

11

BUNDESGERICHTSHOF 2054 089

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 94/65

URTEIL

Verkündet am

18. Mai 1967

Schorn,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt K [REDACTED], vertreten durch ihren
Magistrat,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die S [REDACTED] - Aktiengesellschaft in K [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, die
Direktoren Dr. R [REDACTED] und Dr. B [REDACTED], beide in K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Gähtgens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 31. März 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden ist, daß ihre Stromkabel bei Kanalisationsarbeiten zerrissen wurden und als Folge dessen ihr Betrieb vorübergehend stillgelegt wurde.

Die beklagte Stadtgemeinde ließ bei der Anlegung des zur Aufnahme von Abwässern dienenden Vorflutkanals Waldau im Jahre 1960 durch die Baufirma E. [REDACTED] & Co aus K. [REDACTED] einen Graben entlang der alten Nürnberger Straße ausheben. Dem Vertrag lagen Bedingungen zugrunde, deren Ziffer 205 lautet:

"Der Unternehmer hat unter eigener Verantwortung alle Maßnahmen zu treffen, die zur Sicherung der Baustelle erforderlich sind. Er haftet für sämtliche unmittelbaren und mittelbaren Schäden, die der Stadt aus der Unterlassung solcher Maßnahmen erwachsen. Er verpflichtet sich, die Stadt in vollem Umfang von allen Ansprüchen freizustellen, die wegen ungenügender Sicherung der Baustelle erhoben werden.

Die Stadt trifft im Verhältnis zu dem Unternehmer keinerlei Sicherungspflicht, auch dann nicht, wenn die Stadt sich die Bauleitung vorbehalten hat. Entsprechendes gilt im Hinblick auf alle Maßnahmen zur Sicherung etwaiger an der Baustelle oder in ihrer Nähe bestehender Anlagen (z.B. Kabel, Hydranten, Schächte u.ä.).

Diese Vereinbarungen gelten als Vertrag zugunsten Dritter."

Die Arbeiten führten in die Nähe von Versorgungsleitungen der Klägerin. Diese hatte dort über fremdes Gelände eine Wasserrohrleitung von fast 2 km Länge verlegt, die ihre Flußpumpstation in der Fulda mit dem Betriebsgelände verband. Dicht dabei verliefen sechs Kabel der Klägerin, nämlich zweimal je zwei Kabel mit einem dazugehörigen Steuerungskabel. Davon waren zwei Stromkabel und das dazugehörige Steuerungskabel 1949 bzw. 1951 stillgelegt; die restlichen Kabel versorgten den Betrieb der Klägerin mit Strom aus ihrem eigenen Kraftwerk.

Die Klägerin hatte sowohl im Jahre 1935 bei der ersten Verlegung ihrer später stillgelegten Kabel als auch bei der Neuverlegung in den Jahren 1949 und 1951 der Beklagten zur Einholung von Genehmigungen Zeichnungen über den Kabelverlauf eingereicht. Die Zeichnungen aus 1935 waren durch Kriegseinwirkung vernichtet worden; die Zeichnungen von 1949 und 1951 wurden bei den Arbeiten im



117

Jahre 1960 nicht herangezogen. Die Beklagte registriert private Versorgungsleitungen nicht. Die Zeichnungen von 1949 gaben allerdings eine unrichtige Lage der Kabel an, wonach sie die Unfallstelle von 1960 nicht berührten, weil die Beklagte damals mit Rücksicht auf einen Brückenbau Abänderungswünsche gestellt hatte. Nach den im Jahre 1951 eingereichten Plänen über die Verlegung des Steuerkabels endete dieses Kabel mehrere hundert Meter vor der späteren Schadensstelle. Im Jahre 1956 hatte das Tiefbauamt der Beklagten die Kabel der Klägerin unter einer Brücke des Autobahnzubringers tiefer legen und sich dazu Zeichnungen geben lassen.

