

Verkündet
am 24. Oktober 1963.
Fieser,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2226 085

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

In dem Rechtsstreit

des Brenneisbesitzers Toni M a [REDACTED] in Br [REDACTED]
über He [REDACTED] (S [REDACTED]),

Klägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die B [REDACTED] D [REDACTED]
- Bu [REDACTED] f [REDACTED] Bra [REDACTED] -, v [REDACTED] d [REDACTED]
d [REDACTED] P [REDACTED] d [REDACTED] Bu [REDACTED] in O [REDACTED]
(M [REDACTED]),

Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 1963 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundes-
richter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Gähtgens

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
22. Oktober 1962 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten dieses Revisionsrechts-
zuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzungen von Zollbeamten bei Ausübung ihrer Aufsicht nach dem Branntweinmonopolgesetz.

Der Kläger betreibt in Br[REDACTED] eine Weinbrennerei als Verschlußbrennerei, die der Aufsicht der Monopolverwaltung unterliegt und so eingerichtet sein muß, daß der gesamte erzeugte Branntwein in den Verschlußgewahrsam der Bun[REDACTED] gelangt. Am 15. März 1955 stellte der Zolloberinspektor Fr[REDACTED] bei einer Überprüfung fest, daß das Lutterrückständerohr nicht als Sackrohr geführt war. Als "Lutter" bezeichnet man ein Zwischenprodukt der Branntweingewinnung und als "Lutterrückstände" die dabei anfallenden noch alkoholhaltigen Rückstände, die nicht verwertet werden dürfen. Sackrohr nennt man ein U-förmiges Zwischenstück, bei dem die im unteren Bogen stehende Flüssigkeit als Geruchverschluß dient. Nach den Monopolvorschriften sind die Rückstände so in die öffentliche Kanalisation oder eine Grube zu leiten, daß eine Entnahme von Branntwein nicht möglich ist. In der Brennerei des Klägers war dazu eine Lutterrückständergrube vorhanden, die verschlossen, gesichert und zur Vergällung der Rückstände mit Verunreinigungsstoffen gefüllt wurde.

Der Kläger ließ auf Veranlassung des Zollbeamten Fr[REDACTED] noch am gleichen Tage das Sackrohr anbringen. Er füllte es jedoch nicht sogleich mit Wasser, obwohl es als Geruchverschluß nur wirken kann, wenn sich Flüssigkeit im unteren Teile befindet.

Am 27. Juli 1955, bevor der Kläger den nächsten Abbrand durchführte, stellte der Zollobersekretär Pa[REDACTED] fest, daß die Vergällmasse in der Luttergrube nicht mehr aktiv arbeitete. Der Kläger war nicht anwesend. Trotzdem

ließ der Beamte sogleich eine Neufüllung der Grube - wie schon früher - mit Koks und Karbolineum vornehmen. Der Beamte veranlaßte einen 68-jährigen Arbeiter Kö■■■■, Koks und Karbolineum herbeizuschaffen; Kö■■■■ ist als Arbeiter bei dem Schwager des Klägers, Sch■■■■, beschäftigt und hilft gelegentlich im Betrieb des Klägers. Sch■■■■, der auf dem gleichen Grundstück wie der Kläger eine Kornbrennerei betreibt und gelegentlich für den Kläger tätig geworden war, kam während der Arbeiten kurze Zeit hinzu.

Im August 1955 stellte der Kläger im Auftrage einer Firma H■■■■ & R■■■■ aus L■■■■ Branntwein aus französischem Weißwein her. Die Firma beanstandete den Branntwein, weil er nach Naphtalin roch, und verlangte vom Kläger im Prozeßwege 6.100 DM Ersatz als Teil ihres Schadens. Im Februar 1957 verglich sich die Firma mit dem jetzigen Kläger dahin, daß der Kläger ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zum Ausgleich jener Klagforderung 1.500 DM zahlte sowie die Gerichtskosten und seine eigenen außergerichtlichen Kosten übernahm.

