

BUNDESGERICHTSHOF

III ZR 15/88

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Kurt G. [REDACTED] als
Testamentsvollstrecker des Friedrich G. G. [REDACTED],
H. [REDACTED] weg 35, H. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

B. [REDACTED],
vertreten durch den Senator für Finanzen,
N. [REDACTED] Straße 53, B. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter
Kröner, Dr. Engelhardt, Dr. Rinne und Dr. Wurm
am 21. September 1989
gemäß § 554 b Abs. 1 ZPO in der Auslegung durch das
Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 11. Juni 1980
- 1 PBvU 1/79 - NJW 1981, 39)

beschlossen:

Die Revision des Klägers gegen das
Urteil des 9. Zivilsenats des Kammer-
gerichts Berlin vom 15. Dezember 1987
- 9 U 5476/83 - wird nicht angenommen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisions-
verfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Streitwert: 1.175.667,88 DM.

G r ü n d e :

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 554 b ZPO). Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg (BVerfGE 54, 277).

1. Daß das beklagte Land dem Grunde nach für die hier in Rede stehenden Schäden aus dem Gesichtspunkt des enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs haftet, steht unter den Parteien außer Streit (vgl. zu Hausschäden und Beeinträchtigung der Standsicherheit eines Gebäudes infolge U-Bahn-Baus Senatsurteil vom 2. April 1981 - III ZR 186/79 = NJW 1981, 1662, ferner Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung, 3. Aufl. 1984 Rn. 411; zur Absenkung des Grundwasserspiegels beim Ausbau eines Kanals mit der Folge, daß ein benachbartes Grundstück austrocknet und Schäden an einem Haus entstehen: Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987 Rn. 418 m.w.Nachw.).

2. Im Ergebnis zutreffend hat das Kammergericht die Preissteigerungen bei den Sanierungskosten lediglich bis zum 18. November 1983 berücksichtigt. Die darüber hinausgehende Forderung des Klägers ist unbegründet.

a) In der Sache handelt es sich dabei um einen Verzögerungsschaden, da das schadensstiftende Ereignis in der nicht rechtzeitigen Begleichung der Forderung des Klägers gelegen hatte. Durch die Zahlung des beklagten Landes vom 18. November 1983 ist diese Verzögerung jedoch beendet worden. Dabei ist es unerheblich, daß diese Zahlung zur Abwendung der



Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil geleistet worden ist. Im Privatrechtsverkehr ist anerkannt, daß auch eine solche Zahlung den Schuldnerverzug beendet (BGH Urteil vom 24. Juni 1981 - IVa ZR 104/80 = NJW 1981, 2244). Zwar passen die bürgerlich-rechtlichen Verzugsregeln nicht auf den hier in Rede stehenden Entschädigungsanspruch (Senatsurteil vom 1. Oktober 1981 - III ZR 13/80 = NJW 1982, 1277). Dies ändert aber nichts daran, daß auch hier das beklagte Land als Schuldner durch die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistete Zahlung im Verhältnis zum Kläger als dem Gläubiger ebenso gestellt wird, als habe es die Leistung bereits wirksam erbracht, wenn auch unter dem Vorbehalt des eigenen Obsiegens im Rechtsmittelzug sowie des Anspruchs aus § 717 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO (BGH Urteil vom 24. Juni 1981 aaO). Durch die Zahlung wurde der Kläger in die Lage versetzt, die Sanierungsarbeiten durchzuführen. Wenn er dies unterlassen hat, kann die dadurch weiter eingetretene Verzögerung nicht dem beklagten Land angelastet werden. Hiergegen greift auch der Einwand des Klägers nicht durch, es sei ihm wegen des nur vorläufigen Charakters der Leistung und wegen der Unsicherheit, ob er die Zahlung endgültig werde behalten dürfen, nicht zumutbar gewesen, den gezahlten Betrag sogleich zu verbrauchen. Zwar war der Kläger bei einer zu seinem Nachteil erfolgenden Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Rückforderung nach § 717 Abs. 2 ZPO ausgesetzt. Eine solche Rückforderung konnte jedoch nur dann stattfinden, wenn sich der geltend gemachte Anspruch im Rechtsmittelverfahren ganz oder teilweise als unbegründet erwies. Dies aber war das Risiko des Klägers, der die unberechtigte Zuvielforderung erhoben hatte, und fiel nicht etwa in die Sphäre des beklagten Landes, wenn es

sich gegen eine unrichtige Verurteilung zu Recht zur Wehr setzte.

