

45
III ZR 388/52

Verkündet am 29. März 1954
Fieser, Just. Angest., als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

2391 036

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

In dem Rechtsstreit

des Hauseigentümers Dr. Ernst K [REDACTED] in H [REDACTED]/W [REDACTED],
Ho [REDACTED]strasse [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

B e r l i n , Vertreten durch den Regierenden Bürgermeister,
dieser vertreten durch den Senator für Finanzen.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. März 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Rietschel, Dr. Weber,
Dr. Kreft und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
21. Oktober 1952 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das vier Geschosse hohe Haus des Klägers in B [REDACTED], A [REDACTED] Strasse [REDACTED], war durch Kriegseinwirkung teilweise zerstört worden. Vom mittleren Teil des Gebäudes stand noch die zur Strasse hin aufgeführte Aussenmauer, und zwar über dem Hauseingang bis zur Höhe des zweiten Stockwerks. Der Seitenflügel des Hauses war noch bewohnt. Das Erdgeschoss des Vorderhauses wurde benutzt und ebenfalls der Hauseingang als Durchgang zum Seitenflügel.

Am 2. Februar 1951, einem sehr windigen Tage, meldete der Polizeioberwachtmeister S [REDACTED] nach Rückkunft von einem Streifengang seinem Revier, dass ein Pfeiler über dem Eingang im zweiten Stockwerk schwanke und dass die Bewohner sich durch herabfallenden Mörtel gefährdet fühlten. Der Reviervorsteher Kr [REDACTED] besichtigte das Haus und stellte fest, dass sich in dem Pfeiler unterhalb des zweiten Stockwerkes Risse befänden, er hatte den Eindruck, dass der Pfeiler schwanke. Zwischen 14 und 15 Uhr meldete S [REDACTED] seine Beobachtungen dem Angestellten Maurermeister Se [REDACTED] des Baupolizeiamts We [REDACTED] der Beklagten. Se [REDACTED] besichtigte die Gefahrenstelle und liess am gleichen Nachmittag durch die Feuerwehr den über dem Hauseingang befindlichen Frontpfeiler im zweiten Stockwerk sowie den links anschliessenden Gurtbogen über der Balkontür und die rechts anschliessende Fensterbrüstung abreissen.

Der Kläger behauptet, in dem Vorgehen Se [REDACTED] liege eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung. Es habe keine Einsturzgefahr vorgelegen, man habe weder ihn noch seinen Verwalter vor der Ausführung benachrichtigt. Die Gefahr habe sich auch durch Absteifen und Anlage eines Türschlosses am Hauseingang beseitigen lassen. Er behauptet weiter,

- 3 -

bei der Ausführung habe Se [REDACTED] versäumt, eine Balkondecke zu stützen. Diese habe sich, durch die Fortnahme des Pfeilers ihres Haltes beraubt, gesenkt und habe deshalb beseitigt werden müssen.

Auf ihre Verfügungen aus dem Jahre 1949, die sich mit der Einsturzgefahr befassten, könne die Beklagte sich nicht berufen, weil 1949 das Haus unter der Kontrolle der Französischen Militärregierung gestanden habe, die beanstandeten Mängel auch im Jahre 1950 beseitigt worden seien.

Infolge des Fehlens der abgerissenen Teile habe die Instandsetzung des Hauses 504,75 DM mehr gekostet, für das Abreißen der Balkondecke habe er 17,50 DM und für die Schuttabfuhr 20 DM Unkosten gehabt.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm 542,25 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 2. Februar 1951 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Zustand der seit Februar 1949 vorhandenen Gefahrenstelle habe sich im Winter 1951 durch die Witterungseinflüsse und die von der Haustür ausgehenden Erschütterungen verschlechtert. Es habe sich insbesondere ein 2 m langer und 2-3 cm tiefer Riss in dem Pfeiler gezeigt. Am 2. Februar 1951 habe der Pfeiler einzustürzen gedroht. Gefahr im Verzuge habe vorgelegen. Eine Benachrichtigung des Klägers oder seines Verwalters habe deshalb nicht zu erfolgen brauchen; im übrigen sei ein dahin gehender Versuch des Zeugen S [REDACTED] misslungen.

Zum Absteifen des Balkons hätte es an Zeit und Material gefehlt, ausserdem habe sich eine solche Arbeit mit Rücksicht



auf die Einsturzgefahr des Pfeilers verboten. Ein Verschulden ihres Angestellten liege nicht vor, selbst wenn er bei diesem Sachverhalt irrtümlich eine Gefahr angenommen habe.