Ein Bauleiter des Tiefbauamtes der Beklagten, Ingenieur W. [REDACTED] lud die Baufirma, die Städtischen Werke, die Bundespost und die Polizei zu einer Begehung der beabsichtigen Baustelle ein, um gefährdete unterirdische Versorgungsleitungen zu erfassen. Bei dieser Begehung bemerkte man die durch Schächte erkennbare Wasserleitung der Klägerin. W. [REDACTED] suchte daraufhin am 14. Juli 1960 den damaligen Leiter der Bauabteilung der Klägerin, Ingenieur S. [REDACTED], auf und erkundigte sich nach Leitungen der Klägerin im Bereich der Kanalbaustelle. Die Baufirma E. [REDACTED] & Co führte sodann auf Anweisung von Weddig sogenannte Querschnitte ohne Einsatz des Baggers aus, um Leitungen zu suchen. Hierbei fand man die stillgelegten Kabel der Klägerin, ohne zu merken, daß es stillgelegte Kabel waren. Weddig führte dann eine nochmalige Begehung durch, ohne die Klägerin zu benachrichtigen, und legte daraufhin den endgültigen Verlauf des Kanalgrabens fest.

Am 7. Oktober 1960 gegen 10 Uhr wurden bei Baggerarbeiten der Firma E [REDACTED] & Co in der Nähe der Lilienthalstraße die beiden stromführenden Kabel der Klägerin und das Steuerkabel der stillgelegten Leitung zerrissen. Dadurch fielen das Flußpumpwerk und die Hauptwasserversorgung für die S [REDACTED] werke der Klägerin aus; die Energieversorgung des Betriebes wurde unterbrochen und die Produktionsmaschinen standen still. Die Kabel konnten zwar bis 18 1/2 Uhr wieder instandgesetzt werden, doch lief der Betrieb der Klägerin erst etwa ab 20 Uhr wieder voll.

Die Klägerin errechnet den ihr durch den Betriebsausfall entstandenen Schaden auf rund 209.000 DM. Sie macht davon einen näher aufgegliederten Teilbetrag geltend, und zwar jetzt in Höhe von 16.500 DM nebst Zinsen. Sie hat zur Begründung vorgetragen:

Die Beklagte habe pflichtwidrig die bei ihr vorhandenen Unterlagen über die Kabel nicht herangezogen. Sie hätte daraus den Verlauf der Versorgungsleitungen der Klägerin feststellen können und müssen. Im übrigen müsse eine Stadt derartige unterirdische Leitungen registrieren und bei neuen Arbeiten die Unterlagen auswerten. Bei der Unterredung am 14. Juli 1960 habe sich Ingenieur W [REDACTED] mit einer oberflächlichen Befragung ihres Ingenieurs S [REDACTED] begnügt, der damit habe rechnen dürfen, daß eine genauere Unterrichtung oder gemeinsame Begehung erfolgen werde. Aus dieser Unterredung habe die Beklagte aber entnehmen können, daß sechs verschiedene Kabel vorhanden seien. An die Baufirma könne sich die Klägerin nicht halten, weil die Beklagte alle Vorbereitungen selbst getroffen und die Baufirma insoweit nur nach den Weisungen der Beklagten gehandelt habe, sodaß ihr keinesfalls ein Schuldvorwurf gemacht werden könne.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie bestreitet die Höhe des Schadens und hat weiter ausgeführt: Eine Stadtgemeinde sei nicht verpflichtet, private Versorgungsleitungen zu registrieren; die Klägerin hätte ihre Leitungen deutlich kennzeichnen müssen. Die Heranziehung der überholten Pläne von 1949 und 1951 hätte den Schaden nicht verhindert, weil diese die Lage der Kabel nicht richtig angegeben hätten. Die Beklagte habe alles Erforderliche getan, doch habe Ingenieur S. sie irregeführt; er habe am 14. Juli 1960 nach Vorlage der Baupläne nur zwei Kabel der Klägerin erwähnt und von stillgelegten Kabeln nicht gesprochen. Darauf habe kein Anlaß mehr bestanden, die Klägerin zu der nächsten Baustellenbegehung zuzuziehen. Die Beklagte hätte angenommen, daß sie die Kabel der Klägerin gefunden habe, als die Querschläge zwei Kabel freigelegt hatten. Eine Haftung entfalle im übrigen, weil die Klägerin sich an die Baufirma halten müsse, die zuverlässig und leistungsfähig sei.