b) Dabei ist es unerheblich, daß die Position "Sanierungskosten" im landgerichtlichen Urteil - im Gegensatz zum Berufungsurteil - gekürzt worden war. Trotz dieser Kürzung deckte die Zahlung des beklagten Landes den Gesamtschaden, der sich noch aus anderen Positionen zusammensetzte, in vollem Umfang ab. Deshalb konnte und mußte ein Ausgleich bei den einzelnen Schadensposten in der Weise stattfinden, daß aus der erheblich überzahlten Position "merkantiler Minderwert" ein Teil des unberechtigten Mehrbetrages zur Auffüllung des Abzugs bei den Sanierungskosten verwendet wurde. So ist das Berufungsgericht bei der Errechnung seiner Gesamt-Verurteilungssumme im Schlußurteil auch vorgegangen.

c) Der Höhe nach begegnet die Schätzung, die das Berufungsgericht bei den Preissteigerungen für den Zeitraum vom 17. September 1981 bis zum 18. November 1983 vorgenommen hat, keinen Bedenken; die Revision erhebt insoweit auch keine Einwände.

3. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, daß der Kläger die unter Position 3 seiner Schadensaufstellung in Ansatz gebrachten Nebenkosten nicht zusätzlich beanspruchen kann. Die Architektenleistungen laut Berechnung vom 18. Januar 1985 sind übersetzt, da für eine Einstufung des Bauvorhabens in Honorarzone IV (HOAI §§ 11, 15) und für den "Zuschlag" von 33 v.H. hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte fehlen. Ebensowenig substantiiert ist die Höhe der "Verwaltungskosten". Daher läßt sich nicht feststellen, daß

die Nebenkosten den dem Kläger bereits zuerkannten Betrag von knapp 130.000 DM übersteigen.

4. Auch die Feststellung des merkantilen Minderwerts hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

a) Die Verfahrensrüge, der Vorsitzende des Gutachterausschusses habe als Beamter des beklagten Landes nicht an der Erstattung des Gutachtens mitwirken dürfen, ist ungegründet.

aa) In § 8 Abs. 2 der Berliner VO zur Durchführung des Bundesbaugesetzes vom 11. Juni 1981 (GVBl 645) ist bestimmt, daß der Vorsitzende des Gutachterausschusses und seine Stellvertreter Bedienstete B[REDACTED]s sein müssen.

bb) Zwar ist der Revision zuzugeben, daß im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten wird, die Bestimmung in § 139 Abs. 4 Satz 3 letzte Variante BBauG 1976 schließe eine Mitwirkung auch von Bediensteten einer öffentlichen Gebietskörperschaft aus, wenn das Gutachten in Angelegenheiten des Dienstherrn zu erstatten sei (Dieterich in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BBauG, Loseblattausgabe 24. Lieferung Mai 1979 § 139 Rn. 21-23; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB 2. Aufl. 1987 § 243 BauGB i.V.m. § 139 BBauG Rn. 7). Diese Vorschrift lautete:

"Ein Gutachter ist von der Mitwirkung auch ausgeschlossen, wenn er in anderer als öffentlicher Eigenschaft entweder in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst in anderer als öffentlicher Eigenschaft tätig geworden oder bei

jemandem beschäftigt ist, der am Ergebnis des Gutachtens ein persönliches oder wirtschaftliches Interesse hat".

Der Senat hat für § 139 Abs. 3 Satz 3 BBauG 1960 entschieden, daß die bloße Eigenschaft als Beamter, sei es auch einer enteignungsbegünstigten Stadtgemeinde, mit der Tätigkeit eines Gutachters nicht unvereinbar sei (Senatsurteil vom 2. November 1970 - III ZR 129/68 = BauR 1971, 46, 47). Der Wortlaut jener Bestimmung unterschied sich indes von der hier maßgeblichen Fassung des BBauG 1976 wie folgt:

"Ein Gutachter ist von der Mitwirkung auch ausgeschlossen, wenn er in anderer als öffentlicher Eigenschaft entweder in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist oder bei jemandem beschäftigt ist, der an dem Ergebnis des Gutachtens ein persönliches oder wirtschaftliches Interesse hat".