Ein Schaden sei dem Kläger nicht entstanden, da er den Pfeiler nach den Vorschriften der Baupolizei bei dem Ausbau nicht hätte verwenden dürfen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da der Vorwurf der Amtspflichtverletzung nicht begründet sei. Der Pfeiler, so führt es aus, habe einen Riss gehabt. Dies ergebe die Aussage des Zeugen S. [REDACTED] und das von dem Kläger vorgelegte Lichtbild. Die Richtigkeit der Angaben Se. [REDACTED] habe auch der Sachverständige Wi. [REDACTED] bestätigt, in dessen Zuverlässigkeit kein Zweifel zu setzen sei. Der vorhandene Riss im Pfeiler habe mit grosser Wahrscheinlichkeit dessen Einsturz herbeiführen können, wie der Sachverständige W. [REDACTED] überzeugend dargelegt habe. Im übrigen hätte der Kläger den Pfeiler beim Ausbau des Hauses nicht verwenden dürfen, so dass er keinen Schaden erlitten habe. Das Unterlassen der Absteifung des Balkons sei im vorliegenden Falle kein Kunstfehler gewesen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Im Berufungsverfahren hat der Kläger den Klagantrag auf 517,25 DM-West nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 1. Februar 1951 herabgesetzt. Das Berufungsgericht hat sich die Ausführungen des Landgerichts in vollem Umfang zu eigen gemacht und die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er seinen Berufungsantrag weiterverfolgt. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision rügt in erster Linie, dass das Berufungsgericht seiner Beurteilung das Gutachten des vom Landgericht vernommenen Sachverständigen W. zugrunde gelegt habe. Das hätte es nur tun dürfen, wenn W. vom Kläger nicht zu Recht abgelehnt und darüber entschieden worden wäre. Diese Rüge ist unbegründet.

Nachdem der Sachverständige W. dem Landgericht ein schriftliches Gutachten eingereicht hatte, erklärte der Kläger im Schriftsatz vom 25. April 1952, der Sachverständige sei befangen, sein Gutachten sei nicht verwertbar. W. sei Amtsleiter des Hochbauamts Charlottenburg gewesen und beziehe von der beklagten Stadt Ruhegehalt, sei von ihr also wirtschaftlich abhängig. Nachdem das Landgericht W. in der Schlussverhandlung vernommen hatte, erklärte es in seinem Urteil die Annahme des Klägers, W. sei parteilich, für unbegründet.

In der Berufungsbegründung spricht der Kläger von dem "befangenen" Sachverständigen, und er bietet Beweis an durch das Gutachten eines "unbefangenen" Sachverständigen. Das Berufungsgericht führt in den Gründen seines Urteils aus, die Rüge des Klägers, dass die frühere Anstellung des Sachverständigen bei der beklagten Stadt Misstrauen gegen dessen Unparteilichkeit begründe, sei gemäss § 406 Abs 2 Satz 2 ZPO verspätet, da dem Kläger dieser Umstand bereits vor der Erstattung des mündlichen Gutachtens bekannt gewesen sei, er aber ein Ablehnungsgesuch nicht eingereicht habe. Im übrigen sei der Sachverständige nicht von der Beklagten abhängig. Seine Unabhängigkeit werde auch durch die Tatsache bewiesen, dass er in einem anderen beim Berufungsgericht geführten Rechtsstreit zu Ungunsten der Beklagten sich ausgesprochen habe.

Die Revision macht demgegenüber geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, dass der Kläger den Sachverständigen nach Einreichung seines schriftlichen Gutachtens und vor seiner mündlichen Vernehmung, also rechtzeitig, im Schriftsatz vom 25. April 1952 abgelehnt habe. Da das Landgericht über dieses Ablehnungsgesuch nicht ordnungsmässig durch Beschluss entschieden habe, hätte das Berufungsgericht im Hinblick auf die Berufungsbegründung über die Ablehnung entscheiden müssen. Die beiläufige Bemerkung in den Urteilsgründen, W [REDACTED] sei nicht befangen, müsse als nicht geschrieben gelten, weil das Ablehnungsgesuch aus formalen Gründen - zu Unrecht - zurückgewiesen worden sei.

