

III ZR 15/52

Verkündet am 28. Juni 1954
Fieser, 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 Firma Ing. Theodor F [REDACTED], Alleininhaberin Wwe.
Theodor F [REDACTED], M [REDACTED] geb. Sch [REDACTED], D [REDACTED], H [REDACTED]-
strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Stadt Düsseldorf, vertreten durch den Rat der Stadt,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Rietschel, Dr. Kreft,
Dr. Wolany und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 15. November 1951 teilweise aufgehoben.

Der bezifferte Klageanspruch ist in Höhe von
2.000 DM in der Hauptsache erledigt.

Im übrigen wird der bezifferte Klageanspruch, soweit er nicht durch das Teil- und Zwischenurteil der II a Zivilkammer des Landgerichts in Düsseldorf vom 29. Juli 1949 rechtskräftig abgewiesen worden ist, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Sache wird zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

64

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist seit Jahren Eigentümerin des Grundstücks D [REDACTED], Sch [REDACTED]straße Nr [REDACTED]. Durch Kriegseinwirkung war das auf diesem Grundstück stehende Vorderhaus (Wohnhaus) völlig zerstört; von dem als Lagerhaus dienenden Hintergebäude waren Dach und Zwischendecken verbrannt. Dieses Hintergebäude wurde im Auftrag der Beklagten im Mai/Juni 1947 bis auf die Grundmauern abgerissen und das noch brauchbare Baumaterial entnommen. Eine Entschädigung dafür hat die Klägerin nicht erhalten.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz mit der Begründung, daß das Niederreißen des Lagerhauses, das noch zu 58 % erhalten und aufbaufähig gewesen sei, ohne gesetzliche Grundlage erfolgt sei. Die Höhe ihres Schadens (Kosten des Wiederaufbaues der eingerissenen Bauteile, entgangene Nutzungen für die Zeit bis einschließlich Mai 1949, Kosten der Schutträumung und Wert ihres bei dem Abreißen abhanden gekommenen Installationsmaterials) hat die Klägerin mit 19 089,90 DM berechnet und Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin auch den weitergehenden Schaden zu ersetzen.

Die Beklagte hat sich demgegenüber zur Rechtfertigung ihrer auf die Gewinnung von Baumaterialien gerichteten Maßnahmen auf das Reichsleistungsgesetz, Anordnungen des Oberpräsidenten der Nord-Rhein-Provinz vom 19. Juli, 2. August, 15. August und 25. September 1945 und entsprechende Befehle der Militärregierung berufen.

Das Landgericht hat durch Teil- und Zwischenurteil die Klage zu einem Teilbetrag in Höhe von 1 286 DM (Installations-



material) abgewiesen, die Beklagte zur Zahlung eines Teilbetrages von 8 000 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die bezifferten Ersatzansprüche der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt mit der Maßgabe, dass die Umstellung von Reichsmark auf Deutsche Mark im Verhältnis 1 : 1 zu erfolgen habe.

Auf die Berufung der Beklagten hin hat das Oberlandesgericht die Klage zu einem weiteren Teilbetrage von 2 000 DM (Schutträumungskosten) abgewiesen, den bezifferten Klageanspruch im übrigen zu 1/10 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils mit der Maßgabe, daß der vom Landgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte bezifferte Klageanspruch in Höhe von 2 000 DM für erledigt erklärt werde.

Die Beklagte hat den bezifferten Klageanspruch in Höhe von 2 000 DM ebenfalls für erledigt erklärt und bittet im übrigen um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Darin, daß der Klägerin eine schriftliche Leistungsanforderung nicht ausgehändigt worden sei, liege ein Verstoß gegen

