

III ZR 188 51

Verkündet am 26. Februar 1953
Dieser, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Gemeinde Hochdorf, Kreis Horb,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Fabrikanten Eugen V[REDACTED], Ho[REDACTED] Kreis H[REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt JR Dr. [REDACTED]

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1953 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Rietschel,
Dr. Weber, Dr. Kreft und Dr. Wolany

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Tübingen vom
26. April 1951 aufgehoben und die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war zur Zeit des Zusammenbruchs Eigentümer einer Holzsohlenfabrik in Ho [REDACTED] bei H [REDACTED], bei der sich ein Holzlager mit etwa 150 cbm Schnittholz befand. Nach dem Zusammenbruch wurde er aus politischen Gründen interniert.

Im Mai oder Juni 1945 gab der damalige Bürgermeister der beklagten Gemeinde, Gipsermeister Eugen V [REDACTED], bekannt, dass Handwerker des Ortes Holz vom Holzlager des Klägers käuflich erwerben könnten. Es wurden dann verschiedene Posten Schnittholz vom Lager des Klägers im Auftrage des Bürgermeisters vermessen und von Handwerkern abgefahren, insgesamt etwa 3 cbm Fichtenschnittholz und 7,41 cbm Buchenschnittholz, bis die Ehefrau des Klägers bei dem französischen Gouvernement das Verbot weiterer Holzabgabe durch den Bürgermeister erwirkte. Einige Zeit später wurde dem Wagner Paul K [REDACTED], der 1,622 cbm Buchenschnittholz abgefahren hatte, eine Rechnung über 97,32 RM ausgestellt. Hierbei wurde 1 cbm mit 60 RM berechnet. Zwei der Holzempfänger haben am 21. Mai 1946 als Kaufpreis für das erhaltene Holz zusammen 225,96 RM auf das Sperrkonto des Klägers bei der Kreissparkasse H [REDACTED] überwiesen. Die übrigen Holzempfänger haben weder Rechnungen erhalten noch dem Kläger etwas bezahlt.

Später wurde mit Zustimmung der Vermögenskontrolle der noch vorhandene restliche Holzbestand vom Lager des Klägers nach und nach an verschiedene Käufer abgegeben und veräußert. Der Erlös wurde auf das Sperrkonto des Klägers eingezahlt.

- 3 -

Mit der Klage verlangt der Kläger als Schadensersatz von der Beklagten Gemeinde die Lieferung von 3 cbm Fichtenschnittholz und 7,41 cbm Buchenschnittholz, hilfsweise die Zahlung von 1516,50 DM.

Er hat vorgebracht, der damalige Bürgermeister habe ohne Genehmigung der zuständigen Stellen, somit rechtswidrig gehandelt, auch sei der Preis für das Holz, das im Einkauf schon 90 - 95 RM für den cbm gekostet habe, zu gering angesetzt und dem Kläger auch keine Abrechnung erteilt worden.

Die beklagte Gemeinde hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat geltend gemacht, der Bürgermeister habe damals dem Landrat berichtet, dass aus der Fabrik des Klägers verschiedene Gegenstände gestohlen worden seien, und habe daraufhin von dem Landrat die schriftliche Ermächtigung zur Abgabe des Holzes erhalten, um dadurch weitere Diebstähle zu verhindern und dem Kläger wenigstens den Geldwert des Holzes zu retten. Deshalb habe der Bürgermeister auch nicht rechtswidrig gehandelt. Dem Kläger sei auch kein Schaden entstanden, weil das Holz, wenn es nicht von den Handwerkern abgeführt worden wäre, ohnehin ebenso wie der übrige Restbestand auf Anordnung der Vermögenskontrolle verkauft worden wäre. Im übrigen werde auch noch mit einer Gegenforderung von 200 DM für vereinnahmtes Weingeld aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die beklagte Gemeinde dem Hauptantrag gemäss verurteilt und der in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage der Gemeinde auf Zahlung von 200 DM entsprochen.



20.
Mit der Revision erstrebt die Beklagte Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision. Hinsichtlich der Widerklage ist das Urteil des Oberlandesgerichts rechtskräftig geworden.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Bürgermeisters bejaht mit der Begründung, dass es bei seinem Vorgehen an der erforderlichen Genehmigung der zuständigen Stelle der Vermögenskontrolle gefehlt habe, eine ordnungsgemäße Abrechnung über die Holzverkäufe auch unterblieben sei. Der Kläger könne dafür Schadensersatz, und zwar, da es sich um vertretbare Sachen gehandelt habe, auch Naturalherstellung verlangen. Mit dem Einwand, das Holz wäre später durch die zuständige Stelle der Vermögenskontrolle ohnehin noch vor der Währungsreform verkauft worden, so dass dem Kläger schon deshalb kein Schaden entstanden sei, könne die Gemeinde nicht gehört werden, da dies schon in tatsächlicher Hinsicht nicht erweisbar, im übrigen die Berücksichtigung eines solchen unterstellten Umstands auch rechtlich nicht zulässig sei.