Ob das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers, W [REDACTED] sei befangen, mit Recht als verspätet zurückgewiesen hat und ob die sachliche Begründung, mit der es die Befangenheit W [REDACTED] verneint, bei der Zurückweisung der Ablehnung aus formalem Grunde zulässig und ob sie sachlich gerechtfertigt war, ist der Nachprüfung im Revisionsverfahren entzogen. Hätte das Berufungsgericht durch besonderen Beschluss über die Ablehnung entschieden, so wäre seine Entscheidung unanfechtbar gewesen, denn die in § 406 Abs 5 ZPO gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs vorgesehene sofortige Beschwerde ist nach § 567 Abs 3 ZPO nicht zulässig, wenn der Zurückweisungsbeschluss von einem Oberlandesgericht erlassen worden ist. Ein gleiches muss aber gelten, wenn das Oberlandesgericht die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch mit der Entscheidung über die Hauptsache im Urteil verbunden hat (RG in JW 1915, 592 und in HRR 30, 1399). Der erste Angriff der Revision kann somit keinen Erfolg haben.

II.

Die Revision rügt weiter, das Gericht habe die Aussage der Hauswartin P. als unrichtig bezeichnet, ohne deren Inhalt zuvor festzustellen. Das ist unrichtig.

1. Die Zeugin P. hat vor dem Landgericht ausgesagt, sie "habe auch keinen Riss im Mittelpfeiler gesehen". In der Maschinenniederschrift der Aussage steht zwar nicht "Riss", sondern "Putz". Es handelt sich dabei aber ganz offensichtlich um einen Schreibfehler, wie sich daraus ergibt, dass die Zeugin vorher gesagt hat, am "Mittelpfeiler sei der Putz nicht abgestossen worden", und weiter daraus, dass "im" Pfeiler "Putz" schwerlich vorhanden sein kann. Der Sachverständige W. hatte (Bl 2 seines Gutachtens) das Wort "Putz" als Schreibfehler statt "Riss" angesehen, das Landgericht hat die Aussage der Zeugin P. dahin verstanden, dass sie von einem Riss nichts gesehen habe, und der Kläger hat in den Tatsacheninstanzen nirgends geltend gemacht, dass Frau P. Aussage falsch aufgefasst worden sei. Aus der Aussage der Zeugin konnte das Berufungsgericht somit unbedenklich entnehmen, dass sie überhaupt keinen Riss gesehen hatte, und es bestand deshalb kein Anlass, sie noch danach zu fragen, ob sie auch keinen Riss im Mauerwerk gesehen habe. Auch der Hinweis der Revision geht fehl, dass die Zeugin P. nach dem Beweisbeschluss nicht zu dem Punkt hätte gehört werden sollen, in dem von Rissen die Rede ist, sondern zum nächsten Punkt des Beschlusses. Nach letzterem sollte über die Behauptung des Klägers Beweis erhoben werden, das von der Beklagten eingerissene Mauerwerk sei auch sonst in keiner Weise schadhaft oder brüchig gewesen. Verweist schon das Wort "sonst" auf den vorhergehenden Punkt (Risse im Mauerwerk), so war eine Befragung der Zeugin P. über Rissbildung

45-

auch nach dem nächsten Punkt des Beweisbeschlusses durchaus geboten, weil es sich dabei auch um Schadhaftheit und Brüchigkeit handelte. Im übrigen war der Kläger während der Vernehmung der Zeugin P. durch seinen Rechtsanwalt vertreten. Er hat weitere Fragen an die Zeugin aber nicht gestellt. Wenn das Berufungsgericht die Aussage der Zeugin als inhaltlich unrichtig bezeichnet hat, weil sie keinen Riss gesehen hat, obwohl ein solcher, wie der Kläger nicht bestreitet, vorhanden war, so ist das nicht zu beanstanden.

2. Ob es zulässig war, dass der Sachverständige sich, als er das Haus besichtigte, mit der Hauswartin P. unterhielt und ihre Äusserungen dann in seinem Gutachten erwähnte, kann dahingestellt bleiben. Die Revision will darin einen Verstoß gegen § 355 ZPO sehen, weil der Sachverständige unzulässigerweise eine Zeugin vernommen habe. Davon, dass er Frau P. als "Zeugin" vernommen hätte, ergibt sich aus dem Gutachten W. nichts. Dort ist nicht mehr gesagt, als dass Frau P. ihr Erstaunen darüber ausgedrückt habe, als der Sachverständige ihr zwei dem Pfeilerriss ähnliche Risse in der Erkerwand zeigte und dass sie dabei den Eindruck erweckt habe, dass sie sich über Form und Verlauf solcher Risse nicht klar war. Als "unglaublich" bezeichnet der Sachverständige - entgegen der Darstellung der Revision - Frau P. nicht, und es bestand deshalb für das Gericht kein Anlass, die für die Unglaubwürdigkeit sprechenden Umstände festzustellen. Das Berufungsgericht sagt ausdrücklich, die Unterredung des Sachverständigen mit Frau P. sei ohne Belang; denn über deren Sachkenntnis und den Inhalt ihrer Aussage könne das Gericht sich selbst ein Urteil bilden. Das Berufungsgericht lässt also das, was der Sachverständige über seine Unterhaltung mit Frau P. in seinem Gutachten gesagt hat, bei Würdigung

