

Verkündet am 28. Mai 1962
Scheibl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Gemeinde O - R , gesetzlich vertreten durch
ihren Gemeindevorstand,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

Helga B , O - R , G - S -
Straße ,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Mai 1962 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Dr. Kreft, Dr. Arndt, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision der beklagten Gemeinde gegen das
Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main)
- Zivilsenat in Darmstadt - vom 29. Dezember 1960
wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges werden der
beklagten Gemeinde auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 3. September 1951 stürzte die damals 13 Jahre alte Klägerin beim Schaukeln aus einer von dem Schausteller H. [REDACTED] auf dem Marktplatz in O. [REDACTED]-R. [REDACTED] aufgestellten Schiffschaukel. Sie erlitt einen Schädelbruch, brach sich zwei Rückenwirbel, trug eine Querschnittslähmung davon und ist seitdem bewegungsunfähig sowie ständig ans Bett gefesselt.

An der an den übrigen Teilen von Schutzgittern umgebenen Schiffschaukel fehlten an den seitlichen Einstiegsöffnungen die vorgesehenen Sicherheitsketten. Sie waren H. [REDACTED] abhanden gekommen und nicht wieder erneuert worden.

Das Bezirksschöffengericht verurteilte H. [REDACTED] am 23. April 1954 (4 Ms 56/52) wegen fahrlässiger Körperverletzung zu 300 DM Geldstrafe. In der Berufungsinstanz wurde das Verfahren auf Grund des Straffreiheitsgesetzes 1954 eingestellt.

Durch Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts in Darmstadt vom 20. März 1956 (4 O 26/52) wurde einer Feststellungsklage der Klägerin gegen H. [REDACTED] dahin stattgegeben, daß H. [REDACTED] verpflichtet sei, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, den sie durch den Unfall erlitten habe und noch erleiden werde. Die Berufung des H. [REDACTED] hiergegen wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) - Zivilsenat in Darmstadt - vom 19. September 1957 (U 56/56) zurückgewiesen. Seine Revision nahm H. [REDACTED] zurück, nachdem ihm der Bundesgerichtshof mangels hinreichender Erfolgsaussicht das Armenrecht versagt hatte. In diesem

- 3 -

Verfahren hatte die Klägerin durch Schriftsatz vom 14. Juli 1954 - zugestellt am 23. Juli 1954 - der hier beklagten Gemeinde den Streit verkündet.

Sowohl das Strafurteil als auch die beiden Zivilurteile kamen in ihren Gründen zu dem Ergebnis, daß die Klägerin seitlich aus dem Schiff gestürzt sei, daß der Absturz durch eine Sicherheitskette verhindert worden wäre und daß H. es rechtswidrig und schuldhaft unterlassen habe, eine solche Kette anzubringen.

In dem hier vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin H., der aber anwaltschaftlich nicht vertreten gewesen und dem die Klage gar nicht zugestellt worden ist, und die beklagte Gemeinde, diese unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung, auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Den ihr bisher entstandenen Schaden (Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse und Verdienstausschlag) hat sie mit insgesamt 18 607 DM beziffert und hiervon unter Einzelaufstellung und Aufgliederung einen Teilbetrag von 10 000 DM geltend gemacht. Außerdem hat sie Rente, Pflegezulage, Schmerzensgeld und Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftigen Schadens verlangt.

Zum Unfallhergang hat sie sich auf den Vorprozeß und die dortigen Feststellungen berufen sowie die Ansicht vertreten, daß die beklagte Gemeinde auf Grund der Streitverkündung hiergegen nichts mehr einwenden könne. Im übrigen hat sie vorgetragen, die beklagte Gemeinde habe ihre Amtspflicht dadurch verletzt, daß sie es entgegen den Vorschriften unterlassen habe, die Schiffschaukel vor deren Inbetriebnahme abzunehmen und während des Betriebes zu überwachen. Bei Erfüllung dieser Ver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

pflichtung hätte den zuständigen Beamten das Fehlen der Sicherheitsketten nicht entgehen können. Sie könne auch nicht auf andere Weise als durch Inanspruchnahme der beklagten Gemeinde Ersatz erlangen, da H. nach fruchtloser Pfändung am 12. Januar 1959 zu 6 bM 457/58 vor dem Amtsgericht in Darmstadt den Offenbarungseid geleistet habe.