Der Kläger verlangt von der beklagten B■■■■ Erstattung der Vergleichssumme und der Prozeßkosten des Vorprozesses mit insgesamt 2.809,78 DM nebst Zinsen und hat dazu vorgetragen: Der Naphtalingeruch des verdorbenen Branntweins habe von dem Vergällungsmittel in der Luttergrube hergerührt. Dieser Schaden sei auf eine Amtspflichtverletzung der Zollbeamten, insbesondere von Fr■■■■ und Pa■■■■ zurückzuführen. Fr■■■■ habe ihn im Aufsichtswege zur Anbringung des überflüssigen Sackrohrs angewiesen und hätte dabei die Füllung des Sackrohrs mit Wasser vornehmen oder veranlassen müssen, weil nur dadurch das Eindringen des Geruches aus der Grube verhindert worden wäre. Das Sackrohr selbst sei sachgemäß durch eine Firma Kr■■■■ aus K■■■■ angebracht gewesen. Von der durch Pa■■■■



veranlaßten Neubeschickung der Luttergrube habe der Kläger nichts erfahren; sonst hätte er das Sackrohr vor den nächsten Brennen mit Wasser gefüllt. Der Beamte habe bei der Neufüllung der Luttergrube die Verfahrensbestimmungen der Monopolverwaltung nicht beachtet; es hätte - wie auch früher stets - ein zweiter Beamter beteiligt und ein Protokoll zurückgelassen sowie entweder er als Brennercibesitzer oder ein Bevollmächtigter hinzugezogen werden müssen. Sch. und Kö. seien zu seiner Vertretung nicht befugt gewesen und hätten ihn hinterher nicht unterrichtet. Die Füllung der Grube sei auch unsachgemäß durchgeführt worden. Das alles habe der Kläger, da die Anlage wieder verschlossen worden sei, nicht bemerken können. Der Brennvorgang sei sachgemäß vorgenommen worden.

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und hat ausgeführt: Die Fehler des beanstandeten Branntweins seien auf Mängel der Brenneranlage oder des Brennvorganges und nicht auf Maßnahme der Zollbeamten zurückzuführen. Für die technisch einwandfreie Anlage und ihre sachgemäße Benutzung, insbesondere die Anbringung und Füllung des Sackrohres sei allein der Kläger als Brennercibesitzer verantwortlich. Die Monopolverwaltung habe nur die Sicherheit der Verschlüsse zu überwachen. Das Sackrohr sei falsch angelegt worden, nämlich derart, daß der Scheitelpunkt des Rohres unterhalb des Grubenabflusses und damit unterhalb der Oberfläche der in der Grube gesammelten Flüssigkeit gelegen habe; ein solches Sackrohr habe das Eindringen der Gerüche aus der Luttergrube in die Brenneranlage nicht verhindern können. Außerdem hätte der Kläger beim Brennen die Absperrventile nicht geschlossen gehabt. Die zollamtlichen Verfahrensbestimmungen seien von den Zollbeamten beachtet worden. Die Zuziehung des Schwagers Sch. und dessen Arbeiters hätten ausgereicht, zumal diese ständig für den Kläger auch vorher tätig gewesen seien. Sie hätten den Kläger auch von der Neufüllung der

Grube unterrichtet. Der Kläger hätte vor dem Brennen seine Anlage überprüfen und dabei die Neubeschickung sowie die fehlende Wasserfüllung des Sackrohrs und dessen falsche Anlage bemerken müssen. Er hätte sich auch an die Firma Kr wegen der Fehler der Anlage halten müssen. Schließlich sei die Forderung auch der Höhe nach übersetzt.

Der Kläger ist diesem Vortrag entgegengetreten. Er bestreitet, daß das Sackrohr falsch angelegt gewesen sei, und meint, die Beamten hätten ihn darauf aufmerksam machen müssen und dann keinesfalls die Grube neu mit Vergällmasse beschicken dürfen.

Das Landgericht hat eine Amtspflichtverletzung verneint und die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hatte durch Urteil vom 16. Februar 1959 die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf dessen Revision hat der auch jetzt erkennende Senat das Urteil am 10. März 1960 (III ZR 52/59 = LM BGB § 839 Fl.Nr. 5 = MDR 1960, 474) aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Oberlandesgericht hat nach erneuter Beweisaufnahme die Berufung des Klägers wiederum zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die neue Revision des Klägers, mit der er seinen Klaganspruch weiter verfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht hatte in seinem ersten Berufungsurteil folgendes ausgeführt: Der Zolloberinspektor Fr sei nicht verpflichtet gewesen, die Einführung von Wasser in das Sackrohr zu veranlassen, weil das Angelegenheit des Brennerbesitzers gewesen wäre; der Beamte hätte zwar ein Protokoll

darüber aufnehmen müssen, doch sei dadurch kein Schaden entstanden, weil der Kläger persönlich zugegen gewesen sei. Der Zollobersekretär Pa. [REDACTED] habe keine Pflichtverletzung begangen, da er die Füllung der Grube sachgemäß durchgeführt habe und vorher den Zustand des Sackrohrs nicht habe zu prüfen brauchen; er habe auch keine Verfahrensbestimmungen mißachtet.