von deren Zeugenaussage völlig ausser Betracht. Aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe und der Gegenüberstellung der Worte "Unterredung" und "Aussage" ergibt sich eindeutig, dass das Gericht unter dem Inhalt der Aussage nicht ihre Unterredung mit dem Sachverständigen, sondern ihre Aussage vor dem Landgericht gemeint hat. Über die Sachkunde der Zeugin konnte das Berufungsgericht sich sehr wohl selbst ein Urteil daraus bilden, da sie keinen Riss gesehen hatte, obwohl ein solcher vorhanden war. Auch die Rügen in Abschn II der Revisionsbegründung greifen somit nicht durch.

III.

Die Revision macht weiterhin geltend, die Entscheidung des Berufungsgerichts, dass der Abbruch des Pfeilers notwendig gewesen sei, um Gefahren zu verhüten, werde durch das Gutachten W [REDACTED] nicht getragen.

1. In erster Linie rügt die Revision hierbei eine Verletzung des § 286 ZPO. Der Sachverständige habe es in seinem Gutachten als Pflichtverletzung Se [REDACTED] bezeichnet, dass dieser den Balkon nicht abgestützt habe. Bei seiner mündlichen Vernehmung habe er diese Feststellung für den Fall zurückgenommen, daß ein Kantholz zum Abstützen nicht schnell zu beschaffen gewesen sei. Der Kläger habe aber Beweis dafür angeboten, dass ein solches Holz leicht zu beschaffen gewesen wäre. Das habe das Berufungsgericht übersehen. Dieser Vorwurf ist unbegründet. Auf eine Beweiserhebung über die Beschaffbarkeit eines Kantholzes zur Stütze des Balkons wäre es nur dann angekommen, wenn das Berufungsgericht die Sicherung des Balkons durch Abstützen mittels eines Kantholzes für möglich gehalten hätte. Das verneint

das Berufungsgericht am Ende seines Urteils aber mit der Begründung, ein Arbeiten in der Nähe des gerissenen Pfeilers sei nicht möglich gewesen.

Die Revision beanstandet, dass das Berufungsgericht diese Feststellung unter Verletzung des § 286 ZPO auf Grund einseitiger Parteibehauptung der Beklagten getroffen habe. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Abstützung des Balkons mit Gefahr verbunden und deshalb unmöglich gewesen sei, findet jedoch im Gutachten W. eine Stütze, wonach der rechte Teil des Pfeilers beim Anbringen des Kantholzes hätte abrutschen können. Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe sich auf eine einseitige Parteibehauptung gestützt, ist somit nicht berechtigt.

2. Eine weitere Rüge der Revision geht dahin, das Berufungsgericht habe nicht einwandfrei festgestellt, dass eine sofortige Einsturzgefahr gedroht habe. W. spreche davon in seinem schriftlichen Gutachten (vgl. seine Zeichnung) nur unter der Voraussetzung, dass der Riss durch den Pfeiler über die volle Diagonale und mitten durch die einzelnen Mauersteine hindurch bis zur Rückseite durchgegangen, eine Aufspaltung also schon eingetreten gewesen sei. Dazu fehle es an jeden tatsächlichen Feststellungen. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass W. an der angegebenen Stelle von einem Riss über die volle Diagonale mitten durch die einzelnen Mauersteine und bis zur Rückseite überhaupt nicht gesprochen hat. In der Zeichnung führt der Riss nur vom oberen Teil des Pfeilers bis zur Höhe der Balkonbrüstung, er ist treppenförmig, also den Mauerfugen folgend eingezeichnet und nirgends als bis zur Rückseite durchführend dargestellt.

