen. Die Verlegung vorhandener Leitungen von Hand habe man aus Sicherheitsgründen bevorzugt. Die Verzögerung durch die Anschlüsse für sechs unbebaute Grundstücke habe nur eine unwesentliche Bedeutung gehabt.

Bei dieser Würdigung kam es auf den Zeugenbeweis nicht an, weil das Gericht die entscheidenden Tatsachen als wahr behandelt hat. Die Annahme, daß die Beklagte sich insoweit im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens bewegt habe und daß diese Verhaltensweise durch den Verzicht umfaßt würde, zeigt keine rechtlichen Bedenken, so daß Ansprüche des Klägers insoweit nicht bestehen.

d) Der Kläger hatte ferner in der Berufungsbegründung Beweis dafür angetreten, daß nicht für ein ordnungsmäßiges Abfangen vom Berg herunterströmenden Wassers vorgesorgt gewesen sei. Die Revision rügt die Übergehung dieses Beweisankrittes.

Einer Beweiserhebung bedurfte es jedoch nicht, da die Tatsache nicht bestritten war. Die Beklagte hatte nur darauf hingewiesen, daß dafür der Bauunternehmer zu sorgen gehabt habe.

Die Feststellungen ergeben nicht, daß die Beklagte hier Versäumnisse begangen hat, weil es nahe liegt, daß derartige Sicherungsmaßnahmen dem Bauunternehmer obliegen. Der Kläger hat keine Tatsachen dafür vorgetragen, daß die Stadt eigene Pflichten verletzt habe.

e) Die Revision verweist weiter darauf, es sei unter Beweis gestellt worden, daß ein halbseitiger wechselnder Ausbau der Straße zweckmäßig, geboten und durchführbar gewesen wäre; dann wären die Arbeiten schneller beendet gewesen. Sie hält es für verfahrensfehlerhaft, daß der Beweis nicht erhoben ist.

Das angefochtene Urteil stellt dazu auf Grund der Vernehmung des Zeugen Steinhauer fest, daß die Beklagte mit Rücksicht auf die Enge der Fahrbahn und die bereits vorhandenen, in der Mitte der Straße liegenden Versorgungs- und Abwässerleitungen die Straße gleich in der vollen Breite habe ausbauen lassen; das ganze System habe inmitten des abzuräumenden Erdreiches gelegen, hätte etwa 2 m tiefer gebracht werden, aber während der Arbeiten bestehen bleiben müssen. Das Berufungsgericht hat eine Pflichtverletzung soweit nicht angenommen und deshalb auch die Anhörung eines Sachverständigen nicht mehr für geboten gehalten.

Diese Erwägungen zeigen keinen Rechtsfehler. Die Beklagte hat danach diesen Weg im Rahmen ihres Ermessens und des vom Verzicht des Klägers umfaßten Handlungsbereiches gewählt. Darauf deutet schon der eigene Vortrag des Klägers, der nur von der Zweckmäßigkeit einer anderen Ausführungsart spricht. Es liegt dann kein Verfahrensfehler darin, daß das Oberlandesgericht von der Vernehmung eines Sachverständigen und der Anhörung der benannten sachverständigen Zeugen abgesehen hat.

f) Der Kläger hatte, wie die Revision ferner rügt, folgendes unter Beweis gestellt: Das Grundstück sei monatelang für den normalen Fußgänger wegen des Schlammes nicht erreichbar gewesen, nicht einmal ein schmaler Aschenweg sei als Zugang geschaffen worden. Dieser Zustand habe von April bis Oktober 1961 gedauert. Briefträger und Zeitungszusteller hätten deshalb ihren Dienst für das Haus zeitweise verweigert. Steckengebliebene Fußgänger hätten die Polizei um Hilfe rufen müssen. Kunden hätten sich bei Besuchen verletzt oder Schuhe verloren. Zahlreiche Kunden hätten einstweilen darauf verzichtet, den Kläger zu besuchen; sie hätten den Kläger als unerreichbar behandelt. Ein Mieter des Klägers habe sich über Absperrungsmaßnahmen so erregt, daß er einen Herzinfarkt bekommen habe und auf der Stelle gestorben sei.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Lichtbilder und der Vernehmung von S. [REDACTED] folgendes festgestellt: Der Kläger habe immer einen, wenn auch behelfsmäßigen Zugang zu seinem Hause gehabt. Ein Bohlensteg habe bis zu seinem Hause gelegen, der immer instandgehalten worden sei, solange die Straße nicht benutzbar gewesen sei. Schwierigkeiten und Nachteile gewissen Umfangs hätten bestanden; diese habe der Kläger aber nach seinem Verzicht hinnehmen müssen. Die Beklagte habe auch einen Aschenweg angelegt. Die Baustelle habe aber in einem Einschnitt gelegen und sei daher dem Regenwasser stark ausgesetzt gewesen.