Das Landgericht hat durch Teil- und Zwischenurteil die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.000 DM zu zahlen, und den weitergehenden Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; es hat eine schuldhafte Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht angenommen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und den im Berufungsrechtszug erhöhten Anspruch der Klägerin wiederum dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, aber die Verurteilung zur Zahlung bereits auf einen Betrag von 4.000 DM erhöht.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Revision den Antrag auf Klagabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Beklagte hafte aus § 839 BGB und Art. 34 GG, weil Planung und Herstellung eines Vorflutkanals für die Ableitung von Abwässern zum hoheitlichen Aufgabenbereich der beklagten Gemeinde gehörten. Der für die Beklagte tätig gewordene Ingenieur W. hätte sich zuverlässiger über die Versorgungsleitungen der Klägerin unterrichten und den Verlauf der Kabel genau feststellen müssen. Bei der Unterredung im Juli 1960 habe er von Ingenieur S. keine genauen Angaben erhalten; er habe sich keine Aufzeichnungen gemacht und wisse nicht einmal, ob S., der von mehreren Kabeln gesprochen habe, eine bestimmte Zahl von Leitungen genannt habe. W. hätte zu den Baustellenbegehungen die Klägerin zuziehen müssen. Er habe damit fahrlässig Pflichten verletzt, die ihm auch der Klägerin gegenüber obgelegen hätten.

Die Beklagte könne die Klägerin nicht an die Baufirma E. & Co verweisen. Denn diese habe nicht schuldhaft gehandelt. Die Beklagte habe zwar durch ihre Vertragsbedingungen, insbesondere deren Ziffer 205, die Sicherungspflichten auf die Baufirma übertragen gehabt, doch habe die Beklagte in faktischer Abänderung des Vertrages allein die

Zuständigkeit und Verantwortung für die Aufspürung gefährdeter Versorgungsleitungen übernommen. Das sei keine bloße Unterstützung der Baufirma gewesen, sondern diese wäre nun an die Weisungen der Beklagten gebunden gewesen. Die Bau-
firma hätte eigene Nachforschungen nicht mehr anzustellen brauchen. Infolge der faktischen Abänderung der Vertragsbestimmung Ziffer 205 ständen der Klägerin auch keine vertraglichen Ansprüche gegen die Baufirma zu. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Beklagte unter den hier gegebenen Umständen darauf bestehe, daß die Baufirma sie von den Ansprüchen der Klägerin freistellen solle, so daß dahingestellt bleiben könne, ob diese Freistellung unabhängig vom Verschulden zu erfolgen habe.

Ein Mitverschulden der Klägerin entfalle. Ingenieur S. habe bei der Unterredung am 14. Juli 1960 deutlich von mehreren Stromkabeln der Klägerin gesprochen; es wäre nun Sache von W. gewesen, ihm weitere Fragen vorzulegen und weitere Nachforschungen anzustellen. Er hätte sich insbesondere genaue Zeichnungen vorlegen lassen können und auf Verlangen auch erhalten. S. habe das Gespräch nur als vorbereitend und informatorisch aufgefaßt und davon ausgehen dürfen, daß W. sich weitere Aufklärung geben lassen und ihn zu Baustellenbegehungen zuziehen würde.

II.

Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

1. Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist richtig:

Die Maßnahmen einer Gemeinde zur Schaffung und Unterhaltung von Einrichtungen zur Ableitung der Abwässer gehören zur öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge und damit zur schlicht-hoheitlichen Verwaltung. Denn Kanalisationsanlagen dienen der Seuchenverhütung und damit zur Erhaltung der Volksgesundheit, sind also eine "polizeiliche" Gemeindeanstalt. Die Sammlung, Reinigung und Ableitung der Abwässer obliegt den Gemeinden als öffentlich-rechtliche Pflicht. Nach § 98 Abs. 2 der Hessischen Gemeindeordnung vom 1. Juli 1960 (GVBl 103) sollen Einrichtungen zur Ableitung von Abwässern in Hessen nicht als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden geführt werden. Deshalb hat die Rechtsprechung stets die Folgen von Verletzungen der Pflichten im Zusammenhang mit der Abwässerableitung der Gemeinden nach Amtshafungsgrundsätzen gemäß § 839 BGB und Art. 34 GG behandelt (vgl. BGH Urt. v. 26. Juni 1961 - III ZR 72/60 = MDR 1961, 918; Urt. v. 10. Oktober 1963 - III ZR 161/62 = NJW 1964, 198 = Warn 1963 Nr. 218; Urt. v. 13. Januar 1965 - V ZR 106/62 = Warn 1964 Nr. 263).