Der Senat hatte in seinem ersten Revisionsurteil vom 10. März 1960 die Entscheidung bezüglich des Oberinspektors Fr. [REDACTED] gebilligt, aber eine Pflichtverletzung des Zollobersekretär Pa. [REDACTED] bejaht, weil dieser nach §§ 135, 136 der Brennereiordnung hätte vorgehen, insbesondere eine Verhandlungsniederschrift anfertigen und dem Brennereibesitzer zugänglich machen müssen. Das sei eine Amtspflicht auch dem Kläger gegenüber gewesen; der Kläger hätte dann von der Neuvergällung erfahren und vor dem nächsten Brennen die Anlage reinigen und das Sackrohr mit Wasser füllen können.

Das Berufungsgericht hat in dem jetzt angefochtenen Urteil nach erneuter Beweisaufnahme folgendes ausgeführt: Die Anweisung des Zolloberinspektors Fr. [REDACTED] zur Anbringung eines Sackrohres sei pflichtgemäß gewesen; die unterbliebene Aufnahme einer Verhandlung habe keinen Schaden verursacht, weil der Kläger bei dem ganzen Vorgang persönlich anwesend gewesen sei. - Pa. [REDACTED] hätte zwar über die Neuvergällung der Grube eine Verhandlung aufnehmen und durch eine Abschrift den Kläger unterrichten müssen, doch sei auch dadurch der Schaden nicht entstanden. Denn damals sei das Sackrohr falsch angebracht gewesen, weil sich sein Scheitelpunkt unter der Oberfläche der Flüssigkeit in der Grube, nämlich unter dem Abfluß aus der Luttergrube befunden habe, so daß auch die Füllung des Sackrohres mit Wasser die Verunreinigung der Brennanlage nicht verhindert hätte.

Es bedürfte keiner Erörterung, ob die Beamten die unsachgemäße Ausführung des Sackrohres hätten beanstanden oder von einer Neubeschickung der Grube zunächst hätten absehen müssen, denn insoweit habe der Kläger einen Ersatzanspruch gegen die Firma Kr. gehabt, der Amtshaftungsansprüche ausschließe.

II.

Die dagegen von der Revision erhobenen Bedenken sind unbegründet.

1. Die Revision meint, der Berufungsrichter hätte prüfen müssen, ob nicht eine Amtspflichtverletzung des Zolloberinspektors Fr. deshalb vorlag, weil er für die Anbringung des Sackrohres keine detaillierte Anweisung gegeben habe.

Die Rüge ist unbegründet. Denn der Beamte hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur auf die nach § 84 Abs. 5 der Brennereiordnung bestehende Verpflichtung des Brennereibesitzers hingewiesen.

Er brauchte die Einzelheiten nicht anzugeben, weil er es dem Kläger überlassen mußte, über Art und Ort der Einfügung des Sackrohres selbst zu befinden. Die Bestimmung der Brennereiordnung besagt insbesondere nichts darüber, an welcher Stelle der Rückständeleitung und der Brennereianlage die sackartige Sicherung eingesetzt werden muß. Der Kläger hat nach seinem Vortrag alsbald einen Fachmann, nämlich die Firma Apparatebau Kr. aus K., mit der Arbeit beauftragt. Jeder Apparatebaufirma und dem Kläger als sachkundigen Brenner mußte klar sein, daß ein Sackrohr nur dann als Geruchverschluß wirken kann, wenn sein Scheitelpunkt über der Oberfläche der schädlichen Flüssigkeit

liegt (Prinzip der kommunizierenden Röhren). Damit entsprach die Anweisung des Beamten der Vorschrift und war für einen sachkundigen Brenner, der sachkundige Firmen einsetzte, so klar, daß der Beamte mit Fehlern nicht zu rechnen und keine weiteren Angaben zu machen brauchte.