Damit hat sich allerdings das Berufungsgericht in diesem Punkt über erhebliche Beweisantritte ohne ausreichenden Grund hinweggesetzt. Denn wenn der Vortrag des Klägers, für den er 20 verschiedene Zeugen benannt hatte, bewiesen würde, daß in der ganzen Zeit von April bis Ok-

tober das Grundstück für Fußgänger überhaupt nicht erreichbar gewesen sei und daß die Beklagte weder Bohlen gelegt noch einen Aschenweg geschaffen habe, hätte die Beklagte möglicherweise ihre Pflicht zur sachgemäßen Rücksichtnahme auf die Interessen des Klägers auch unter Berücksichtigung seiner Verzichtserklärung verletzt, weil das nach diesem Vortrag vielleicht schon eine starke, aber vermeidbare Beeinträchtigung des Grundstücks gewesen wäre. Über dieses Beweiserbieten durfte das Berufungsgericht nicht hinweggehen, indem es das Gegenteil allein auf Grund der Lichtbilder und der Aussage des Stadtbauinspektors feststellte. Zwar ergeben die vom Kläger zur Ergänzung seines Vortrags vorgelegten Lichtbilder, daß seine unter Beweis gestellten Behauptungen in ihrer ganz allgemein gehaltenen Form nicht richtig sein können, weil die Bilder beispielsweise einen Bohlenweg zeigen, doch hat sich das Berufungsgericht damit nicht auseinandergesetzt; der Kläger hatte auch Zeugen dafür angeboten, daß ein Schlackenweg nie vorhanden gewesen sei, während das Berufungsgericht auf Grund der Aussage des von ihm vernommenen Zeugen das Gegenteil feststellt. Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, anhand der Lichtbilder allein den wirklichen Umfang der Behinderungen und ihre Zeitdauer festzustellen, die Beweisanträge einschränkend auszulegen und daraufhin neue Feststellungen zu treffen. Die angebotenen Beweise sollten gerade klären, wie stark die einzelnen Behinderungen waren und ob der Kläger sie nach seiner Verzichtserklärung noch hinnehmen mußte. Dabei ist immer zu beachten, daß der Kläger nur auf seine ausdrückliche Bitte eine Ausnahmegenehmigung für den Bau an einer noch nicht ausgebauten Straße erhalten hat, deren Profile noch verändert werden sollten, und daß er deshalb

gegenüber der Stadt auf Ersatz für alle Schäden verzichtet hatte, die durch den Ausbau der Straße und die Änderung ihrer Höhenlage entstehen konnten. Der Kläger muß danach auch hinnehmen, daß sein Haus eine erhebliche Zeit hindurch für "normalen Fußgängerverkehr" nicht erreichbar war und daß auch Briefträger oder Lieferanten ihn gelegentlich nicht erreichten oder bedienten und daß Fußgänger bei Regenwetter unter Umständen im aufgeweichten Erdreich stecken blieben. Der Beweisantrag des Klägers ging aber nach seinem bisherigen Wortlaut darüber hinaus, da er insbesondere behauptet hat, dieser Zustand hätte viele Monate angedauert und die Stadt hätte sich niemals bemüht, wenigstens behelfsmäßige Zugänge durch Bohlen oder Schlacken zu schaffen. Die dazu angebotenen Beweise mußten erhoben werden, da das Berufungsgericht erst nach Feststellung des genauen Zustandes und der wirklichen Behinderungen insbesondere nach Umfang und Zeitdauer die Frage klären kann, ob diese Behinderungen vermeidbar und so stark waren, daß der Kläger auch unter Berücksichtigung des Verzichts und der dadurch geschaffenen Interessenlage diese Maßnahmen nicht mehr entschädigungslos hinzunehmen brauchte. Dabei ist aber weiter zu beachten, daß selbstverständlich auch der Kläger stets zum Einsatz eigener Hilfsmittel verpflichtet war.