Allerdings können die Gemeinden zur Erfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht im Einzelfall auch Maßnahmen des Privatrechts ergreifen, insbesondere sich privater Unternehmen bedienen und sie durch privat-rechtliche Abmachungen heranziehen. So lag es hier. Die Überwachungs- und Hilfsmaßnahmen des bei dem Städtischen Tiefbauamt angestellten Ingenieurs W. als Bauleiter blieben zwar Ausübung hoheitlicher Gewalt, doch wurde die Baufirma auf Grund eines privaten Werkvertrages tätig und übte keinerlei öffentliche Gewalt aus (vgl. BGH Urt. v. 30. Oktober 1959 - VI ZR 156/58 = LM BGB § 909 Nr. 2).

Aus der öffentlich-rechtlichen Natur der mit der Ableitung von Abwässern zusammenhängenden Tätigkeit folgt weiter, daß die Beklagte unter Umständen für ihr Vorgehen nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts haften kann, insbesondere wenn ihr Verhalten als rechtswidriger (enteignungsgleicher) Eingriff in die Rechtsgüter der Klägerin zu werten wäre. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gewährt zwar nicht vollen Schadensersatz, ist aber vom Verschulden unabhängig und wird durch anderweite Ersatzmöglichkeiten der Klägerin nicht beeinträchtigt.

2. Das Berufungsgericht hat nur einen Amtshaftungsanspruch erörtert und ihn verneint. Diese Entscheidung läßt sich nicht halten, weil das Oberlandesgericht die Auswirkungen des Vertrages zwischen der Stadt und der Baufirma sowie den Begriff des Verschuldens nicht richtig gewertet hat; es hat auch eine anderweite Ersatzmöglichkeit für die Klägerin mit einer Begründung verneint, die der rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält. Auch hat es den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff überhaupt nicht geprüft.

Nach § 839 BGB und Art. 34 GG hat zwar die Beklagte der Klägerin den Schaden zu ersetzen, den diese dadurch erlitten hat, daß Weddig in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm auch der Klägerin gegenüber obliegenden Amtspflichten schuldhaft verletzt hat, falls diese Voraussetzungen für W[] in objektiver und in subjektiver Beziehung zutreffen. Fällt dem Beamten - wie sich hier bei Weddig aus dem Sachverhalt ergibt - keinesfalls Vorsatz sondern nur Fahrlässigkeit zur Last, dann kann er nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB jedoch nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Das wäre hier der Fall, wenn sich die Klägerin an die Baufirma E[REDACTED] & Co halten kann. Diese Firma hat die eigentliche schadenstiftende Handlung begangen, nämlich mit ihrem Bagger die Kabel der Klägerin zerrissen. Die Baufirma hatte es auch nach den Vertragsbedingungen in Ziffer 205 übernommen, unter eigener Verantwortung alle erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung der Baustelle zu treffen, insbesondere alle Maßnahmen zum Schutz etwaiger an der Baustelle oder in ihrer Nähe bestehenden fremden Anlagen wie Kabel, Hydranten usw.. Die Firma hatte sich weiter verpflichtet, die Stadt in vollem Umfang von allen Ansprüchen freizustellen, die wegen Verletzung dieser Pflichten erhoben würden. Diese Vereinbarung war insoweit als Vertrag zugunsten Dritter bezeichnet und wirkte auch zugunsten der Klägerin.

Das Berufungsgericht verneint ein Verschulden der Baufirma, weil diese an die Weisungen des Ingenieurs W[REDACTED] gebunden gewesen und der Vertrag abgeändert worden sei. Beides ist nicht frei von Rechtsfehlern.