Die Klägerin hat beantragt,

- 1.) die beklagte Gemeinde als Gesamtschuldnerin mit H. zu verurteilen, an die Klägerin den Betrag von 10 000 DM nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung, soweit dieser Anspruch nicht auf den Träger der öffentlichen Fürsorge übergegangen ist, zu zahlen,
- 2.) die beklagte Gemeinde als Gesamtschuldnerin mit H. zu verurteilen, an die Klägerin, beginnend mit dem 1. Oktober 1958, eine monatliche Rente von 280,50 DM zu zahlen,
- 3.) die beklagte Gemeinde als Gesamtschuldnerin mit H. zur Zahlung eines Schmerzensgeldes zu verurteilen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde,
- 4.) die beklagte Gemeinde als Gesamtschuldnerin mit H. zu verurteilen, an die Klägerin eine monatliche Pflegezulage von 60 DM zu zahlen,
- 5.) festzustellen, daß die beklagte Gemeinde als Gesamtschuldnerin mit H. verpflichtet sei, der Klägerin allen in der Zukunft aus dem Unfall vom 3. September 1951 entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die beklagte Gemeinde hat gebeten,

die Klage abzuweisen.

Sie hat ihre Verpflichtung zur Abnahme und Überwachung der Schaukel, und daß sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, im Berufungsrechtszug nicht mehr bestritten. Sie hat auch nicht in Abrede gestellt, daß H. nach fruchtloser Pfändung den Offenbarungseid geleistet habe.

Sie hat jedoch die Auffassung vertreten, die Streitverkündung im Vorprozeß sei unwirksam gewesen und das Gericht habe daher die Verpflichtung, den Unfallhergang erneut zu überprüfen. In diesem Zusammenhang hat sie vorgetragen; Das Fehlen der Sicherheitsketten sei für den Unfall nicht ursächlich gewesen. Die Klägerin sei nicht aus der seitlichen Einstiegsöffnung gestürzt, sondern über das rückwärtige Schutzgitter der Schaukel hinausgetragen worden. Auch hätte das Vorhandensein einer Sicherheitskette ein seitliches Hinausfallen nicht verhindern können, zumal die Klägerin vor dem Sturz schwindlig geworden sei. Im übrigen habe die Klägerin den Unfall selbst verschuldet, da sie sich nicht richtig festgehalten habe.

Sie hat weiter eine Amtspflichtverletzung verneint und hierzu geltend gemacht, sie treffe kein Verschulden, da das Vorhandensein von Sicherheitsketten nicht vorgeschrieben sei. Infolgedessen hätte der zuständige Beamte der Gemeinde die Inbetriebnahme der Schiffschaukel nicht vom Vorhandensein der Sicherheitsketten abhängig machen dürfen. Im übrigen habe er auch nicht damit zu rechnen brauchen, daß jemand durch das Fehlen der Ketten gefährdet werden könne.

Schließlich hat die beklagte Gemeinde noch geltend gemacht, daß die Klägerin nicht jede Möglichkeit ausgeschöpft habe, von H. [REDACTED] Ersatz zu erlangen.

Durch Zwischenurteil des Landgerichts ist der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz gegenüber der Gemeinde dem Grunde nach für berechtigt erklärt worden. Das Berufungsgericht hat die Berufung der beklagten Gemeinde zurückgewiesen und dabei in seiner Urteilsformel klargestellt, daß hinsichtlich der begehrten Feststellung nicht über den Grund vorab, sondern endgültig durch Teilendurteil entschieden worden sei.

Mit der Revision verfolgt die beklagte Gemeinde ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Landgericht ist in seinem Urteil davon ausgegangen, daß die Streitverkündung im Vorprozeß wirksam erfolgt sei und infolgedessen die Feststellungen über den Unfallhergang im Vorprozeß bindend und daher nicht mehr nachprüfbar seien. Das Berufungsgericht hat dies zwar auch für zutreffend gehalten, dann aber doch die Frage der Interventionswirkung dahingestellt sein lassen und über den Unfallhergang unter Berücksichtigung des neuen Vorbringens der beklagten Gemeinde erreut entschieden.

Erfolgt, wie es hier der Fall gewesen ist, ein Beitritt des Streitverkündungsgegners nicht im Vor-

prozeß, so hat die Prüfung der Wirksamkeit der Streitverkündung nicht im Vorprozeß, sondern im Folgeprozeß zwischen dem Streitverkünder und dem Streitverkündungsgegner zu erfolgen (RGZ 77, 360, 364).