Die hiergegen erhobenen Rügen der Revision sind zum Teil begründet.

2. a) Der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die von der Beklagten behauptete überholende Ursächlichkeit nicht berücksichtigt, geht allerdings fehl. Die umstrittene Frage, ob und in welchem Umfang eine derartige hypothetische Schadensermittlung rechtlich zulässig ist, kann ungeprüft bleiben, da nach

den Feststellungen des Berufungsgerichts, die insoweit keinen Rechtsirrtum erkennen lassen, es nicht bewiesen und auch nicht mehr beweisbar ist, ob das Holz, wenn es nicht an die Handwerker abgegeben worden wäre, noch vor der Währungsreform durch die zuständige Stelle der Vermögenskontrolle verkauft worden wäre; das Berufungsgericht lässt vielmehr die Möglichkeit offen, dass es der Ehefrau des Klägers - möglicherweise mit Hilfe der Besatzungsmacht - gelungen wäre, dieses Holz von einem späteren Verkauf freizuhalten und damit dem Kläger den Sachwert des Holzes über die Währungsreform hinaus zu erhalten. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Unbeweisbarkeit des von der Beklagten behaupteten späteren Verkaufs zu deren Lasten verwertet.

Die Revision rügt hierzu zu Unrecht, das Berufungsgericht habe § 287 ZPO verletzt. Selbst wenn die Auffassung der Revision richtig sein sollte, dass es sich bei der Frage, ob ein einmal eingetretener Schaden deshalb verneint werden könne, weil derselbe Schaden durch ein anderes späteres Ereignis doch eingetreten wäre, entgegen der vom Bundesgerichtshof bereits vertretenen Ansicht (JR 1952, 70) nicht um eine Frage der Beweislast handeln sollte, das Gericht vielmehr seine Feststellungen gemäss § 287 ZPO frei treffen könnte, so liessen die Ausführungen des Berufungsgerichts doch keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Berufungsgericht hat sich nämlich nicht damit begnügt, seine Feststellungen nur auf die Unbeweisbarkeit der Behauptungen der beklagten Gemeinde abzustellen, sondern hat die Gründe, die gegen die Wahrscheinlichkeit eines späteren Verkaufs sprechen, angeführt, insbesondere auch festgestellt, dass bis zur Umstellung nur der grösste Teil des Holzes

verkauft worden sei und dass für die Ehefrau des Klägers die Möglichkeit bestanden habe, weiteres Holz frei zu bekommen. Damit hätte sich aber das Berufungsgericht auch noch im Rahmen einer nach § 287 ZPO ihm zustehenden freien Beweiswürdigung gehalten.

b) Die Revision bittet ferner um Nachprüfung, ob das Berufungsgericht bei einer Schadensersatzklage aus Amtspflichtverletzung auf Naturalherstellung erkennen konnte. Auch insoweit ist das angefochtene Urteil nicht zu bemängeln. Der Senat hat in ständiger Rechtsprechung (BGHZ 5, 102) es für zulässig erachtet, dass auch bei Schadensersatzklagen aus Amtspflichtverletzung mindestens dann auf Naturalherstellung erkannt werden kann, wenn es sich um die Lieferung vertretbarer Sachen handelt. Davon abzuweichen, besteht keine Veranlassung.

3. Die Revision rügt ferner, dass das Berufungsgericht das rechtswidrige Verhalten des Bürgermeisters unter Rechtsverstoß festgestellt habe. Der Kläger behauptet, der Bürgermeister habe den Verkauf des Holzes entgegen der Weisung des Landrats und der französischen Militärbehörde vorgenommen, und er habe auch deren Weisung, das schon abgefahrene Holz wieder zurückholen zu lassen, nicht befolgt. Demgegenüber behauptet die Beklagte, der Verkauf des Holzes sei zur Verhinderung weiterer Diebstähle auf Weisung des Landrats erfolgt. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, dass eine Genehmigung der damals für die Verwertung des gesperrten Vermögens zuständigen Dienststelle nicht vorgelegen, der französische Gouverneur die Veräusserung des Holzes sogar ausdrücklich verboten habe.