die zwingenden Formvorschriften des § 23 des Reichsleistungsgesetzes (RLG) und damit eine Amtspflichtverletzung des Beamten der Beklagten, der die Inanspruchnahme des Lagerhauses der Klägerin angeordnet habe. Die erfolgte öffentliche Bekanntmachung einer generellen Beschlagnahme der Trümmergrundstücke des in Betracht kommenden Stadtbezirkes, die sich lediglich als Verfügungsbeschränkung darstelle, könne die formelle Inanspruchnahme nicht ersetzen. Anhaltspunkte dafür, dass wegen besonderer Dringlichkeit des Falles gemäss § 23 Abs 2 RLG eine formlose mündliche Inanspruchnahme zulässig gewesen sei, seien nicht vorhanden; zudem sei eine mündliche Inanspruchnahme durch die Beweisaufnahme überhaupt nicht bestätigt worden. Durch die auf Anordnungen der Militärregierung zurückgehenden Erlasse des Oberpräsidenten der Nord-Rhein-Provinz vom 19. Juli, 15. August und 25. September 1945 sei die Beklagte von der Beachtung der Formvorschriften des § 23 RLG nicht befreit gewesen. Diese Erlasse, die die Weisung enthielten, unter Zurückstellung rechtlicher Bedenken Baumaterialien aus Gebäudetrümmern zu gewinnen, gäben keine von den geltenden deutschen Gesetzen unabhängige Rechtsgrundlage für Eingriffe der Verwaltungsbehörden in private Rechte ab. Die durch sie angeordneten Maßnahmen hätten vielmehr auf der Grundlage der geltenden deutschen Gesetze durchgeführt werden sollen, soweit dies mit der Erfüllung der von der Besatzungsmacht gestellten Aufgaben zu vereinbaren gewesen sei. Nur soweit die deutschen Gesetze der Durchführung der "Obdachmaßnahmen" hemmend oder hindernd im Wege standen, seien sie suspendiert worden. In vorliegendem Falle habe die Erfüllung der von der Militärregierung gestellten Aufgaben nicht zu einer formlosen "Beschlagnahme" gezwungen, weil die Durchführung der Inanspruchnahme durch die Aushändigung einer schriftlichen Anforderung an die ortsanwesende Klägerin weder beeinträchtigt noch verzögert worden wäre. Sonach sei die form-

lose Wegnahme der Baustoffe als Verwaltungsakt wegen Verstoßes gegen zwingende Formvorschriften absolut nichtig. Die Verletzung der Formvorschriften des § 23 RLG sei dem Beamten, der die Inanspruchnahme angeordnet habe, auch als Verschulden anzurechnen. Für die Zeit vor Erlaß der zonalen Richtlinien der Britischen Militärregierung Nr 16 vom 28. März 1946 sei zwar die Ansicht vertretbar gewesen, die auf Anordnung der Militärregierung beruhenden Anordnungen des Oberpräsidenten seien eine selbständige Rechtsgrundlage für die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Rahmen der Obdachmaßnahmen und hätten diese zu formloser Inanspruchnahme von Baumaterialien aus Trümmergrundstücken ermächtigt. Durch die genannten zonalen Richtlinien, durch die die deutschen Behörden nachdrücklich auf das Reichsleistungsgesetz als bedeutendste Beschlagnahmevervollmacht hingewiesen worden seien, seien insoweit nach dem eigenen Vortrag der Beklagten jedoch die bisherigen Zweifel ausgeschlossen worden, so daß eine Verletzung der Formvorschriften für den hier interessierenden Zeitpunkt (Mai/Juni 1947) nicht mehr entschuldbar sei. Da die Beklagte keine anderweite Ersatzmöglichkeit gehabt und sie es auch nicht schuldhaft verabsäumt habe, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, sei mithin die Beklagte gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art 131 WeimVerf (jetzt Art 34 GrundG) der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet.