Das Berufungsgericht irrt mit der Annahme, durch das Verhalten des Ingenieurs W[REDACTED], nämlich "die leitende Mitwirkung bei der Auffindung von Kabeln" sei der Formularvertrag "faktisch abgeändert" dahin, das Bauamt sei nun wieder allein zuständig und verantwortlich dafür geworden, daß vor dem Baggern alle gefährdeten Kabel und ähnliche Anlagen aufgespürt wurden. "Faktische" Maßnahmen, selbst wenn durch sie eine Vertragsänderung herbeigeführt werden soll, können, wenn sie durch untergeordnete Bedienstete, wie hier durch einen städtischen Angestellten, der als Bauleiter beim städtischen Tiefbauamt beschäftigt war, vorgenommen werden, derartige rechtsgeschäftliche Vereinbarungen der allein

vertretungsberechtigten Organe einer Gemeinde nicht ändern. Es ist nichts dafür vorgetragen oder dahin festgestellt, daß Ingenieur W. nach Dienststellung oder im Einzelfall berechtigt war, Rechtsgeschäfte für die Stadt abzuschließen, insbesondere allgemein eingeführte, zum Schutz der Beklagten vorgesehene Vertragsbedingungen abzuändern und damit auf wesentliche Rechte der Stadt zu verzichten. Derartige rechtsgeschäftliche und die Gemeinde verpflichtende Erklärungen bedurften nach § 71 Abs. 2 der Hessischen Gemeindeordnung auch der Schriftform und der Mitwirkung des Bürgermeisters und eines Magistratsmitglieds; diese Form ist hier nicht gewahrt; Umstände, auf Grund deren die Einhaltung dieser Vorschrift entfallen würden, sind bisher nicht vorgetragen.

Nach der Ziffer 205 des Vertrages behielt die Baufirma alle Sicherungspflichten auch dann, wenn die Bauleitung bei der Stadt geblieben wäre. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe hier die Bauleitung übernommen und diese Übernahme sowie die leitende Mitwirkung bei der Suche nach Kabeln habe ihr die Verantwortung wieder übertragen. Schon für die Übernahme der "Bauleitung" fehlen Feststellungen; denn die Maßnahmen von W. lagen lange vor Beginn der Arbeiten am Graben. Alle Maßnahmen, deren Vorliegen das Berufungsgericht hier gegen die Beklagte verwertet, dienten dazu, vor Beginn der Baggerarbeiten die genaue Trasse des Grabens festzulegen. Die Festlegung der Grabenführung war kein Teil der "Bauleitung" und kein Teil des von der Baufirma übernommenen Werkes. Im übrigen lag eine solche Mitwirkung bei der Suche nach Kabeln und Versorgungsleitungen durch einen Bauleiter des Tiefbauamtes der Stadt schon deshalb nahe, weil erfahrungsgemäß die

öffentlichen Straßen in erster Linie Versorgungsleitungen der Stadt enthalten und die Stadt dafür sorgen muß, daß ihre eigenen Leitungen bei neuen Arbeiten nicht zerstört werden. Insoweit betätigte sich W. [REDACTED] im Interesse der Stadt und nicht für die Baufirma. W. [REDACTED] hatte zur ersten Baustellenbegehung auch die Baufirma zugezogen, die dabei durch Schächte der Wasserrohrleitung auf die Versorgungsleitungen der Klägerin aufmerksam gemacht wurde und sich nun nach dem Vertrage im einzelnen um diese Leitungen zu kümmern hatte; ein Vertreter der beteiligten Baufirmen war auch mit W. [REDACTED] zur Klägerin gegangen, um sich zu unterrichten.