2. Der Kläger hatte vor dem Berufungsgericht nach Schluß der Verhandlung am 17. September 1962 und vor dem auf den 22. Oktober 1962 anberaumten Verkündungstermin noch einen Schriftsatz vom 22. September 1962 eingereicht und darin um die Vernehmung von vier Zeugen geboten, nämlich seines Bruders, des Schmiedes und zweier Betriebsangehöriger. Diese sollten dazu gehört werden,

daß in keinem Zeitpunkt die Führung des Abflußrohres von dem Sackrohr her seit dessen Anbringung überhaupt geändert worden sei; der Schmiedemeister, der das Rückständerrohr gefertigt habe, könne bekunden, daß der Scheitelpunkt keinesfalls unterhalb des Abflußrohres gelegen habe.

Das Berufungsgericht hat zu einer Wiedereröffnung der Verhandlung keinen Anlaß gesehen, zumal das Vorbringen als verspätet hätte zurückgewiesen werden müssen, da der Kläger aus dem Gutachten von Professor F. von Mai 1961 sowie dem Auflagebeschuß des Berufungsgerichts vom 30. Oktober 1961 und dem Beweisbeschuß vom 30. Juli 1962 habe entnehmen müssen, daß es maßgeblich darauf ankomme, ob der Scheitelpunkt des Sackrohres tiefer gelegen hatte als das Abflußrohr.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte dieses Vorbringen doch berücksichtigen müssen, weil dem Kläger gestattet gewesen sei, einen Schriftsatz nachzureichen.

Das ist unrichtig, denn das Berufungsgericht hatte von der Möglichkeit des § 272 a ZPO ausweislich des Protokolls und der Entscheidungsgründe keinen Gebrauch gemacht.

b) Der Kläger meint, das Berufungsgericht hätte die mündliche Verhandlung nach § 156 ZPO wieder eröffnen müssen.

Das Berufungsgericht hat die Wiedereröffnung abgelehnt, weil das neue Vorbringen als verspätet zurückgewiesen worden wäre. Das ist irrig, soweit sich die Entscheidung dabei auf § 529 Abs. 2 ZPO stützt. Denn das Berufungsgericht hat nicht dargelegt, daß die sofortige Ladung der Zeugen auf den zur Verkündung anberaumten Termin und dessen Umwandlung in einen Verhandlungstermin den Rechtsstreit verzögert hätte. Aber das Berufungsgericht durfte das Vorbringen nach § 279 a ZPO zurückweisen: Durch den Auflagenbeschluß vom 30. Oktober 1961 war dem Kläger aufgegeben worden, sich bis zum 30. November 1961 zu erklären, ob er die Behauptung aufrecht erhalten wolle, der Scheitelpunkt des Sackrohres in der Rückständeleitung habe auch vor der Erneuerung des Sackrohres im Jahre 1960 oberhalb des Abflußrohres der Rückständegube gelegen. Der Kläger hatte dazu trotz wiederholter Beanstandung durch die Beklagte und trotz Vorlage der Betriebszeichnungen aus dem Jahre 1956 keine klaren Erklärungen abgegeben. Im Gegenteil hatte er mehrfach "theoretisch unterstellt", daß das Sackrohr falsch angebracht gewesen sei. Er hatte nach wechselnden Darstellungen sich wiederum auf den bereits früher vernommenen Schlosser Mü[redacted] als Zeugen berufen, der Arbeiten an dem Sackrohr ausgeführt hatte. Das Berufungsgericht hat den Zeugen nochmals gehört, aber seiner unsicheren Aussage gegenüber den durch mehrere andere Umstände unterstützten übereinstimmenden, eindeutigen und sicheren Bekundungen der Beamten der Monopolverwaltung kein Gewicht beilegen können. Der neue Beweisantritt deckte sich auch nicht mit den früheren Erklärungen des Klägers. Unter Berücksichtigung dieses Prozeßverlaufes war

das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler berechtigt, nach § 279 a ZPO dieses Vorbringen zurückzuweisen, weil der Kläger die ihm im Auflagenbeschluß vom 30. Oktober 1961 gesetzte Frist ohne genügende Entschuldigung nicht eingehalten hatte. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist daher verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Die Revision rügt weiter folgendes: Der Kläger hatte ein Sachverständigengutachten dafür beantragt,

daß die von der Beklagten behauptete Verlegung des Rückständerohres und des Abflußrohres im vorliegenden Falle für den eingetretenen Schaden nicht ursächlich gewesen sein könne; ursächlich sei die unterbliebene Mitteilung von der Neuvergällung gewesen; bei der Benachrichtigung hätte der Kläger das Rückständerrohr mit Wasser gefüllt und dadurch den Schaden verhütet.