Es ist aber, wie die Revision mit Recht ausführt, auf das weitere Vorbringen der Beklagten, der Bürgermeister habe das Holz verkauft, um weitere Diebstähle zu verhindern, und er habe auf Weisung des Landrats gehandelt, nicht eingegangen.

a) Was die Behauptung betrifft, der Bürgermeister habe den Verkauf des Holzes vorgenommen, um weitere Diebstähle zu verhindern, so hat der Senat zwar bereits anerkannt, dass die Polizei bei Gefahr der Plünderung berechtigt sei, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Diese könnte auch, wenn der drohenden Gefahr nicht anders zu begegnen sei, in dem Verkauf der durch die Plünderung bedrohten Gegenstände bestehen, also in einem Eingriff in das Eigentum des Bedrohten (III ZR 179/50 vom 7. Juni 1951 = LM Nr 1 zu § 71 PVG). Dieses Recht der Polizei ergibt sich aus ihrem allgemeinen Aufgabenkreis (vgl für Württemberg VGH Stuttgart in Württ. Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege 1930. 54. 57). Der Bürgermeister der beklagten Gemeinde wäre nach Art 100 Abs 2 und Art 202 der Württ. Gemeindeordnung vom 19. März 1930 (RegBl Württ 45), die nach § 6 Abs 2 Ziff 4 der Württ. Überleitungsverordnung zur Deutschen Gemeindeordnung vom 30. März 1935 (RegBl Württ 85) damals noch in Geltung waren, als Verwalter der Ortspolizeibehörde auch zuständig und berechtigt gewesen, bei Gefahr von Plünderungen und Diebstählen die erforderlichen Massnahmen, und zwar ohne ausdrückliche Genehmigung des Landrats, zu treffen. Dabei würde es für die Zulässigkeit einer solchen notwendigen Massnahme auch nicht der Genehmigung der für die Vermögensverwaltung zuständigen Stelle bedürft haben, da die betreffenden Vorschriften, wenn sie auch öffentlich-rechtlicher Natur sind, hinter den Erfordernissen der allgemeinen öffentlichen Ordnung zurücktreten müssen.

Die Behauptungen der Beklagten vermögen aber eine Rechtmässigkeit des Verkaufs unter diesem Gesichtspunkt nicht zu rechtfertigen. Die Beklagte hat lediglich vorgebracht, der Bürgermeister habe wahrgenommen, dass bereits Diebstähle vom Holzlager des Klägers erfolgt seien. Sie hat aber nichts dazu angeführt, ob diese angeblichen Diebstähle nicht auf andere Weise als durch einen so tief eingehenden Eingriff in das Eigentum des Klägers zu verhindern gewesen wären, insbesondere durch eine den Umständen entsprechende Verwahrung des Holzes. Ebensowenig hat die Beklagte dafür etwas vorgetragen, dass und warum der Bürgermeister ohne Fahrlässigkeit hätte des Glaubens sein können, weitere Diebstähle könnten nur durch den Verkauf des Holzes verhindert werden.

b) Dagegen könnte die weitere Behauptung der Beklagten, der Bürgermeister habe auf Weisung des Landrats gehandelt, dazu führen, ein Verschulden des Bürgermeisters auszuschliessen. Würde eine solche Weisung auch unter den von der Beklagten behaupteten Umständen ebenso fehlerhaft gewesen sein, so könnte es doch dem Bürgermeister möglicherweise nicht als Verschulden angerechnet werden, wenn er als fachlich nicht vorgebildeter, in sein Amt neu eingesetzter Mann auf die Rechtmässigkeit der Weisung seiner Aufsichtsbehörde vertraut hätte. Dazu hat aber das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

c) Ferner fehlt es auch an einer Feststellung zu der Behauptung des Klägers, dass der Bürgermeister angewiesen worden sei, nicht nur den Verkauf des Holzes einzustellen, sondern auch das bereits abgeführte Holz zurückführen zu lassen. Gerade auf letzteres könnte es aber möglicherweise bei der Berechnung des Umfangs des angerichteten Schadens

dann entscheidend ankommen, wenn festgestellt werden sollte, dass der Bürgermeister bis zu dem Zeitpunkt, in dem ihn die Anordnung der Einstellung erreichte, noch nicht schuldhaft gehandelt haben sollte.

Das angefochtene Urteil kann daher mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden.

4. Das Urteil kann aber auch deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht geprüft hat, ob dem Kläger nicht anderweite Ersatzansprüche zustehen, die nach § 839 Abs 1 Satz 2 BGB Schadensersatzansprüche gegen die beklagte Gemeinde ausschliessen würden.

Dabei wird es in erster Linie darauf ankommen, ob der Bürgermeister vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Das Berufungsgericht spricht zwar nur davon, dass der Bürgermeister die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht gelassen habe, hat sich aber mit der Frage, ob er nicht etwa mindestens von dem Zeitpunkt an, als ihn das Verbot des weiteren Verkaufs und die von dem Kläger behauptete Anordnung, das schon abgeführte Holz wieder beschaffen zu lassen, erreicht hatte, sogar vorsätzlich rechtswidrig gehandelt hat. Das würde zur Folge haben, dass dann anderweite Ersatzansprüche nicht zu berücksichtigen wären, die Verurteilung zur vollen Naturalherstellung vielmehr gerechtfertigt wäre.