Die Schadensersatzpflicht der Beklagten beschränke sich jedoch auf den Schaden, der der Klägerin durch die Nichtbeachtung der Formvorschriften des Reichsleistungsgesetzes entstanden sei. Eine derartige Einschränkung der Schadensersatzpflicht sei immer dann gerechtfertigt, wenn ein Beamter ohne Rechtfertigung getan habe, was er mit Rechtfertigung genau so hätte ausführen sollen und auch ausgeführt haben würde (so OGHZ 1, 308 3157 gegen RGZ 169, 353 3587). Die sachlichen Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme nach dem Reichsleistungsgesetz

seien in vorliegendem Falle gegeben gewesen? Das beschädigte Lagergebäude sei objektiv nicht wiederherstellungswürdig gewesen; zum mindesten hätten die zuständigen Beamten der Beklagten - ohne sich insoweit einer Willkür oder eines Ermessensmißbrauchs schuldig zu machen - die Instandsetzung des Lagerhauses als untunlich ansehen und dieses damit als totalbeschädigt, wenigstens aber als schwerbeschädigt behandeln dürfen. Bei dieser Sachlage aber sei die Inanspruchnahme des verwendbaren Materials der Ruine auf Grund des Bergungserlasses vom 18. Februar 1944 (MinBlIV 1944, 222) in Verbindung mit § 11 RLG gerechtfertigt gewesen, da nach diesen Bestimmungen bei richtiger Auslegung auch die Inanspruchnahme solcher Bauteile zulässig gewesen sei, die noch mit dem Grundstück fest verbunden, also dessen wesentliche Bestandteile gewesen seien. Da sonach die Inanspruchnahme des kriegsbeschädigten Lagerhauses der Klägerin generell rechtlich zulässig gewesen sei und die Beamten der Beklagten ohne Beachtung der Formvorschriften nur das getan hätten, was sie bei Wahrung der Formvorschriften genau so hätten tun sollen und auch getan haben würden, bestehe der Schaden der Klägerin nicht in dem Verlust des Sachwertes, sondern lediglich in dem Verlust des Vergütungs- und Entschädigungsanspruches aus § 26 RLG, der als Geldsummenanspruch im Verhältnis 10 : 1 umzustellen sei.

Der bezifferte Klageanspruch sei - ausser der bereits vom Landgericht ausgesprochenen rechtskräftigen Abweisung eines Teilbetrages von 1 286 DM (Installationsmaterial) - noch wegen eines weiteren Teilbetrages von 2 000 DM (Schutträumungskosten) abzuweisen, weil die Beklagte inzwischen unstreitig das Grundstück habe entschutten lassen und damit der von der Klägerin insoweit geltend gemachte Schaden behoben sei.

II.

1. Die Verordnung Nr 99 der Militärregierung (Haushalts- und Besoldungsblatt für das Britische Besatzungsgebiet 1947, 51), die gemäss Art I in Verbindung mit Nr 23 des Anhangs ein Ausgabeverbot für Entschädigungen "für den Verlust von Baumaterial, welches aus den Trümmern durch Luftangriffe zerstörter Gebäude geborgen wurde", vorsah und durch die bereits früher ergangene entsprechende Bestimmungen (zonale Richtlinien Nr 16 vom 28. März 1946) gegenstandslos wurden, ist durch die Verordnung Nr. 226 des Britischen Hohen Kommissars vom 10. Februar 1951 (Amtsbl AllHohKomm S 787) aufgehoben worden. Damit sind die besatzungsrechtlichen Verbote, Entschädigungen für Maßnahmen der hier interessierenden Art zu zahlen, weggefallen. Derartige Entschädigungsforderungen sind daher nunmehr auch insoweit zu befriedigen, als es sich um Maßnahmen aus der Zeit vor Aufhebung der Zahlungsverbote handelt. Denn diese Zahlungsverbote normierten keinen sachlich-rechtlichen Ausschluss, sondern hatten lediglich die Bedeutung eines vorübergehenden Verbotes für Entschädigungsleistungen, so daß seit Wegfall der Zahlungsverbote ein nach allgemeinen deutschen Gesetzesbestimmungen gegebener Anspruch zugesprochen werden kann, und es insoweit einer besonderen gesetzlichen Regelung nicht mehr bedarf (so mit eingehender Begründung der V. Zivilsenat in dem nicht veröffentlichten Urteil vom 5. Dezember 1952 - V ZR 44/51 - und in dem in BGHZ 10, 255 abgedruckten Urteil vom 14. Juli 1953). Die Frage, ob die genannten Zahlungsverbote die aus Amtspflichtverletzung hergeleiteten Schadensersatzansprüche überhaupt umfassten, interessiert daher in diesem Zusammenhang nicht mehr.