Es mag dahingestellt bleiben, ob es prozeßrechtlich zulässig gewesen ist, daß das Berufungsgericht die Frage der Interventionswirkung dahingestellt hat sein lassen und über den Unfallhergang erneut entschieden hat; in jedem Falle ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon auszugehen, daß die Voraussetzungen der Streitverkündung im Zeitpunkt der Erklärung vorgelegen haben und somit eine wirksame Streitverkündung erfolgt ist.

2.) Es ist zwar der Revision darin zuzustimmen, daß die Klägerin im Vorprozeß obgesiegt hat und daß vom Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 1. Oktober 1912 (JW 1913, 32; Seuff-Arch 68 Nr. 75) im Zusammenhang mit der Frage der Verjährungsunterbrechung durch Streitverkündung die Ansicht vertreten wird, die Streitverkündung habe nicht die Wirkung aus § 68 ZPO, wenn der Streitverkünder im Vorprozeß obsiege, sondern diese Wirkung trete nur bei einem für den Streitverkünder ungünstigen Prozeßverlauf ein.

Diese Ansicht des Reichsgerichts ist von dem hier erkennenden Senat aber bereits in seinem Urteil vom 18. Dezember 1961 - BGHZ 36, 212 - als fehlsam aufgegeben worden. In diesem Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe verwiesen werden kann, kommt zum Ausdruck, daß für die Wirksamkeit der Streitverkündung nicht auf den ungünstigen Ausgang des Rechtstreites abzustellen ist, sondern daß ausschlaggebend allein

die berechnete Annahme des Streitverkünders, bei ungünstigem Ausgang des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung zu haben, im Zeitpunkt der Streitverkündung ist, wobei es gleichgültig bleibt, welchen Ausgang der Rechtsstreit im Endergebnis tatsächlich nimmt.

Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht neben den im Urteil vom 18. Dezember 1961 ausgeführten Gründen noch ein weiterer Gesichtspunkt.

Tritt der Streitverkündungsgegner dem Rechtsstreit bei, und wird der Antrag auf Zurückweisung des Beitritts gestellt, so hat gemäß den §§ 74 Abs. 1, 71 ZPO das Gericht durch Zwischenurteil über die Zulässigkeit des Beitritts zu entscheiden. Es wäre eine nicht verständliche Folge, wenn ein durch rechtskräftiges Urteil für zulässig erklärter Beitritt, dessen Interventionswirkungen nach § 68 ZPO damit wirksam geworden sind, hinsichtlich der Interventionswirkungen nachträglich wieder unwirksam werden sollte, wenn der Streitverkünder schließlich im Rechtsstreit obsiegt. Es wäre hiermit eine Rechtsunsicherheit gegeben, wie sie vom Gesetz sicherlich nicht gewollt ist.

Es trifft nicht zu, wenn Jauernig (JZ 1962, 416) meint, das Urteil des hier erkennenden Senates vom 18. Dezember 1961 lasse nicht klar erkennen, unter welchen Voraussetzungen im Falle des Prozeßgewinns die Interventionswirkungen eintreten; ob hierfür schon die Annahme des Streitverkünders, bei ungünstigem Ausgang einen Regreßanspruch zu haben, genüge, oder ob die Entscheidung auch wirklich "ungünstig in ihren tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen" ausgefallen sein müsse.

Gerade abweichend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts (JW 1913, 32) erfolgt in dem Urteil keine Abstellung auf den "ungünstigen Ausgang der Entscheidung", sondern ausschlaggebend ist allein die im Zeitpunkt der Streitverkündung vorhandene berechnete Annahme des Streitverkünders, bei ungünstigem Ausgang des Rechtsstreits einen Regreßanspruch zu haben. Wenn in dem letzten Absatz der Entscheidungsgründe des Urteils noch die Feststellung getroffen ist, daß die rechtskräftige Entscheidung im Vorprozeß sogar in ihren tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Folgerungen einen für den Kläger ungünstigen Ausgang genommen habe, so ist hierbei, wie gerade das Wort "sogar" zeigt, nur noch eine weitere Hilferwägung herangezogen worden, ohne daß hierdurch die vorher ausgesprochene Ansicht, allein die Annahme des Streitverkünders, bei ungünstigem Ausgang des Rechtsstreits einen Regreßanspruch zu haben, sei ausschlaggebend, hat berührt oder gar eingeschränkt werden sollen.