Richtig ist, dass der Sachverständige bei seiner Vernehmung gesagt hat, er habe noch keine Risse gesehen, die

nicht durchgehen, wenn sie vorne 3 cm breit sind. Richtig ist auch, dass Se [REDACTED] von einem schätzungsweise 2 bis 3 cm breiten Riss gesprochen hat. Das Berufungsgericht ist aber auch nur von einem 2 bis 3 cm breiten Riss ausgegangen, und der Sachverständige hat seinem Gutachten gleichfalls die Aussage Se [REDACTED] zugrunde gelegt. Wenn er bei seiner Vernehmung von einem 3 cm breiten Riss gesprochen hat, so handelt es sich offensichtlich um eine belanglose Ungenauigkeit, denn seine Äusserung bezog sich auf den hier in Rede stehenden Riss, wie ihn Se [REDACTED] beschrieben hatte. Das Berufungsgericht durfte unbedenklich davon ausgehen, der Sachverständige habe sagen wollen, dass er noch keinen der Beschreibung Se [REDACTED] entsprechenden Riss gesehen habe, der nicht durch das Mauerwerk gegangen sei. Dann aber brauchte es einen Beweis darüber, dass der Riss nicht genau 3 cm breit war, nicht zu erheben und die Rüge, § 286 ZPO sei verletzt, ist unbegründet.

Die Revision rügt weiter, der Sachverständige habe von der Gefahr des Absprengens eines Teils des Pfeilers nur unter der Voraussetzung gesprochen, dass Wasser eindrang, dass die Temperatur schwankte und dass sich Eis bildete. Im Zustand des Abbruchs seien diese Voraussetzungen nicht gegeben gewesen. Auch das ist nicht richtig. Der Sachverständige sagt, der von Se [REDACTED] festgestellte Riss sei während der Zeit um den Nullpunkt schwankender Temperaturen, den abwechselnd einwirkenden Wassermengen und folgenden Eisbildungen und damit Sprengwirkungen ausgesetzt gewesen. Bei so andauernden Angriffen sei ein Absprengen des rechten Keils von der nur noch geringen treppenförmigen Auflagerung jederzeit möglich gewesen. Das Berufungsgericht führt mit Recht aus, dass nicht der Zustand des Pfeilers im Augenblick des Abbruchs allein zu berücksichtigen sei, in Betracht komme

vielmehr auch, dass in allernächster Zeit mit dem Abgleiten des abgesprengten Pfeilerkeils infolge der Witterungseinflüsse zu rechnen gewesen sei. Es handelt sich dabei um tatsächliche Feststellungen, gegen die keine Bedenken bestehen. Sie widersprechen, da es sich um Anfang Februar handelt, eine Zeit, in der Frostgefahr besteht, keinesfalls der Lebenserfahrung.

Wenn sich die Revision darauf beruft, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass man das Eindringen von Wasser durch Ausfüllen der Risse mit Mörtel hätte verhindern können, und wenn es dafür auf die Aussage des Baumeisters Wü[REDACTED] verweist, so ist dem entgegenzuhalten, dass Wü[REDACTED] nur von den oberen Fugen des - zugleich mit dem Pfeiler abgerissenen - Fenstersturzes spricht, nicht von dem schrägen Riss im Pfeiler.

3. Das Berufungsgericht gründet seine Feststellung, dass es sich nicht nur um einen Riss im Putz, sondern im Mauerwerk des Pfeilers selbst gehandelt habe, darauf, dass ein vom Kläger überreichtes Lichtbild einen Riss nicht nur auf der Vorderseite des Pfeilers, sondern seine Fortsetzung auf der Seitenfläche zeige. Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe nicht begründet, weshalb ein so verlaufender Riss ein Mauerriss sein müsse und nicht ein Riss im Putz sein könne. Putzrisse könnten ebenso gut an der Seitenfläche verlaufen wie an der Vorderfläche. Offenbar hat das Berufungsgericht auf das Vorhandensein eines Mauerrisses daraus geschlossen, dass dort, wo der auf der Vorderseite schräg von links oben nach rechts unten verlaufende Riss endet, auf der Seitenwand ein horizontaler Riss in Erscheinung tritt. Eine solche Schlussfolgerung widerspricht nicht der Lebenserfahrung. Es liegt nahe, anzunehmen, dass dort, wo ein schräg

durch einen Pfeiler gehender Riss an der Seitenwand endet, in deren Putz ein horizontaler Riss gewissermassen an der Schneide des darüberliegenden Keiles entsteht. Wenn das Landgericht seine so naheliegende Schlussfolgerung nicht noch ausdrücklich begründet hat, so hat es damit nicht gegen § 313 ZPO verstossen.