2. Das Berufungsgericht hat die oben erwähnten, auf Anordnungen der Militärregierung zurückgehenden Erlasse des Oberpräsidenten der Nord-Rhein-Provinz dahin ausgelegt, daß in ihnen keine selbständige Rechtsgrundlage für Eingriffe von hoher Hand in die private Rechtssphäre der Einzelnen zu erblicken sei, daß vielmehr die Durchführung der angeordneten Maßnahmen unter Beachtung der geltenden deutschen Gesetze erfolgen und eine Abweichung davon nur insoweit zulässig sein sollte, als die Beachtung der Durchführung der Maßnahmen hemmend oder hindernd im Wege gestanden haben würde.

Wenn das Berufungsgericht zur Auslegung dieser Erlasse und der ihnen zugrunde liegenden Anordnungen der Militärregierung die in anderen Rechtsstreitigkeiten erteilten Bescheide der Militärregierung herangezogen hat, so war das zwar verfahrensrechtlich nicht zulässig. Trotzdem sind dagegen, dass das Berufungsgericht die Erlasse so, wie es das getan hat, ausgelegt hat, ohne zuvor die Entscheidung der Besatzungsbehörde gemäss Art 3 Abs 2 AHKG Nr 13 einzuholen, keine Bedenken zu erheben. Denn das Berufungsgericht brauchte an der Richtigkeit seiner Auffassung - zumal diese durch die oben erwähnten zonalen Richtlinien Nr 16, in denen ausdrücklich auf die den Behörden nach dem gültigen deutschen Recht gegebene Ermächtigung zur Beschlagnahme hingewiesen wird, bestätigt wurde - keine begründeten Zweifel mehr zu haben und durfte deshalb von der Überweisung der Sache an die Besatzungsbehörde absehen (vgl BVerfG in NJW 1953, 657 659). Die Auslegung, die das Berufungsgericht den Anordnungen der Militärregierung und den auf ihnen beruhenden Erlassen des Oberpräsidenten gegeben hat, stimmt auch mit der Auffassung des V. Zivilsenats in den bereits genannten Entscheidungen und der des erkennenden Senats in BGHZ 10, 361 365 überein.

Mithin hatte die Beklagte bei der Durchführung von Maßnahmen zur Wohnraumbeschaffung nach Maßgabe der hierzu ergangenen Anordnungen die allgemeinen deutschen Gesetze, soweit diese eine Rechtsgrundlage für die in Rede stehenden Maßnahmen bieten konnten, zu beachten. Dementsprechend hat die Beklagte auch im vorliegenden Falle nach dem Reichsleistungsgesetz, das als einzige Rechtsgrundlage für die Maßnahme der Beklagten überhaupt in Betracht kommen konnte, vorgehen wollen und auf dieses Gesetz die Inanspruchnahme gestützt. Eine nach dem Reichsleistungsgesetz wirksame Inanspruchnahme des Lagerhauses der Klägerin ist aber nicht erfolgt. Mit Recht hat das Berufungsgericht der öffentlichen Bekanntmachung einer generellen Beschlagnahme der Baumaterialien auf Trümmergrundstücken bestimmter Stadtbezirke in diesem Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung beigemessen mit der Begründung, daß diese Bekanntmachung allenfalls eine Verfügungsbeschränkung habe bewirken, aber nicht die Inanspruchnahme im Einzelfalle habe ersetzen können. Für eine Inanspruchnahme schreibt das Reichsleistungsgesetz in § 23 Abs 1 und 2 u.a. vor, dass die Leistungsanforderung der Schriftform bedarf und dass nur in dringenden Fällen die Leistung auch in anderer Weise angefordert werden kann. Ein Abweichen von diesen Formvorschriften war zur Erfüllung der Aufgaben, denen die Maßnahme der Beklagten diene, in keiner Weise erforderlich. Die Beklagte selbst hat nichts dafür vorgetragen, dass die Wahrung der Formvorschriften des Reichsleistungsgesetzes die Durchführung der Maßnahmen beeinträchtigt haben würde, und es sind auch keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass das im Mai/Juni 1947 irgendwie hätte der Fall sein können. Unstreitig ist der Klägerin eine schriftliche Inanspruchnahmeverfügung nicht zugestellt worden. Dass es sich um einen "dringenden Fall" im Sinne des § 23 Abs 2 RLG gehandelt habe, der den mit einer schriftlichen Leistungsanforderung verbundenen Zeitverlust nicht geduldet habe, ist