Nach dem BBauG 1960 war der Gutachter also nur dann ausgeschlossen, wenn er "in anderer als öffentlicher Eigenschaft" bei einem Dienstherrn beschäftigt war, der an dem Ergebnis des Gutachtens ein persönliches oder wirtschaftliches Interesse hatte. Dies folgt daraus, daß das Merkmal "in anderer als öffentlicher Eigenschaft" vor die mit "entweder-oder" eingeleitete Alternative gesetzt worden war, sich also auf alle Varianten in gleicher Weise bezog. In der Neufassung wird dieses Merkmal zwar auch zunächst an den Anfang der Bestimmung, noch vor die drei Varianten, gestellt, wird sodann jedoch bei der zweiten Variante ausdrücklich wiederholt, bei der hier in Rede stehenden dritten dagegen nicht. Die Frage nach der Mitwirkungsmöglichkeit

oder dem Ausschluß öffentlicher Bediensteter bedarf hier indes keiner abschließenden Klärung. Die Gutachterausschüsse stehen, wie z.B. die Regelungen über ihre Geschäftsstelle (§ 137 Abs. 2 BBauG) oder die ausdrücklich als wünschenswert bezeichnete Mitwirkung von Bediensteten der örtlichen Finanzämter bei der Ermittlung von Bodenrichtwerten (§ 139 Abs. 2 Satz 2 BBauG) zeigen, in einer besonderen Beziehung zur öffentlichen Verwaltung. Die Unabhängigkeit der Gutachter ist durch Gesetz gewährleistet (§ 139 Abs. 1 BBauG). Die Besorgnis der Befangenheit mag deshalb allenfalls bei Bediensteten kleinerer, überschaubarer Gebietskörperschaften (Landkreisen, kreisfreien Städten) in Sachen ihres Dienstherrn begründet sein, jedoch nicht auf der Ebene umfangreicher Verwaltungsorganisationen eines Landes, auch eines Stadtstaates. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der betreffende Gutachter einer Fachverwaltung angehört, die selbst nicht an dem Verfahren beteiligt ist. Deshalb kann und muß der Begriff "jemand" (sc. derjenige, bei dem der Gutachter beschäftigt ist) i.S. des § 139 Abs. 4 Satz 3 BBauG in einschränkendem Sinne dahin ausgelegt werden, daß er auf der Ebene eines Landes oder eines Stadtstaates zumindest nicht solche Fachverwaltungen erfaßt, die an dem Verfahren nicht beteiligt oder sonst interessiert sind. Daher ist im vorliegenden Fall ein gesetzlicher Ausschlußgrund nicht ersichtlich; denn der Gutachterausschuß war dem Senator für Bau- und Wohnungswesen zugeordnet, während der vorliegende Rechtsstreit vom Senator für Finanzen geführt wird.

b) Das vom Gutachterausschuß erstattete Gutachten ist seiner Natur nach ein Sachverständigengutachten, auf das jedoch die Vorschriften der §§ 402 ff ZPO nur eingeschränkt

angewendet werden können (BGHZ 62, 93). Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 2. April 1981 (aaO) Veranlassung zu dem Hinweis gesehen, daß der Gutachterausschuß nicht über besondere Erkenntnisse oder spezifische Sachkunde auf dem Gebiet der Bewertung des merkantilen Minderwerts von Grundstücken verfügen dürfte (vgl. auch Krohn/Löwisch aaO Rn. 395). Das Berufungsgericht hat hierzu jedoch festgestellt, daß die hier tätig gewesenen Gutachter diese Sachkunde hatten.

c) Die Bemessung des merkantilen Minderwerts läßt auch inhaltlich keine revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehler erkennen.

5. Die Abweisung der Kosten für die Fassadenerneuerung (Position 2 der ursprünglichen Schadensaufstellung) wird vom Kläger nicht mehr angegriffen. Der dem Kläger vom Landgericht zuerkannte Betrag von 15.041,91 DM (aus Position 5 der Schadensaufstellung) stand schon im Berufungsrechtszug außer Streit.

6. Da die Schadensberechnung des Berufungsgerichts insgesamt den Angriffen der Revision standhält, ist der Kläger verpflichtet, die vom beklagten Land geleistete Zahlung, soweit sie den Entschädigungsanspruch übersteigt, zurückzu-

erstatten. Daraus folgt die Begründetheit des Inzidentantrags nach § 717 Abs. 2 ZPO. Gegen die Höhe des dem beklagten Land zugesprochenen Zinssatzes erhebt die Revision keine Einwände.

Krohn

Kröner

Engelhardt

Rinne

Wurm