Das Verhalten der Beklagten und der Baufirma zeigt anschaulich, daß die Ausführung derartiger gefährlicher Arbeiten Pflichten sowohl der Stadt als auch der Baufirma erzeugte. Zwar konnte die Stadt einer zuverlässigen Firma die Arbeiten zur selbständigen Erledigung übertragen und sich mit ihr auch über die Übernahme aller Sicherungsmaßnahmen und der Haftung einigen. Solange aber die Stadt sich weiter um die Sicherung der Baustelle und die Abwehr von Gefahren kümmerte, mußte sie diese Tätigkeiten auch sorgfältig ausführen, weil sie damit, je stärker sie tätig wurde, bei ihrem Vertragspartner ein gewisses Vertrauen erweckte, sie habe alles Erforderliche zur Gefahrenabwehr getan. Ein solches Vertrauen der Baufirma auf etwaige Erklärungen und Zusicherungen der Stadt lag schon deshalb nicht fern, weil die Stadtverwaltung sich mit dieser Tätigkeit einer eigenen öffentlich-rechtlichen Aufgabe entledigte bessere Informationsmöglichkeiten hatte und sogar in der Lage war, zur Abwehr gewisser Gefahren Zwangsbefugnisse anzuwenden.

Aber auch diese weitere Mitwirkung der Stadt an der Gefahrenabwehr und zur Sicherung der Bauarbeiten und das dadurch etwa begründete Vertrauen der Baufirma, die Stadt habe alles Erforderliche zur Gefahrenabwehr getan, konnten den Vertrag zwischen der Stadt und der Baufirma nicht ändern, insbesondere wenn die Stadt nur bei den vorbereitenden Arbeiten zur Festlegung der Trasse tätig wurde. Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß "faktische Maßnahmen" einen Vertrag dieser Art änderten, ist in dieser Allgemeinheit dem deutschen Recht unbekannt; für eine derartige Folgerung fehlen - unabhängig von der oben erörterten mangelnden Vertretungsbefugnis des Weddig - auch eine rechtliche Begründung und hinreichende tatsächliche Feststellungen.

Wohl aber können unter Umständen die hier erörterten Maßnahmen der städtischen Bediensteten eine Haftung der Baufirma aus anderen Gründen entfallen lassen. Die Ziffer 205 des Vertrages wurde nämlich gegenstandslos, wenn ein Verschulden der Baufirma entfällt, da sie eine Haftung ohne Verschulden nach dem Wortlaut des Vertrages keinesfalls übernommen hat und ein bestimmtes weitergehendes Verhalten städtischer Bediensteter ihr Verschulden entfallen lassen kann.

Das Vorgehen des Ingenieurs Weddig kann nämlich in folgender Hinsicht bedeutsam sein: Er könnte durch seine Tätigkeit als ein Bauleiter des städtischen Tiefbauamtes unter den hier festgestellten Umständen bei der Baufirma den Eindruck erweckt haben, daß er nach Einsatz aller Erkenntnismöglichkeiten und unter Anspannung jeder Sorgfalt nun alle möglicherweise gefährdeten Versorgungsleitungen ermittelt habe, so daß die Baufirma sich auf diese Ermittlungen verlassen dürfe. Das könnte dazu führen, daß der

Baufirma kein Schuldvorwurf mehr zu machen wäre, wenn sie nunmehr von eigenen Vorsichtsmaßnahmen bei der Ermittlung von Versorgungsleitungen absah. Jedoch bedarf es dazu näherer Feststellungen insbesondere darüber, welche Erklärungen der Ingenieur Weddig gegenüber der Baufirma im einzelnen abgegeben hatte und ob die Baufirma wirklich annehmen durfte, die Stadt habe alle gefährlichen Versorgungsleitungen gefunden oder habe damit die Firma von ihren Pflichten vollständig befreit. Insbesondere wird dabei zu klären sein, in welchem Verhältnis der Ingenieur R. von der Baufirma En. zur Firma E. & Co stand und ob er ihre Interessen wahrzunehmen hatte, als er zusammen mit W. sich bei der Klägerin nach der Lage ihrer Versorgungsleitungen erkundigte. Ein Schuldvorwurf gegenüber der Firma E. könnte weiter entfallen, wenn W. als Bauleiter des Tiefbauamtes im Rahmen seiner Befugnisse, in Anwendung der Vertragsbestimmungen oder gar eigenmächtig, aber in Ausübung seiner dienstlichen Stellung der Baufirma ganz bestimmte Weisungen erteilt hätte, an welche diese gebunden war oder sich gebunden fühlen durfte. Nicht anders läge es, wenn er zu erkennen gegeben hätte, er habe die Verantwortung für die Auffindung aller gefährdeten Versorgungsleitungen abschließend und ausschließlich übernommen. Das alles würde keine rechtliche Abänderung des Vertrages enthalten, könnte aber aus tatsächlichen Gründen bewirken, daß nunmehr ein Schuldvorwurf gegenüber der Baufirma möglicherweise entfallen könnte.