3.) Dem Zweck der Streitverkündung entsprechend, Prozesse zu verringern und widersprechende Prozeßergebnisse zu vermeiden, hat die Rechtsprechung über den Wortlaut des § 72 ZPO hinaus den Tatbestand, daß der Streitverkündungsgegner wegen eines und desselben Schadens, auf dessen Ersatz zunächst ein anderer in Anspruch genommen wird, im Falle des Unterliegens des Klägers anstatt des anderen selbständig haftbar gemacht werden könnte, den Fällen eingereicht, in denen die sachlichen Voraussetzungen des § 72 ZPO als erfüllt anzusehen sind (RGZ 77, 360, 364/5 mit weiteren Nachweisen; BGHZ 8, 72, 80).

Dies sind aber die Fälle, in denen der Kläger Ansprüche aus demselben Schadensereignis sowohl gegen einen Dritten, sei es aus unerlaubter Handlung oder einem sonstigen Rechtsgrund, als auch gegen einen Beamten oder gegen die für ihn haftende Körperschaft aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung geltend machen kann. Hier ergibt sich die besondere Eigenart, daß die Ansprüche des Klägers gegenüber dem Dritten der Geltendmachung der Ansprüche des Klägers gegen den Beamten oder die hinter ihm stehende Körperschaft im Hinblick auf die Hilfsnatur dieser Ansprüche (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB) entgegenstehen, der Beamte also nicht schon von vornherein neben dem Dritten in Anspruch genommen werden kann. Insoweit handelt es sich daher um sich wechselseitig ausschließende Ansprüche, bei denen dann aber der Kläger u.U. davon ausgehen kann, bei Abweisung seines Anspruchs gegen den Dritten einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den Beamten oder die für ihn haftende Körperschaft zu haben.

4.) So sind auch die Ansprüche der Klägerin gegenüber H. [REDACTED] und der beklagten Gemeinde gelagert gewesen und sie hat im Zeitpunkt ihrer Streitverkündung berechtigt glauben dürfen, für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits gegen H. [REDACTED] einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen die beklagte Gemeinde zu haben. Es hätte durchaus die Möglichkeit bestehen können, daß dem H. [REDACTED] trotz des rechtswidrigen Zustandes seiner Schiffschaukel ein schuldhaftes Verhalten nicht zuzurechnen gewesen wäre, wenn bei einer Überprüfung durch den zuständigen Beamten der beklagten Gemeinde eine Beanstandung nicht erfolgt wäre und H. [REDACTED]

sich hierauf hätte verlassen dürfen. Dann aber wäre die Klägerin mit ihren Ansprüchen gegenüber H. nicht durchgedrungen, hätte aber möglicherweise Schadensersatzansprüche gegenüber der beklagten Gemeinde gehabt, weil in der nicht erfolgten Beanstandung eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des betreffenden Beamten hätte erblickt werden können.

5.) Nicht recht verständlich ist das Vorbringen der Revision, die Streitverkündung habe, ihrem Datum nach zu urteilen, anscheinend nur der Unterbrechung der Verjährung dienen sollen. Hierzu sei sie nicht erforderlich gewesen, weil nach der rechtzeitigen Verklagung des H. eine Verjährung des etwaigen Anspruches gegen die beklagte Gemeinde nicht zu befürchten gewesen sei.

Selbst wenn es zuträfe, daß es der Klägerin bei der Streitverkündung nur auf eine Verjährungsunterbrechung angekommen ist, so hätte die Verjährungsunterbrechung immer nur die Folge einer wirksamen Streitverkündung sein können. Die Klägerin hätte mithin niemals damit rechnen können, daß eine Verjährungsunterbrechung eintrete, wenn nicht auch ihre Streitverkündung zulässig und rechtswirksam ist. Es kann mithin auch nur davon ausgegangen werden, daß die Klägerin bei ihrer Streitverkündung an das Vorliegen der Voraussetzungen hierfür geglaubt hat, selbst wenn sie mit der Streitverkündung auch nur eine Verjährungsunterbrechung hätte erreichen wollen.

Im übrigen wäre, wie die Revision ganz richtig sagt, eine Verjährungsunterbrechung gegenüber der beklagten Gemeinde auch gar nicht erforderlich gewesen,

da im Hinblick auf die hilfsweise Haftung nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB die Verjährung für den Amtshaftungsanspruch erst mit der Kenntnis des Verletzten davon zu laufen beginnt, daß er auf andere Weise keinen Ersatz zu erlangen vermag. Nichts spricht hier aber dafür, daß die Klägerin bei Erhebung der Klage gegen Heisel oder im Zeitpunkt der Streitverkündung etwa schon Kenntnis von der Vermögenslosigkeit des H. gehabt hat. In diesem Falle hätte sie es nicht nötig gehabt, H. zu verklagen, sondern hätte gleich gegen die beklagte Gemeinde vorgehen können.