nicht ersichtlich, zumal die Klägerin ortsansässig und ohne weiteres erreichbar war. Davon abgesehen ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Inanspruchnahme der Klägerin noch nicht einmal mündlich mitgeteilt worden. Daher ist die Inanspruchnahme schon allein deshalb, weil es an einer an den Leistungspflichtigen gerichteten Leistungsanforderung, gleichviel in welcher Form, und damit an einem nach § 23 RLG unabdingbaren Erfordernis für die Wirksamkeit des die Inanspruchnahme beinhaltenden Verwaltungsakts überhaupt fehlt, nicht rechtmässig.

3. Das Berufungsgericht hat mit Recht auch ein Verschulden des Beamten, der die Inanspruchnahme des Lagerhauses der Klägerin angeordnet hat, hinsichtlich der Verletzung der Formvorschriften des Reichsleistungsgesetzes bejaht. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Zeitpunkt der Inanspruchnahme von Bedeutung. Wenn in der ersten Zeit nach dem Erlass der in Frage stehenden Anordnungen des Oberpräsidenten auch die Rechtslage in den hier interessierenden Fragen unklar und die Auffassung vertretbar gewesen sein mag, daß nach diesen Anordnungen formlose Inanspruchnahmen von Baumaterialien aus Trümmerstätten gerechtfertigt seien, so traf das doch für den hier entscheidenden Zeitpunkt (Mai/Juni 1947) nicht mehr zu. Inzwischen war durch die zonalen Richtlinien Nr 16 insoweit eine Klarstellung erfolgt und waren die bisher allenfalls verständlichen Zweifel an der Weitergeltung der materiellen und formellen Bestimmungen des Reichsleistungsgesetzes ausgeräumt. Diese einschlägigen Vorschriften mußten den zuständigen Beamten der Beklagten bekannt sein und von ihnen beachtet werden. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß aus besonderen Gründen ihre Nichtbeachtung als entschuldbar angesehen werden könne, sind nicht ersichtlich.

Da der Beamte der Beklagten bei der Inanspruchnahme des Lagerhauses der Klägerin im Rahmen der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt hat, hat die Beklagte gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art 131 WeimVerf für den der Klägerin durch die in Rede stehende Amtspflichtverletzung entstandenen Schaden einzustehen. Ihre Haftung entfällt auch nicht deswegen, weil die Klägerin auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermöchte (§ 839 Abs 1 Satz 2 BGB) oder sie es schuldhaft verabsäumt hätte, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs 3 BGB).

Als Rechtsmittel gegen die Maßnahme der Beklagten wäre damals nur die Dienstaufsichtsbeschwerde in Betracht gekommen. Da die Klägerin aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor dem Niederreißen des Lagerhauses von den Absichten der Beklagten überhaupt keine Kenntnis hatte, hätte auch eine Dienstaufsichtsbeschwerde den eingetretenen Schaden nicht mehr verhindern können. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht den - der Beklagten obliegenden - Beweis nicht als erbracht angesehen, daß die Klägerin von einem Rechtsmittel, das zum Erfolg geführt haben würde, schuldhaft keinen Gebrauch gemacht habe.