4. Die Revision bemängelt in diesem Zusammenhang, dass das Berufungsgericht zwei Risse in der Erkerwand erwähnt, von denen der Sachverständige gesprochen hat. Sie meint, das Berufungsgericht habe darüber keine unmittelbaren Feststellungen getroffen und dadurch gegen § 355 ZPO verstossen, aber auch den § 286 ZPO verletzt, in dem es auf den Antrag des Klägers, einen Augenschein einzunehmen und Baumeister Wü. gegenbeweislich zu vernehmen, nicht eingegangen sei. Wenn der Sachverständige erwähnt hat, dass in der Erkerwand, als er sie besichtigte, zwei Risse gewesen seien, so war das Berufungsgericht nicht gehindert, diese Angabe des Sachverständigen als glaubhaft hinzunehmen und eine dementsprechende Feststellung zu treffen, ohne selbst einen Augenschein einzunehmen. Der Antrag auf Augenscheinseinnahme im Schriftsatz des Klägers vom 28. August 1952 bezieht sich gar nicht auf diese Risse in der Erkerwand, sondern darauf, ob zwischen der Strassenfront und der Mittelwand eine Verbindung bis zum dritten Stockwerk bestand, und Wü. sollte aussagen, dass die Risse in der Erkerwand "zu keinem Abbruch und zu keiner nennenswerten Reparatur geführt und dennoch den vollen Wiederaufbau" ermöglicht hätten. Aus diesem Beweisantrag ergibt sich, dass der Kläger Mauerrisse in der Erkerwand nicht in Abrede stellt. Mehr als deren Vorhandensein hat das Berufungsgericht auch nicht festgestellt.

5. Ebenso unbegründet ist die weitere Rüge eines Verstosses gegen § 286 ZPO, der darin liegen soll, dass das Berufungsgericht ausgeführt hat, es sei nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen, dass Se [REDACTED], ein Maurermeister, der gerade den Pfeiler untersucht habe, um danach seine Anordnungen zu treffen, einen Putzriss für einen Riss im Mauerwerk gehalten habe. Die Revision meint, es sei nicht einzusehen, warum Se [REDACTED], der erst knapp vor einem Jahr seine Prüfung als Maurermeister gemacht gehabt habe, ein Vorrang vor dem Zeugen Wü [REDACTED] zukommen solle, der seit langen Jahrzehnten als Baumeister tätig gewesen sei. Warum das Berufungsgericht der Aussage Se [REDACTED] den Vorzug gegeben hat, sagt das Urteil aber ausdrücklich, deshalb nämlich, weil Se [REDACTED] gerade den Pfeiler besichtigt hatte und zwar am Tage des Abbruchs, während Wü [REDACTED] den Bau zu Weihnachten 1950 besichtigt habe, mithin über den Zustand des Pfeilers am 2. Februar 1951 nichts wisse.

6. Auf die Vorwürfe, die die Revision in Abschn III d der Revisionsbegründung gegen den Zeugen Se [REDACTED] erhebt, kommt es nicht an. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der ganze Pfeiler einzustürzen drohte. Es hat auch nicht entscheidend darauf abgestellt, dass das Mauerwerk am Fuss des Pfeilers, dort wo die Deckenbalken gelegen hatten, fehlte und dass beim Zuschlagen der Haustür Mörtel vom Fenstersturz herabgefallen sei. Auch Se [REDACTED] Ansicht, dass der Pfeiler nach Beseitigung des Fenstersturzes noch weniger Halt gehabt habe, ist für das Berufungsgericht nicht von Bedeutung gewesen.

7. Auch das weitere Vorbringen im Schriftsatz des Klägers vom 3. Februar 1953, das Berufungsgericht habe sich unter Verstoss gegen § 286 ZPO nicht mit der Behauptung des Klägers auseinandergesetzt, dass der empfindliche Holz-

rahmen, der jede Lageänderung des Pfeilers erkenntlich gemacht haben würde, unverändert geblieben sei, ist nicht erheblich. Denn das Berufungsgericht ist gar nicht davon ausgegangen, dass im Zeitpunkt des Abbruchs des Pfeilers seine Lage schon verändert gewesen wäre.