Dies spricht dafür, daß es der Klägerin bei ihrer Streitverkündung nicht auf eine Verjährungsunterbrechung, sondern gerade auf die Herbeiführung der prozeßrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung im Sinne des § 68 ZPO angekommen ist.

6.) Erfolglos muß auch die Rüge der Revision bleiben, der Sachverhalt der Klage gegen die beklagte Gemeinde sei nur hinsichtlich des Schadens und des schädigenden Ereignisses, nicht aber hinsichtlich Ursache und Schuld mit dem Sachverhalt der Klage gegen H. identisch gewesen. Hinsichtlich der beiden letzten Punkte habe also ohnehin eine Bindung an die Feststellungen des Urteils im Vorprozeß nicht herbeigeführt werden können. Soweit es sich aber um die Frage gehandelt habe, ob die Klägerin seitlich oder rückwärts aus der Schaukel gestürzt sei, sei durch die Streitverkündung auch nichts zu gewinnen gewesen. Hätte der frühere Rechtsstreit nämlich einen ungünstigen Ausgang genommen, weil festgestellt worden wäre, die Klägerin sei rückwärts aus der Schaukel gestürzt, so

hätte gerade in diesem Fall die Klägerin keinen Anspruch gegen die beklagte Gemeinde gehabt.

Zutreffend ist insoweit nur die Annahme der Revision, daß dann, wenn im Vorprozeß festgestellt worden wäre, die Klägerin sei rückwärts aus der Schaukel gestürzt, und sie deshalb im Vorprozeß unterlegen wäre, ihr dann keine Ansprüche gegen die beklagte Gemeinde zugestanden hätten. Das Fehlen der Sicherheitskette hätte dann in keinem Zusammenhang mit den Hinausstürzen der Klägerin aus der Schiffschaukel gestanden und das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des H. und der Beamten der beklagten Gemeinde wäre für das Schadensereignis nicht ursächlich gewesen.

Wenn nur dieses Ergebnis zu erwarten gewesen wäre, wäre eine Streitverkündung von vorneherein sinnlos gewesen. Daß es aber nicht so gewesen ist, zeigt schon allein das Ergebnis des Vorprozesses, in dem nicht ein rückwärtiges, sondern ein seitliches Hinausstürzen festgestellt ist. Damit haben die Voraussetzungen für eine zulässige und auch wirksame Streitverkündung vorgelegen, wobei es ohne Bedeutung ist, daß die Klägerin im Vorprozeß im Ergebnis obgesiegt hat.

Entgegen der Ansicht der Revision ist mit der Streitverkündung auch durchaus "etwas zu gewinnen" gewesen. Zumindest sind von den prozeßrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung die Feststellungen des Vorprozesses erfaßt worden, die sich auf den Hergang des Unfallereignisses und auf den entstandenen Schaden beziehen.

7.) Soweit die Revision in diesem Zusammenhange noch rügt, einem ungünstigen Ausgange des Rechtsstreits könne nicht der Fall gleichgestellt werden, daß die Zwangsvollstreckung aus einem erwirkten günstigen Urteil fruchtlos bleibe, bedarf dies keiner Erörterung.

Zwar hat das Berufungsgericht in Anlehnung an RGZ 81, 428 bis 433 ausgeführt, es erscheine vertretbar, den Ausgang nicht nur des Erkenntnisverfahrens, sondern auch des sich anschließenden Vollstreckungsverfahrens in den Begriff des "Ausgangs des Rechtsstreits" im Sinne des § 72 ZPO einzubeziehen. Es hat aber, da es die Frage der Wirksamkeit der Streitverkündung dahingestellt gelassen hat, hieraus keine Rechtsfolgerungen gezogen.

8.) Damit hat die Streitverkündung im Zeitpunkt ihrer Zustellung den gesetzlichen Erfordernissen entsprochen, und ihre Interventionswirkungen nach § 74 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 68 ZPO sind eingetreten.

Die Feststellungen, die das Oberlandesgericht Frankfurt (Main) - Zivilsenat in Darmstadt - im Vorprozeß in seinem Urteil vom 19. September 1957 zum schädigenden Ereignis und Schaden getroffen hat, sind daher in diesem Rechtsstreit für das Landgericht und das Berufungsgericht bindend gewesen. Neue Behauptungen und Beweismittel insoweit, die zu einer anderen Beurteilung führen sollten, durften nicht mehr berücksichtigt werden. Die Bindung erstreckte sich auf alle die Vorentscheidung tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen, soweit zwischen dem Vorprozeß und diesem Rechtsstreit eine Identität bestand.