Bei der Frage der anderweiten Ersatzmöglichkeit konnte einmal daran gedacht werden, ob die Klägerin ihren Schaden als Kriegssachschaden geltend machen könne. Das scheitert aber schon daran, daß die hier in Rede stehende behördliche Maßnahme erst im Jahre 1947 getroffen worden ist. Der aus dieser Maßnahme entstandene Schaden ist mithin, da erst nach dem 31. Juli 1945 entstanden, kein Kriegssachschaden im Sinne des § 13 Abs 1 des Gesetzes über den Lastenausgleich vom 14. August 1952 und des § 4 Abs 1 des Feststellungsgesetzes in der Fassung vom 14. August 1952. Im übrigen

kommt nach dem Sachverhalt als anderweiter Ersatzanspruch nur noch ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Frage. Ein solcher nach Enteignungsrecht zu beurteilender Entschädigungsanspruch kann - wie der Grosse Senat für Zivilsachen auf die entsprechende Vorlage des erkennenden Senats in seinem Beschluss vom 14. April 1954 (GSZ 1/54) für die vorliegende Sache bindend entschieden hat - bei einem schuldhaft rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff neben einem Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB in Verbindung mit Art 131 WeimVerf oder Art 34 GrundG geltend gemacht werden. Jedoch kann die aus Amtspflichtverletzung in Anspruch genommene öffentlichrechtliche Körperschaft, wie der Grosse Senat für Zivilsachen in dem genannten Beschluss ebenfalls entschieden hat, den Geschädigten auf einen derartigen Entschädigungsanspruch nicht als auf eine anderweite Ersatzmöglichkeit gemäss § 839 Abs 1 Satz 2 BGB verweisen. Es braucht deshalb hier auf diesen Anspruch, der seiner Höhe nach keinesfalls weitergeht als der Amtshaftungsanspruch, nicht weiter eingegangen und insbesondere der Frage nicht nachgegangen zu werden, ob sich dieser Entschädigungsanspruch gegen die beklagte Stadt oder eine andere öffentlichrechtliche Körperschaft, insbesondere das Land Nordrhein-Westfalen (vgl BGHZ 10, 255) richtet.

4. Was die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes angeht, so kann dem Berufungsgericht jedoch nicht darin gefolgt werden, dass der der Klägerin zu ersetzende Schaden nur in dem Verlust des Entschädigungsanspruches bestehe, der ihr bei formgerechtem Vorgehen der Beklagten gemäss § 26 RLG zugestanden haben würde. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner abschliessenden Stellungnahme zu der grundsätzlichen Frage, ob der Klägerin überhaupt entgegengehalten werden könnte, daß die Inanspruchnahme ihres Lagerhauses nach dem Reichsleistungsgesetz bei Wahrung der darin vorgeschriebenen

Formen wirksam hätte erfolgen können. Denn wenn überhaupt, so könnte jedenfalls dieses hypothetische Ereignis (formgerechte und rechtswirksame Inanspruchnahme des Lagerhauses und ihre Durchführung) insoweit nur unter der Annahme Berücksichtigung finden, daß es - wenn das Lagerhaus nicht in der tatsächlich erfolgten Weise formlos in Anspruch genommen wäre - mit Sicherheit eingetreten sein würde. An den Nachweis sind in dieser Beziehung strenge Anforderungen zu stellen. Denn wenn überhaupt einem Sachverhalt, der sich nicht tatsächlich ereignet hat, dessen Verwirklichung vielmehr lediglich eine Hypothese bleibt, eine rechtliche Bedeutung beigemessen werden soll, so ist unbedingte Voraussetzung dafür, dass keine irgendwie beachtlichen Zweifel daran bestehen, daß dann, wenn es zu dem tatsächlich geschehenen schadenstiftenden Ereignis nicht gekommen wäre, mit Sicherheit das hypothetische Ereignis eingetreten sein würde (vgl. BGHZ 8, 288 [296] und 10, 6 [12] sowie das Urteil des erkennenden Senats vom 25. Juni 1953 - III ZR 175/51 -, insoweit in BGHZ 10, 137 nicht abgedruckt). Für eine derartige Annahme aber bietet der hier vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt keine völlig ausreichende Grundlage. Es bleibt durchaus die Möglichkeit offen, daß es dann, wenn der Klägerin die Inanspruchnahme des Lagerhauses formgerecht mitgeteilt worden wäre, zu einem Einreißen desselben und der Wegnahme des Baumaterials nicht gekommen wäre: Aus Gründen der Standesicherheit bedurfte es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts des Niederreißens des Lagerhauses nicht und ebenso hat das Berufungsgericht nicht feststellen können, dass die Baumaterialien bei einem Wiederaufbau des Lagerhauses nicht an ihrer Stelle hätten bleiben können. Bei dieser Sachlage aber erscheint es keineswegs ausgeschlossen, daß die Beklagte auf Gegenvorstellungen der Klägerin und eine etwaige Androhung von Schadensersatzansprüchen hin von dem Einreißen