Im Falle eines nur fahrlässigen Verschuldens würden aber anderweite Ersatzansprüche den Schadensersatzanspruch des Klägers ausschliessen.

a) Ein anderweiter Ersatzanspruch im Sinne des § 839 Abs 2 BGB könnte einmal in einem Entschädigungsanspruch des Klägers gegen die Gemeinde bestehen, da es sich um einen zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum eines einzelnen handelt, der diesen im Vergleich zu anderen ungleich trifft, ihm also ein besonderes Opfer zumutet (BGHZ 6, 270, 280⁷). Das muss, wie der Senat bereits entschieden hat (BGHZ 7, 296), auch bei einem schuldhaft rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff gelten. Als "Begünstigter" könnte dabei im vorliegenden Falle möglicherweise die beklagte Gemeinde in Frage kommen, da der Bürgermeister bei seinem Eingriff in seiner Eigenschaft als Verwalter der Ortspolizeibehörde Aufgaben der Gemeinde wahrgenommen hat (BGHZ 7, 296). Dabei wäre es unerheblich, dass es sich dann um den gleichen Schuldner handeln würde wie bei dem Schadensersatzanspruch, da die Klage aus Amtspflichtverletzung auch dann ausgeschlossen ist, wenn gegen denselben Beklagten noch auf Grund anderer Bestimmungen Ersatz verlangt werden kann (BGHZ 4, 10, 45⁷).

Die umstrittene Frage, ob dieser Anspruch auf vollen Wertersatz geht oder in einem im Verhältnis 10:1 umzurechnenden Geldanspruch besteht, kann für die Entscheidung des Revisionsgerichts dahingestellt bleiben, denn auch im ersteren Fall könnte das angefochtene Urteil deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil dieser Anspruch jedenfalls nicht auf Naturalherstellung, sondern nur auf eine Entschädigung in Geld gehen könnte (BGHZ 7, 96 /101⁷).

b) Ferner könnte ein Ersatzanspruch gegen die Abnehmer des Holzes in Betracht kommen. Ob der Kläger aus dem "Verkauf" des Holzes unmittelbare Ansprüche gegen die Abnehmer herleiten kann, mag allerdings fraglich sein. Dagegen könnte möglicherweise aber ein weitergehender Anspruch gegen die Abnehmer des Holzes aus § 826 BGB hergeleitet werden, falls diese eine etwaige Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes erkannt haben oder einer ihnen bekannten Rückgabepflicht nicht nachgekommen sein sollten. Ebenso wäre es denkbar, in einer etwaigen Anweisung des Landrats, die Abgabe des Holzes einzustellen und die Rückgabe des schon abgeführten Holzes zu veranlassen, eine Aufhebung des fehlerhaften Verwaltungsakts durch die vorgesetzte Aufsichtsbehörde zu sehen. Es wäre dann zu prüfen, ob dadurch nicht möglicherweise auch Ansprüche gegen die Abnehmer des Holzes aus §§ 985 ff BGB, insbesondere auch auf Schadensersatz nach §§ 951 Abs 2 oder 990, 989 BGB hergeleitet werden könnten.

Wenn der Kläger in der Revisionserwiderung dazu ausführt, er habe keine Möglichkeit gehabt, von den Abnehmern des Holzes Ersatz zu verlangen, da er nicht gewusst habe, von wem und in welchem Umfang Holz abgeführt worden sei, so stellt er sich damit in Widerspruch zu seinen Ausführungen in der Klageschrift, in der er die Namen der Abnehmer und die von ihnen bezogenen Mengen auf das Genaueste bezeichnet hat. Er hat also jedenfalls im Zeitpunkt der Klageerhebung, auf den es hier ankommt, nach seiner eigenen Einlassung genau gewusst, von wem und in welchem Umfang damals Holz abgeführt worden ist.

5. Das angefochtene Urteil war daher gemäss § 564 ZPO aufzuheben. Da noch weitere Feststellungen zu treffen sind, ist aber auch eine Klagabweisung nicht möglich, die Sache war deshalb gemäss § 565 ZPO zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass keine Ansprüche aus schuldhafter Amtspflichtverletzung vorliegen, so hätte es noch zu prüfen, ob der Anspruch des Klägers nicht nach dem unter 4 a Ausgeführten unter dem Gesichtspunkt der Enteignung begründet wäre.

Dr. Pagendarm

Rietschel

Dr. Weber

Dr. Kreft

Wolany