Die beklagte Gemeinde kann die Richtigkeit des der Klägerin gegenüber ergangenen Urteils im Vorprozeß nicht mehr bestreiten und die Einrede mangelhafter Prozeßführung nur in beschränktem Umfang vorbringen (§§ 74 Abs. 3, 68 ZPO). Letzteres ist nicht erfolgt.

Bei dieser Sachlage kommt es auf die Ausführungen, die das Berufungsgericht über den Unfallhergang gemacht hat, nicht mehr an und auch die Angriffe der Revision, die sich gegen diese Ausführungen richten, können unerörtert bleiben.

II.

Soweit die Revision eine Verletzung des § 839 BGB rügt, kann sie keinen Erfolg haben.

1.) Bei der Prüfung der fahrlässigen Amtspflichtverletzung hat das Berufungsgericht infolge der bindenden Interventionswirkung davon auszugehen gehabt, daß die Klägerin seitlich aus der Schiffschaukel gestürzt ist und eine Sicherheitskette den Absturz verhindert hätte. Einer Überprüfung haben daher nur noch Ursache und Schuld im Hinblick auf § 839 BGB unterlegen, da insoweit eine Identität mit dem Vorprozeß nicht vor-
gelegen hat.

Das Berufungsgericht führt den Unfall und den daraus folgenden Schaden der Klägerin auf die fahrlässige Verletzung einer - auch der Klägerin gegenüber obliegenden - Amtspflicht durch den oder die für die Wahrung der Amtspflicht zuständigen Beamten der beklagten Gemeinde zurück. Es führt hierzu aus: Unstreitig habe auf Gemeindeebene die Amtspflicht bestanden, die Schiff-

schaukel, insbesondere vor Beginn der Veranstaltung, auf ihre Betriebssicherheit zu überprüfen, und unstreitig sei diese Überprüfung nicht erfolgt. Bei ordnungsgemäßer Prüfung wäre das Fehlen der Sicherheitsketten bemerkt, die hieraus drohende Gefahr erkannt und daher aus Gründen der Sicherheit die Inbetriebnahme der Schaukel ohne Sicherheitsketten untersagt worden. Ob das Anbringen von Sicherheitsketten in irgend einer Vorschrift ausdrücklich verlangt werde, könne dahinstehen. Ein Sachverständigen-Gutachten hierüber sei überflüssig. Die Notwendigkeit ihres Vorhandenseins habe sich bei der Bauart der von H. verwandten Schiffe aus der Forderung nach Betriebssicherheit ergeben. Dies sei unschwer erkennbar gewesen. Schiffschaukeln dieser Art seien regelmäßig an ihren Einstiegsöffnungen mit Sicherheitsketten versehen, um ein Herausfallen durch die Einstiegsöffnungen zu verhindern. Dies sei weithin bekannt und auch einem Gemeindebeamten - selbst ohne besondere technische Vorbildung - hätte das Fehlen der Ketten auffallen und die daraus drohende Gefahr zum Bewußtsein kommen müssen.

Bei einer Überprüfung wäre auch das Fehlen des Baubuches aufgefallen, was allein schon Anlaß zur Verbotung des Betriebes gegeben hätte, da anzunehmen sei, daß vor Ausstellung eines Baubuches die Schiffschaukel von sachverständiger Seite abgenommen und dabei auch das Anbringen von Sicherheitsketten, wie sie bereits früher vorhanden gewesen seien, gefordert worden wäre.

Auch ein Verschulden der Klägerin könne nicht angenommen werden. Nichts spreche dafür, daß sie sich aus Unvorsichtigkeit nicht richtig festgehalten habe.

Sei ihr schwindlig geworden, was die beklagte Gemeinde vortrage und was auch naheliege, und habe sie sich deswegen nicht mehr festhalten können, so könne daraus ebensowenig wie aus der Tatsache, daß sie, wie allgemein üblich, stehend geschaukelt habe, ein Verschulden nicht hergeleitet werden. Schließlich könne das in einem stärkeren Schaukeln begründete Risiko dann nicht zu einer Minderung oder gar zu einem Ausschluß der Ersatzpflicht des Schädigers führen, wenn, wie hier, feststehe, daß der Schaden durch das Fehlen notwendiger Sicherheitsketten verursacht sei.