Der Revision ist daher in diesem Punkt der Erfolg nicht zu versagen.

4. Die Revision meint, die Beklagte hätte den Bau einer Garage, die später völlig unbenutzbar wurde, nicht gestatten dürfen. Der Kläger habe eine Garage errichtet, die nachher zwei Meter und damit unerreichbar über der Straße geschwebt habe; er habe vor dieser Garage eine neue Garage tiefer bauen müssen. Das Bauamt hätte auf die ge-

plante Tieferlegung der Straße hinweisen müssen. Gewiß habe sein Architekt Z[REDACTED] den Hinweis auf die Höhenlage im sogenannten Feldbuch der Stadt quittiert, doch müsse bestritten werden, daß die Planung damals schon so bestanden habe, wie sie nachher ausgeführt wurde.

Die Revision rügt auch hier wieder, das Oberlandesgericht hätte dem Antrag auf Vernehmung eines Sachverständigen statt geben müssen.

Die Rüge ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme, insbesondere unter Verwertung der Bauakte des Klägers, weiterer Akten der Beklagten und der Vernehmung des Stadtbauinspektors zu diesem Punkt folgendes festgestellt und ausgeführt: Die Planung für die Tieferlegung der Straße habe seit 1953 bestanden. Im Bauschein sei dem Kläger aufgegeben, "die Höhenlage der Straße beim Vermessungsamt zu erfragen und zu beantragen". Unstreitig habe der Architekt einen Hinweis auf die Höhenlage im sogenannten Feldbuch quittiert. Diese Unterlagen hätten schon damals die Höhe ergeben, die die Straße 1961 erhalten habe. Das Baugesuch des Klägers mit den Zeichnungen enthalte keine Höhenzahlen; es sei deshalb nicht zu ersehen gewesen, daß der Architekt über die Höhenlage des geplanten Hauses im Verhältnis zum späteren Straßenniveau irrige Vorstellungen gehabt habe. Damit habe die Beklagte alles getan, was gegenüber einem Architekten nötig sei. Der Kläger müsse sich das Verschulden des Architekten als seines Vertreters anrechnen lassen.

Diese Ausführungen zeigen keinen Verfahrensfehler. Denn für die angeblich unterbliebene oder unzulängliche Aufklärung eines Bauwilligen kann die Beklagte höchstens unter dem Gesichtspunkt einer Amtspflichtverletzung haften,

weil es eine Enteignung durch Unterlassung nicht gibt. Amtshaftungsansprüche aus § 839 BGB und Art. 34 GG entfallen jedoch schon nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil nur eine Fahrlässigkeit der Beklagten in Frage käme und der Kläger anderweitige Ersatzansprüche gegen seinen Architekten hat, der nach den Feststellungen seine Pflichten eindeutig verletzt hat. Es war Sache des beweispflichtigen Klägers, etwa darzutun, daß dieser naheliegende Ersatzanspruch aus irgendwelchen Gründen nicht zum Zuge kommen konnte.

5. Die Revision greift endlich den Anspruch auf Erstattung der Kosten für Wegschaffung von Erde auf. Der Kläger hatte diesen Anspruch hilfsweise als "Kosten für das Abfahren der vor der Garage abgelagerten Erdmassen (260 DM)" geltend gemacht und dazu folgendes vorgetragen: Vor der westlichen Garage (im Keller des Hauses) seien aus der Straße ausgehobene Erdmassen gelagert worden und liegengeblieben, die der Kläger nach vergeblicher Aufforderung an die Beklagte auf eigene Kosten abtransportiert habe. In der Berufungsbegründung hatte der Kläger sich auf den Gartenbaudirektor als Zeugen dafür berufen, daß der Oberbürgermeister den Gartenbaudirektor auf Bitten des Klägers beauftragt habe, die Erdmassen fortschaffen zu lassen.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch abgewiesen, weil es sich dabei nach den Lichtbildern um stehengebliebenes Erdreich gehandelt habe und diese Beeinträchtigung von der Ausschlußklausel erfaßt worden sei.