des Lagerhauses, bei dem die Wiederaufbaumöglichkeit zweifelhaft, aber keineswegs von vornherein ausgeschlossen war, Abstand genommen haben würde. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß die Klägerin zur Gewinnung von Baumaterial auf das Lagerhaus der Klägerin nicht unbedingt angewiesen war, da damals im Gebiet der beklagten Stadt noch zahlreiche Trümmerstätten von total zerstörten Gebäuden vorhanden waren, auf denen zahlreiches loses Baumaterial lag. Es ist deshalb die Möglichkeit nicht auszuschliessen, daß die Beklagte auf Gegenvorstellungen der Klägerin hin zur Vermeidung von Weiterungen das Lagerhaus unangetastet gelassen und dafür zur Gewinnung von Baumaterial auf andere Trümmerstätten eindeutig total zerstörter Gebäude zurückgegriffen hätte, bei deren Eigentümern sie mit derartigen Schwierigkeiten nicht zu rechnen brauchte. Jedenfalls kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit angenommen werden, daß es in jedem Falle zu einem Abreißen des Lagerhauses und der Entnahme des Baumaterials nach formgerechter Inanspruchnahme nach Maßgabe des Reichsleistungsgesetzes gekommen wäre. Die beklagte Stadt kann auch nicht mit Erfolg darauf hinweisen, daß ein Wiederaufbau des Lagerhauses über das Erdgeschoss hinaus nach der städtischen Bauordnung nicht zulässig gewesen sei und die Klägerin deshalb bei einem Wiederaufbau jedenfalls den über das Erdgeschoß hinausgehenden Gebäudeteil hätte abtragen müssen. Denn die Baugenehmigungsbehörde kann nach § 5 der Bauordnung von allen zwingenden Bestimmungen der Bauordnung Befreiung (Dispens) erteilen. Auch wenn man nicht mit dem Landgericht annimmt (das Berufungsgericht hat zu dieser Frage keine Stellung genommen), daß in vorliegendem Falle die beklagte Stadt bei gewissenhafter Sachprüfung einen Dispens hätte erteilen müssen, so zeigen doch die Erwägungen des Landgerichts, dass eine Reihe von Umständen für die Erteilung

des Dispenses an die Klägerin gesprochen haben würde, so daß zum mindesten nicht mit der nötigen Gewißheit davon ausgegangen werden kann, daß eine Ausnahmegenehmigung nicht erteilt worden wäre.

Die Beklagte hat sonach der Klägerin für die Inanspruchnahme des Lagerhauses in vollem Umfange Schadensersatz zu leisten. Der Umstellung unterliegt der Anspruch als ein auf unerlaubter Handlung beruhender Schadensersatzanspruch nicht.

5. Soweit bereits das Landgericht die Klage in Höhe von 1 286 DM abgewiesen hat, ist dessen Entscheidung rechtskräftig geworden. Soweit das Berufungsgericht in Höhe weiterer 2 000 DM auf Abweisung der Klage erkannt hat, ist die Hauptsache nunmehr nach übereinstimmender Erklärung der Parteien erledigt. Dies war, obwohl es sich insoweit nicht um eine Sachentscheidung handelt, zur Klarstellung in der Urteilsformel auszusprechen. Soweit das Berufungsgericht darüber hinaus die Klage abgewiesen hat, war das Berufungsurteil aufzuheben.