2.) Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Revision hat sie auch nur ganz allgemein zur Nachprüfung gestellt. Den Ausführungen des Berufungsgerichts kann noch folgendes hinzugefügt werden, was teilweise schon im Urteil des Landgerichts ausgeführt ist:

Nach § 60 a GewO i.V.m. § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewO bedarf ein Schausteller, der, wie hier Heisel, eine Schiffschaukel betreibt, zur Ausübung seines Gewerbes der Erlaubnis der für den jeweiligen Ort der Gewerbeausübung zuständigen Ortspolizeibehörde. Es wird von der beklagten Gemeinde nicht in Abrede gestellt, daß sie die für die Erlaubniserteilung zuständige Ortspolizeibehörde gewesen ist. Die Erteilung der Erlaubnis dient u.a. sicherheitspolizeilichen Vorkehrungen. Sie hat infolgedessen die Überprüfung der Schiffschaukel des Heisel auf ihre Betriebssicherheit zur Voraussetzung gehabt.

Eine Schiffschaukel gehört zu den sog. fliegenden Bauten im Sinne des Art. 24 des Hess.Gesetzes die all-

gemeine Bauordnung betreffend vom 30. April 1881 (Hess.RegBl S. 71) in Verbindung mit § 41 der Ausführungsverordnung zu diesem Gesetz vom 1. Februar 1882 (Hess.RegBl S. 29). Diese Vorschriften sind bis zum Inkrafttreten der Hessischen Bauordnung vom 6. Juli 1957 (Hess.GVB1 1957, 101) noch in Gültigkeit gewesen. Gemäß Art. 77 i.V.m. § 101 oben genannter Vorschriften ist jedes genehmigungspflichtige Bauwesen, wozu auch die fliegenden Bauten gehören, von der Ortspolizeibehörde unter Zuziehung eines "Bauverständigen" abzunehmen.

Zur Erinnerung an diese Vorschriften hat der Landrat des Landkreises Darmstadt unter dem 12. Oktober 1951 ein Rundschreiben an die Bürgermeister und Gendarmerie-Stationen seines Kreises herausgegeben, in dem es u.a. heißt: "Vor der Erlaubniserteilung bitte ich zu prüfen, ob die genannten Gewerbetreibenden im Besitze eines Baubuches für fliegende Bauten sind. Sollte dies nicht der Fall sein, dann sind sie an das Staatsbauamt Darmstadt zu verweisen.... Keineswegs ist einem solchen Unternehmen die zusätzliche Erlaubnis zu erteilen, wenn dasselbe nicht im Besitze der erforderlichen Papiere ist".

Alle diese Bestimmungen dienen dem Zweck, Gefahren für Leben und Gesundheit von den Benutzern solcher Anlagen abzuwenden. Die Befolgung dieser Bestimmungen hat daher zu den Amtspflichten der beklagten Gemeinde als Ortspolizeibehörde gehört, die ihr gegenüber den Benutzern der Schiffschaukel obliegen haben. Unstreitig ist aber die beklagte Gemeinde dieser Verpflichtung nicht nachgekommen.

Selbst wenn man davon ausgehen will, daß der zuständige Beamte der beklagten Gemeinde bei einer Überprüfung infolge mangelnder technischer Vorbildung ohne Verschulden nicht die Notwendigkeit des Vorhandenseins von Sicherheitsketten hätte erkennen können, so wäre ihm doch in jedem Falle bei pflichtgemäßem Verhalten nicht das Fehlen des Baubuches entgangen. Eine Erlaubniserteilung zum Betrieb der Schiffschaukel hätte dann nicht erteilt werden dürfen und es wäre nicht zu dem Unfall gekommen. Zumindest wäre H. vor einer Erlaubniserteilung an das Staatsbauamt Darmstadt zu verweisen gewesen und durch dieses wäre vor Erteilung des Baubuches eine sachverständige Überprüfung vorgenommen worden, in der das Fehlen der Sicherheitsketten bemerkt und deren Wiederanbringung verlangt worden wäre.

3.) Wenn die Revision in diesem Zusammenhange meint, daß die dem Körper des Schaukelnden verliehene Bewegung nur die Möglichkeit eines Absturzes über das Ende der Gondel zulasse und daher die Betriebssicherheit nicht die Anbringung von danach nutzlosen Seitenketten fordere, so liegt dies Vorbringen angesichts der im Vorprozeß getroffenen bindenden Feststellung, daß die Klägerin nicht über das Ende der Gondel, sondern seitlich hinausgestürzt ist, neben der Sache.