Die Revision ist insoweit unbegründet. Der Vortrag des Klägers reicht nicht für einen Anspruch gegen die Beklagte aus Amtspflichtverletzung oder enteignungsgleichen

Eingriff, weil nach ihm die Baufirma die Erdmassen vor die Garagentür des Klägers geschoben hat; dann muß sich der Kläger an diese Firma halten. Ansprüche gegen die Baufirma schließen Ansprüche gegen die Stadt nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB aus, und der Kläger hat nicht vorgetragen, daß die Baufirma auf bestimmte Weisung der Beklagten gehandelt habe, was für die Annahme eines enteignenden Tatbestandes nötig wäre. Eine Aufsichtsverletzung der Beklagten durch bloße Untätigkeit wäre kein enteignender Eingriff. Das Berufungsgericht hat zwar nicht die weiter unter Beweisanztritt gestellte Behauptung behandelt, der Oberbürgermeister habe seinen Gartenbaudirektor angewiesen, die Erde wegschaffen zu lassen, doch war diese Behauptung rechtlich unerheblich. Sie gab dem Kläger kein Recht, die Erde selbst wegzuschaffen und die Kosten der Beklagten in Rechnung zu stellen. Die Revision beruft sich zwar auf § 670 BGB und § 683 BGB, deren Voraussetzungen aber nicht vorgetragen sind. § 670 BGB scheidet aus, weil der Kläger keinen Auftrag hatte. Ansprüche auf Aufwendungsersatz aus § 683 BGB hätte der Kläger nur, wenn das Geschäft auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprochen hätte; dafür hat der Kläger nichts vorgetragen, weil im Zweifel eine Stadt ohne weitere Aufwendungen derartige Arbeiten mit eigenen Kräften ausführt. Sonstige Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich; insbesondere hat der Kläger die Voraussetzungen eines Verzuges mit Erfüllung einer eingegangenen Verpflichtung nicht dargelegt, weil Erklärungen des Oberbürgermeisters auf Bitten eines Straßenanliegers in solchen Fällen nicht ohne weiteres einen Verpflichtungswillen gegenüber dem Anlieger erkennen lassen.

6. Schließlich erwähnt die Revision noch einen "Anspruch auf Beschaffung neuen Mutterbodens".

Der Kläger hatte in der Klage dafür mit dem Hilfsantrag 240 DM verlangt und vorgetragen, die Beklagte habe den Mutterboden abgetragen und weggeschafft. Die Berufungsbegründung enthielt dazu keine weiteren Angaben. Das Berufungsgericht hält den Anspruch für unbegründet, weil diese Beeinträchtigung mit dem Ausbau der Straße im unmittelbaren Zusammenhang stehe und von der Ausschlussklausel erfaßt sei.

Das zeigt keinen Rechtsfehler, zumal der Vortrag des Klägers keine Tatsachen dafür enthält, daß die Beklagte insoweit hoheitlich zu Unrecht Erdbewegungen vorgenommen habe.

III.

Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht zum Teil - wie oben ausgeführt ist - Beweisanträge des Klägers nicht verfahrensgerecht behandelt hat. Eine teilweise Zurückweisung der Revision kann jedoch nicht erfolgen, weil der Kläger die Klagforderung nicht auf einzelne Vorfälle aufgegliedert hat, sondern die ganze Klagforderung auch auf die Vorfälle stützt, die das Oberlandesgericht jetzt nochmals prüfen muß. Immerhin mag erwähnt werden, daß mit diesem Urteil die übrigen selbständigen Klagbegründungen rechtskräftig

erledigt sind und in der neuen Verhandlung vor dem
Berufungsgericht nicht nochmals aufgegriffen werden
können (vgl. DRiZ 1964, 33/35).

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Gähtgens