Das alles setzte aber ein unmißverständliches Verhalten des Ingenieurs W. voraus. Denn auszugehen war von dem Vertrag, wonach die Baufirma in eindeutiger und eindringlicher Form sich verpflichtet hatte, "unter eigener

Verantwortung" alle zur Sicherung der Baustelle und zur Sicherung etwa an der Baustelle oder in ihrer Nähe befindlichen fremden Anlagen zu treffen. Sie hatte diese Verpflichtung auch für den Fall übernommen, daß die Stadt die Bauleitung beibehielt. Sie behielt diese Verpflichtung also erst recht, wenn die Stadt ohne Übernahme der Bauleitung nur durch vorsorgliche und unterstützende Maßnahmen sich an der Suche nach fremden Versorgungsleitungen beteiligte. Denn unabhängig von einer Aufsicht und Mitwirkung der Stadt hat jede Baufirma bei derartigen Baggerarbeiten an öffentlichen Straßen oder ihrer Nähe die größte Sorgfalt auf fremde Versorgungsleitungen zu legen (OLG Kassel VersR 1954, 194; OLG Frankfurt VersR 1959, 299; OLG Koblenz VersR 1959, 628).

Die verschiedenen Verhaltensweisen der Stadt und der Baufirma greifen dabei ineinander über. Nicht jeder Rat und nicht jede Mitwirkung der Stadt bei der Suche nach gefährdeten Versorgungsleitungen ließen bei der Baufirma einen Schuldvorwurf entfallen. Falls beide schuldhaft gehandelt hätten, würde zunächst eine Verpflichtung der Beklagten nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB entfallen; denn in erster Linie war es Aufgabe des Bauunternehmers, bei den Baggerarbeiten Rücksicht auf etwa vorhandene fremde Versorgungsleitungen zu nehmen. Ein Schuldvorwurf gegen die Baufirma würde sicherlich dann entfallen, wenn W. ganz bestimmte, sichere, abschließende und besonders vertrauenerweckende Erklärungen gegenüber der Baufirma abgegeben hätte. Dann käme es darauf an, ob das Verhalten von W. seinerseits als Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit zu werten wäre; dabei mußte er umso sorgfältiger sein, je deutlicher er gegenüber der Baufirma sich äußerte.

Eine Prüfung in diesen Richtungen läßt das Berufungs-
urteil bei Erörterung des Verschuldens der Baufirma vermis-
sen. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lassen
eine abschließende Entscheidung zur Frage des anderweiten
Ersatzanspruches der Klägerin gegen die Baufirma daher
nicht zu.

Auch die Frage des Mitverschuldens der Klägerin ist
vom Berufungsgericht noch nicht erschöpfend geprüft. Das
Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, den Ingenieur Schmidt
von der Klägerin treffe kein Verschulden. Jedoch hätte das
Berufungsgericht in den Kreis seiner Erwägungen folgendes
einbeziehen sollen: Die Klägerin hatte durch die Verlegung
ihrer Kabel eine gewisse Gefahr geschaffen. Ihre Stromkabel
waren von außen nicht erkennbar, bei der Beklagten lagen
unrichtige Zeichnungen vor und eine Beschädigung der Kabel
mußte zu auffallend hohen Schäden führen. Die Klägerin war
durch den Besuch des Ingenieurs W. unter Vorlage der
Arbeitspläne auf die Gefahr für ihre Leitungen aufmerksam
gemacht worden. Ihr Vertreter mußte bei der Frage nach der
Lage der Kabel der Klägerin vielleicht sofort darauf hinweisen,
daß einige ihrer Kabel stillgelegt waren, um eine Irreführung
der Baufirma und der Stadt zu vermeiden. Die Klägerin mußte
möglicherweise auch die Angelegenheit nach diesem Besuch von
Weddig im Auge behalten, wenn das Gespräch zwischen W.
und ihrem Vertreter ohne endgültige Klärung beendet war.
Dabei wird allerdings zu prüfen sein, wieweit die Klägerin
sich überhaupt bei Anwendung des § 254 BGB das Verschulden
von S. entgegenhalten (§§ 31, 831 BGB) oder anrechnen
lassen muß.