4.) Entgegen der Ansicht der Revision hat sich das Berufungsgericht auch mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Tübingen (VersR 1952, 436) auseinandergesetzt und den dort vertretenen Risikogedanken mit Recht deshalb außer acht gelassen, weil die Inkaufnahme des in stärkerem Schaukeln begründeten Risikos dann nicht zu einer Minderung oder gar zu einem Aus-

schluß der Ersatzpflicht des Schädigers führen kann, wenn - wie im vorliegenden Fall - feststeht, daß der Schaden durch das Fehlen notwendiger Sicherheitsketten verursacht ist.

III.

Zu Unrecht rügt die Revision schließlich, daß die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne auf andere Weise keinen Ersatz verlangen, bei der gegebenen Sachlage mit der Rechtsprechung nicht in Einklang stehe.

Allerdings gehört bei nur fahrlässiger Amtspflichtverletzung die Behauptung, auf andere Weise sei ein Ersatz nicht zu erlangen, zur Klagebegründung und der Verletzte hat nicht nur den Nachweis hierfür zu führen, sondern auch nachzuweisen, daß eine früher etwa vorhandene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft von ihm versäumt worden ist. Damit darf ihm aber nichts Unmögliches zugemutet werden. Ergibt die Sachlage, daß der, der anderweitig als Ersatzpflichtiger in Betracht kommt, kein greifbares Vermögen besitzt, dann ist es Sache des Beklagten darzutun, daß dennoch Vollstreckungsmöglichkeiten bestehen (RGZ 162, 24, 31).

Unzulässig ist es auch, den Ersatzanspruch wegen einer nur entfernten Möglichkeit der Entschädigung durch den Erstverpflichteten abzuweisen. Der Ersatzberechtigte braucht sich auch nicht auf eine Möglichkeit des Ersatzes verweisen zu lassen, die erst in ungewisser Zukunft zur Befriedigung führen wird. Er darf nach § 249 BGB verlangen, daß der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Er-

satz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Er hat den Anspruch auf alsbaldige Erstattung dessen, was er durch das Verschulden des anderen eingebüßt hat (RGZ 80, 252, 254).

Das Berufungsgericht hat hierzu rechtsirrtumsfrei ausgeführt, daß nicht davon gesprochen werden könne, daß die Klägerin eine früher etwa vorhanden gewesene Ersatzmöglichkeit schuldhaft versäumt habe und daß es der Klägerin auch nicht zuzumuten sei, einen in seiner Aussicht zweifelhaften und langandauernden Anfechtungsprozeß zu führen oder gegen den Sohn des H. eine Klage aus § 419 BGB zu erheben.

Was zunächst den Anfechtungsprozeß anbetrifft, so ist es zumindest zweifelhaft, ob, wie die Beklagte es meint, in der Gewerbeabmeldung durch H. überhaupt eine Rechtshandlung im Sinne des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 zu sehen ist oder ob der öffentlich-rechtliche Charakter dieser Rechtshandlung dies nicht ausschließt. Ganz abgesehen davon ist aber auch nicht ersichtlich, wie sich im jetzigen Zeitpunkt die Vermögenslage des H. zu Gunsten der Klägerin durch eine solche Anfechtung ändern sollte.

Was die angebliche Vermögensübergabe an den Sohn des H. anbetrifft, so ist zwar richtig, daß der hier erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 7. November 1957 - III ZR 113/56 - ausgesprochen hat, daß eine anderweitige Ersatzmöglichkeit dann besteht, wenn der ersatzpflichtige Dritte selbst nach Übertragung seines gesamten Vermögens auf einen anderen vermögenslos geworden ist, der andere aber nach § 419 BGB belangt werden kann.

In dem dort vorliegenden Falle ist die Lage aber eine durchaus andere gewesen. Es hat dort unstreitig festgestanden, daß der Ersatzpflichtige einen der Höhe nach bekannten Erbteil, der sein ganzes Vermögen darstellte, auf einen Dritten übertragen hatte.

In dem hier vorliegenden Falle hat die beklagte Gemeinde aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die angebliche Vermögensübernahme weder substantiiert dargelegt noch hinreichend unter Beweis gestellt.

Auch ein solcher Rechtsstreit gegen den Sohn des Heisel ist daher vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als der Klägerin nicht zumutbar angesehen worden.

IV.

Hiernach erweist sich die Revision als unbegründet und ist zurückzuweisen. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels treffen gemäß § 97 ZPO die beklagte Gemeinde.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Keßler

Dr. Reinhardt