Das Oberlandesgericht hat, soweit es die Klage nicht abgewiesen hat, lediglich über den Grund des Klageanspruchs entschieden, obwohl das Landgericht dem bezifferten Klageantrag bereits zu einem Betrage von 8 000 DM entsprochen und insoweit schon über die Höhe des Anspruches entschieden hat. Das Berufungsgericht hätte deshalb die Sache nicht zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverweisen dürfen, sondern hätte im Rahmen des vom Landgericht der Klägerin zuerkannten Teilbetrages selbst über die Höhe des Klageanspruchs entscheiden müssen, da insoweit die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung gemäss § 538 Abs 1 Nr 3 ZPO nicht vorlagen. Soweit danach das Berufungsgericht die Sache nicht an das Landgericht zurückverweisen durfte,

sondern über die Höhe des Anspruches selbst entscheiden mußte, konnte es zwar, wie es tatsächlich getan hat, zunächst auch lediglich über den Anspruchsgrund entscheiden. Das Urteil ist aber insoweit nur ein Zwischenurteil (§ 304 ZPO) und das Berufungsgericht hätte, wenn seine sachliche Entscheidung rechtskräftig geworden wäre, selbst über die Höhe des Anspruchs mindestens in dem Umfange, in dem das Landgericht darüber schon entschieden hatte, befinden müssen und hätte die Sache nicht an das Landgericht zurückverweisen dürfen. Dementsprechend konnte die Sache auch jetzt nicht - wie es zweckmässigerweise geschehen wäre, wenn auch das Landgericht insoweit, als es nicht die Klage abgewiesen hat, lediglich über den Grund des Klageanspruchs befunden hätte - an das Landgericht, sondern mußte an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Eine - teilweise - Entscheidung zur Höhe durch das Revisionsgericht selbst konnte noch nicht erfolgen, weil das Berufungsgericht Feststellungen, die eine derartige Entscheidung ermöglichen haben würden, noch nicht getroffen hat.

6. Die Revision hat im Zusammenhang mit der Kostenentscheidung des Berufungsgerichts Verletzung des § 139 ZPO gerügt. Sie ist der Auffassung, daß es, nachdem die Beklagte die erfolgte Schutträumung auf dem Grundstück der Klägerin angezeigt hatte, Pflicht des Berufungsgerichts gewesen sei, gemäß § 139 ZPO dahin zu wirken, daß die Klägerin in Höhe des für die Schutträumung mit der Klage verlangten Betrages von 2 000 DM nicht mehr den Antrag auf Verurteilung der Beklagten aufrecht erhielt, sondern insoweit die Hauptsache für erledigt erklärte. Diese Rüge ist unbegründet. Die Beklagte hatte im Schriftsatz vom 15. Februar 1950 angezeigt, daß das Grundstück der Klägerin entschuttet worden sei, und hatte diese Erklärung mit Schriftsatz vom 19. Juli 1951 wiederholt mit dem Bemerkten, daß "der Klageantrag auf Zahlung von 2 000 DM für

Schutträumung unter gar keinen Umständen begründet" sei. Bei diesen wiederholten und eindeutigen Erklärungen war es im Rahmen des Anwaltsprozesses Sache der Klägerin selbst, ihren Klageantrag nunmehr der veränderten Sachlage anzupassen und es kann nicht dem Gericht ein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn es seinerseits davon abgesehen hat, eine Änderung des bisherigen Klageantrages anzuregen.

Es erschien nicht zweckmässig, über die Kosten teilweise bereits jetzt zu entscheiden; vielmehr erschien es angebracht, die Kostenentscheidung im vollen Umfange dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Pagendarm

Rietschel

Dr. Kreft

Wolany

Dr. Hußla