n. Andererseits kann entgegen den Ausführungen der Revision in der mündlichen Verhandlung allein aus dem Umstand, daß durch die Verlegung der Kabel von der Klägerin eine gewisse Gefahr geschaffen worden war, nichts für eine Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB hergeleitet werden; dazu bedürfte es außer der mit der Verlegung der Kabel etwa zusammenhängenden Verursachung der Schäden noch eines Verschuldens oder einer zum Ausgleich verpflichtenden Gefährdungshaftung der Klägerin; insoweit sind aber bisher Feststellungen nicht getroffen worden.

en, g Außer Ansprüchen aus Amtshaftung könnten auch Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff bestehen, wie oben bereits erörtert. Ein solcher Anspruch käme aber nicht schon bei Vorliegen der Umstände in Frage, die ausreichen, um ein Verschulden der Baufirma entfallen zu lassen; vielmehr käme ein solcher Anspruch erst in Betracht, wenn die Bediensteten der Stadt sich in einer Weise betätigt hätten, daß der Stadt das Vorgehen der Baufirma wie eigenes zuzurechnen wäre. Denn Ansprüche aus enteignendem oder enteignungsgleichem Eingriff setzen einen hoheitlichen Eingriff der öffentlichen Hand voraus. Eine Stadt, die sich zur Durchführung von Bauarbeiten einer privaten Firma bedient und der Baufirma die Ausführung überläßt, wird damit noch nicht hoheitlich tätig, selbst wenn es zu ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten gehört, diese Bauarbeiten zu erledigen. Denn sie hat sich dann einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe privatrechtlicher entledigt; das ist im Bereich der Verwaltung weitgehend zulässig und üblich. Der betroffene Bürger kann sich dann gegen die private Baufirma mit Mitteln des Privatrechts

wehren und wegen einer Schädigung durch die Baufirma von dieser Schadensersatz nach privat-rechtlichen Grundsätzen verlangen. Jedoch kann die Behörde trotz Einschaltung einer privaten Baufirma durch die Art ihres Vorgehens, insbesondere durch bindende Weisungen und andere starke Einflußnahmen sich in einer Weise der Baufirma bedienen und sich damit in einer Form betätigen, daß sie das Verhalten der Firma gegen sich wie eigenes gelten lassen muß, weil es dann so angesehen werden kann, als ob sie eine hoheitliche Maßnahme durch ein Werkzeug oder einen Mittler ausführen läßt. Je stärker die Einwirkungen der Stadt auf die Baufirma sind, desto eher entfällt ein Schuldvorwurf gegenüber der Baufirma und desto eher ist das Vorgehen der Stadt bereits als eigener hoheitlicher Eingriff zu werten. Jedenfalls genügt zur Annahme eines enteignungsgleichen Eingriffs nicht die bloße Festlegung einer bestimmten Trasse, weil die Baufirma dadurch in keiner Weise genötigt wurde, den Graben so auszuheben, daß fremde Versorgungsleitungen gefährdet oder gar beschädigt wurden. Dagegen müßte die Beklagte das Vorgehen der Baufirma unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs sich sicherlich zurechnen lassen, wenn sie nach Festlegung der Trasse der Baufirma die Weisung erteilt hätte, nun ihren Bagger in einer bestimmten Art einzusetzen, etwa gar ohne Rücksicht auf fremde Versorgungsleitungen, weil die Stadt alle solche Leitungen festgestellt habe.

Auch insoweit fehlen ausreichende Feststellungen des Berufungsgerichts.

At

Deshalb muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dieses, wird auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges entscheiden müssen, weil erst nach weiteren tatsächlichen Feststellungen sich ergeben wird, ob und wieweit die Klage Erfolg hat.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Gähtgens