8. Wenn das Berufungsgericht ausgeführt hat, das restliche Pfeilermauerwerk sei unterhalb des nach seiner Feststellung durch einen 2 bis 3 cm breiten Riss abgesprengten Keiles nicht mehr verwertbar gewesen, so ist diese Feststellung entgegen der Behauptung der Revision sehr wohl "durch Parteivortrag gestützt". Die Beklagte hat in der Berufsbeantwortung ausdrücklich die Behauptung aufgestellt, vor einem Neuaufbau hätte sowieso der ganze Pfeiler abgerissen werden müssen. Es ist auch nicht richtig, dass die Meinung des Berufungsgerichts gegen Erfahrungssätze verstösst. Eher könnte die Annahme der Erfahrung widersprechen, auf einen schräg abgebrochenen Pfeiler könne seitlich wieder aufgemauert werden. Der Sachverständige Wi- hat überdies bestätigt, dass der Abbruch des Pfeilers vor Neuaufbau des Hauses notwendig gewesen sein würde. Wenn die Revision hierzu geltend macht, es sei weder ein Neuaufbau in Frage gekommen, noch sei einzusehen, weshalb der Pfeiler bei dem Wiederaufbau des Hauses nicht hätte verwendbar sein sollen, so handelt es sich um ein müßiges Spiel mit Worten. Dass der Sachverständige unter Neuaufbau des Hauses den Wiederaufbau der Ruine gemeint hat, steht ausser Zweifel. Die gesamten Angriffe der Revision gegen das Zustandekommen der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, dass infolge eines Risses im Mauerwerk des Pfeilers die unmittelbare Gefahr bestanden habe, ein Keil des Pfeilers werde abstürzen, und die weitere Feststellung, dass der Rest des Pfeilers unterhalb des Risses für den Wiederaufbau nicht verwertbar gewesen sei, sind somit unbegründet.

IV.

1. Die Revision macht geltend, eine Amtspflichtverletzung von Bediensteten der Beklagten liege darin, dass der Tatbestand nicht vor Beginn der Abbrucharbeiten hinreichend festgelegt worden sei. Infolge dieser Unterlassung kehre sich die Beweislast um. Das hätte das Berufungsgericht angesichts der Beweisnot des Klägers berücksichtigen müssen. Mit diesem Vorbringen kann die Revision keinen Erfolg haben.

Es ist zwar anerkannt, dass die Gerichte der Beweisnot einer beweispflichtigen Partei dadurch Rechnung tragen können, dass sie im Wege freier Beweiswürdigung aus dem Verhalten einer Partei die Wahrheit der gegnerischen Behauptungen folgern können, wenn eine Partei nämlich die Beweisführung der anderen Partei, sei es arglistig oder auch nur fahrlässig, vereitelt oder erschwert. Dieser Grundsatz gilt aber nicht, wenn das von einer Partei verschuldete schadensstiftende Ereignis selbst die Unaufklärbarkeit herbeiführt hat (RG JW 38, 2152; Stein-Jonas, ZPO 17. Aufl § 282 Anm IV 7b). Darum gerade würde es sich hier handeln, wo der Pfeiler beseitigt worden ist. Die Vorderrichter haben die Klagabweisung aber auch gar nicht damit begründet, dass der Kläger einen ihm obliegenden Beweis nicht geführt habe. Er ist nicht daran gescheitert, dass er eine Amtspflichtverletzung Se. [REDACTED] nicht nachgewiesen hat, sondern daran, dass die Vorderrichter die Behauptung, Se. [REDACTED] habe schuldhaft gehandelt, weil ein Grund zum Abbruch des Pfeilers nicht vorgelegen habe, als widerlegt, das Verhalten Se. [REDACTED] als gerechtfertigt angesehen haben. Überdies sind, wie sich aus den Akten der Polizeibehörde ergibt, die vor dem Berufungsgericht Verhandlungsgegenstand waren, wiederholt Aktennotizen über den Zustand des Hauses gemacht worden, insbesondere hat

Se [REDACTED] seine Beobachtungen über den Zustand des Pfeilers in diesen Akten niedergelegt. Eine Lichtbildaufnahme, die man etwa hätte anfertigen sollen, würde dem Kläger nichts genützt haben, gründen sich die Feststellungen des Berufungsgerichts doch gerade auf ein Lichtbild, in dem der Zustand des Hauses vor dem Abbruch des Pfeilers festgehalten ist.

2. Auch die weitere in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, das Berufungsgericht lasse nicht erkennen, dass es sich der Pflicht bewusst gewesen sei, zu prüfen, ob nicht die Beeidigung Se [REDACTED] und W [REDACTED] angebracht war, und es habe damit §§ 391, 402, 410 ZPO verletzt, ist unbegründet. Die Tatsache, dass beide Vorderrichter sich über die Zuverlässigkeit Se [REDACTED] und Wi [REDACTED] ausgelassen haben, spricht dafür, dass sie sich ihrer Pflicht bewusst waren, zu prüfen, ob deren Vereidigung notwendig sei. Die Erklärung des Klägers, er verzichte nicht auf die Vereidigung Se [REDACTED] und Wi [REDACTED], nötigte die Vorderrichter nicht, beide zu vereidigen. Die Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen steht im pflichtgemässen, nicht nachprüfbaren Ermessen der Gerichte (Stein-Jonas ZPO 17. Aufl § 391 Anm I 1 § 410 Anm I).