Die Revision meint, der Sachverständige F. habe eine Beeinträchtigung des Destillates infolge der falschen Anbringung des Sackrohres nur dann für möglich erklärt, wenn das Sackrohr nicht mit Wasser gefüllt gewesen wäre; das Berufungsgericht habe sich hier eine eigene Sachkunde zugetraut, ohne sie zu belegen.

Die Revision hat insoweit das Gutachten von Professor F. mißverstanden. Er hat eindeutig erklärt, daß bei einer falschen Anlage des Sackrohres auch eine Füllung des Rohres mit Wasser eine Verunreinigung des Destillats durch eine voll gefüllte Grube nicht verhindert hätte. Das Berufungsgericht hat sich, wenn es dem Gutachten folgte, zwar "eigene Sachkunde zugetraut" - wie die Revision meint -, doch war das Berufungsgericht dazu verpflichtet, weil es sich mit den Gedankengängen des Sachverständigen vertraut machen und sein Gutachten überprüfen mußte. Es brauchte seine Sachkunde nicht näher zu belegen, weil diese Sachkunde an Elementarkenntnissen der Physik anknüpft, nämlich an das Prin-

zip der kommunizierenden Röhren.

4. Das Berufungsgericht hat die Frage nicht erörtert, ob eine Pflichtverletzung darin lag, daß die Beamten der Zoll- oder Monopolverwaltung die falsche Anlage des Sackrohrs nicht beanstandeten und Pa[REDACTED] die Luttergrube am 27. Juli 1955 trotz der fehlerhaften Anlage des Sackrohres neu beschickte. Es meint, wegen der insoweit höchstens vorliegenden fahrlässigen Amtspflichtverletzung könne der Kläger schon nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB keinen Schadensersatzanspruch stellen, weil nicht von der Hand zu weisen sei, daß der Kläger einen Ersatzanspruch gegen die Firma Kr[REDACTED] aus K[REDACTED] habe.

Die Revision rügt insoweit eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht nach § 139 ZPO. Der Kläger hätte auf Befragen vorgetragen, daß die Firma Kr[REDACTED] seit langem nicht mehr bestehe und beide Brüder Kr[REDACTED] seit Jahren verstorben seien.

Die Rüge ist unbegründet, weil der Kläger damit die sich aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Bedenken nicht ausgeräumt hat. Die Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu erlangen, ist eine Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs wegen fahrlässiger Pflichtverletzung. Die Beklagte hatte darauf noch ausdrücklich im Schriftsatz vom 3. Januar 1962 hingewiesen. Dabei entfällt der Schadensersatzanspruch nicht nur dann, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Klagerhebung eine anderweite Ersatzmöglichkeit hat, sondern er muß auch nachweisen, daß er eine früher vorhanden gewesene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt hat. Der Kläger wußte auf Grund der eindeutigen Mitteilung der Bu[REDACTED] von Herbst 1955, daß die Firma Kr[REDACTED] das Sackrohr falsch angelegt hatte. Er mußte deshalb, bevor er einen Amtshaftungsanspruch gegen die Monopolverwaltung geltend machte,

diese anderweitige Ersatzmöglichkeit durchzusetzen versuchen. Deshalb ist es unerheblich, daß der Kläger vorträgt, Ansprüche gegen die Firma Kr[REDACTED] seien jetzt nicht mehr durchsetzbar. Die Löschung der Firma im Handelsregister ist dafür außerdem schon deshalb ohne Bedeutung, weil der Kläger nicht vorgetragen hat, daß die Firma eine juristische Person war, die ersatzlos weggefallen sei; dem Kläger hafteten also die Firmeninhaber weiter und nach ihrem Tode deren Erben. Das angefochtene Urteil beruht also auch insoweit nicht auf einem Verfahrensfehler.

5. Damit erweist sich die Revision des Klägers im vollen Umfange als unbegründet. Sie muß mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Gähtgens