V.

Wie die Verfahrensrügen der Revision, so sind auch ihre sachlich-rechtlichen Angriffe gegen das Berufungsurteil unbegründet. Aus dem vom Kläger in Abschrift überreichten Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. Januar 1953 kann die Revision für den vorliegenden Fall nichts herleiten. Dort hat es sich lediglich um die Entfernung einiger loser Steine von einer Mauer gehandelt und um die Frage, ob der Eigentümer die Kosten der

polizeilich durchgeführten Beseitigung der Steine zu tragen habe. Eine unmittelbar drohende Gefahr des Absturzes einer erheblichen Last auf die Strasse und die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit dadurch war in dem dort entschiedenen Fall, anders als hier, nicht gegeben.

Auch auf § 41 Polizeiverwaltungsgesetz beruft sich die Revision vergeblich. Sie meint, wenn das Abgleiten des Pfeilers oberhalb des Risses gedroht und deshalb eine unmittelbare Gefahr vorgelegen habe, so hätte der Pfeiler mit Rücksicht auf die Verhältnismässigkeit der zu treffenden Massnahmen nicht weggerissen werden dürfen. Die Benachrichtigung des Hausverwalters, der den Barmeister und den Handwerker zur Hand gehabt habe, hätte genügt. § 41 PVO verlange, dass dem Betroffenen die Anwendung eines anderen Mittels gestattet werden müsse. Die Bestimmung dürfe nicht dadurch umgangen werden, dass man die Benachrichtigung des Betroffenen trotz hinreichender Zeit unterlasse und ihm dadurch die Möglichkeit nehme, ein anderes Mittel - Ausgiessen mit Zement - anzubieten.

Gemäss § 41 PVO durch eine Polizeiverfügung ein Mittel zur Beseitigung der Gefahr zu bestimmen und dem Kläger zu gestatten, ein anderes Mittel anzuwenden, wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn die Zeit hingereicht hätte, den Kläger zu benachrichtigen und ihm die Abwendung der drohenden Gefahr selbst zu überlassen. Das Berufungsgericht hat aber festgestellt, dass die Gefahr des Abgleitens des Pfeilers oberhalb des Risses unmittelbar bevorstand, als Se [REDACTED] das Abreissen des Pfeilers anordnete. Es hat mit Recht angenommen, dass bei solcher Sachlage sofortiges polizeiliches Eingreifen geboten war, und es hat zutreffend ausgeführt, dass das Abreissen des Pfeilers die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Massnahme war, dem Erlass einer polizei-

lichen Verfügung gleichstand (§ 44 Abs 1 Satz 2 PVG) und vorheriger Androhung nicht bedurfte (§ 55 Abs 2 Satz 1 PVG). Aus der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts, dass das Abdrängen des Keiles oberhalb des Risses jederzeit möglich war, ergab sich die Eilbedürftigkeit, die eine Abstandnahme von der Einhaltung der Vorschrift in § 41 PVG rechtfertigte.

Das Berufungsgericht hat auch nicht verkannt, dass die Polizei bei unmittelbarer Ausführung polizeilicher Massnahmen nicht über das notwendige Mass hinausgehen darf. Es führt aus, Se [REDACTED] habe dieses Mass durch Abreißen des ganzen Pfeilers nicht überschritten, da der Rest des Mauerwerks unterhalb des Risses nicht mehr verwertbar gewesen sei. Die Nichtverwertbarkeit des Restes als solche würde dessen Beseitigung freilich nicht notwendig gemacht haben. Da der Rest des Pfeilers aber nicht wieder zu verwerten war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, handelte Se [REDACTED] jedenfalls nicht schuldhaft, wenn er den Pfeiler niederreißen liess, ohne Massnahmen zur Erhaltung seines unteren Teiles zu treffen. Der Vorderrichter hat somit zutreffend eine schuldhafte Amtspflichtverletzung Seiferts verneint.

Die Entfernung des unbrauchbaren Restes des Pfeilers hat dem Kläger überdies keinen Schaden zugefügt, wenn der Rest, weil unverwendbar, beim Wiederaufbau doch hätte abgerissen werden müssen. Nach allem ist die Klage mit Recht abgewiesen worden. Die Revision war deshalb zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Pagendarm

Rietschel

Dr. Weber

Dr. Kreft

Dr. Beyer