

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 116/67

URTEIL

Verkündet am

22. September 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Jürgen M [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED],
F [REDACTED]-E [REDACTED]-D [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Deutsche Bundesbahn, vertreten durch die Bundesbahn-
direktion H [REDACTED], H [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 5. Mai 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Um dem Einsatz überlanger Reisezüge auf dem Hamburger Hauptbahnhof gerecht zu werden, ließ die Klägerin einen Teil ihrer Bahnsteige verlängern. Hierzu erhielt die Beklagte am 29. Oktober 1959 den Auftrag. Nach der Leistungsbeschreibung B Ziff. 13 war u.a. vorgesehen, das Gleis 11 bis zu einem Meter abzuschwenken und zur Überbrückung der dadurch entstehenden Lücke zur (bisherigen) Bahnsteigkante zunächst ein hölzernes Provisorium von etwa 50 m Länge zu errichten. Am a.O. heißt es weiter:

"... Für die Standsicherheit und Betriebssicherheit ist der Auftragnehmer verantwortlich. Alle Schäden, die durch mangelhafte Konstruktion entstehen, gehen zu Lasten des Auftragnehmers. Für

- 3 -

den Einbau der neuen Kante ... ist das Provisorium nach und nach zurückzubauen. Während der Bauzeit ist das Provisorium so zu unterhalten bzw. zu verändern, daß der Personenverkehr unfallsicher möglich bleibt..."

In den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis heißt es weiter:

"... Die Arbeiten sind so auszuführen, daß der Betrieb der Bundesbahn nicht gestört wird und die Reisenden möglichst wenig behindert werden. Schäden und Ansprüche Dritter, die durch mangelhafte Absperrung, Ausbohlung usw. entstehen, gehen zu Lasten des Auftragnehmers.... Diese Erschwernisse sind in die Einheitspreise einzurechnen....."

Dem Vertrag lagen ferner u.a. die VOB (B) und die zusätzlichen Vertragsbestimmungen der Klägerin (Z-VOB/B) zugrunde. In letzteren ist unter Z 15.1) bestimmt:

"Der Auftragnehmer hat alle Vorkehrungen zu treffen, die nötig sind, um Personen- und Sachschäden zu verhüten."

Um das hölzerne Provisorium anbringen zu können, mußten die den Abschluß des Bahnsteigs bildenden Platten entfernt werden. Damit die Asphaltdecke des Bahnsteigs nicht durch Gepäckkarren beschädigt werde, deckte die Beklagte die Fuge zwischen der Holzkonstruktion und der Asphaltdecke mit Blechplatten zu, die beiderseits vernagelt wurden. Die Platten wurden mit Zustimmung der Klägerin aus im Bahnhofsgelände liegendem Material von der Beklagten ausgesucht.

Da die Bleche bis zu einem gewissen Grade elastisch waren, konnten sie sich bei schwerer Belastung an den



Kanten hochbiegen. Im Laufe der Zeit stellten das Leute der Beklagten auch etwa viermal fest und nagelten sie nach.

Am 23. Dezember 1959 fiel die 70-jährige Frau Alwine W. über eine hochstehende Kante einer solchen Blechplatte und verletzte sich.

Sie erhob eine Schadensersatzklage gegen beide Parteien. Die Bundesbahn (damalige Mitbeklagte) verkündete der Beklagten M. den Streit. Das Landgericht erklärte am 7. Juni 1961 den Klageanspruch gegen beide (damaligen) Beklagten dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das landgerichtliche Urteil wurde der Bundesbahn am 14. Juli, der Beklagten Firma M. am 17. Juli 1961 zugestellt. Am 16. August 1961 legte die letztere gegen dieses Urteil für sich und für die Bundesbahn (insoweit als Nebenintervenientin) Berufung ein. Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Berufung für die Bundesbahn verspätet eingelegt worden war, nahm die Beklagte diese Berufung zurück. Durch Urteil vom 15. November 1962 gab das Oberlandesgericht der einen Berufung der Beklagten statt und wies die gegen sie gerichtete Klage der Frau W. ab.

Im Betragsverfahren, in dem die Beklagte anfangs die Belange der Bundesbahn wahrnahm, zuletzt sich aber nicht mehr vertreten ließ, erließ das Landgericht am 22. Februar 1965 ein Versäumnisurteil gegen die Bundesbahn, durch welches diese verpflichtet wurde, der Verletzten 6.509,38 DM nebst Zinsen, 7.625 DM Rentennachzahlung vom 1. Januar 1960 bis 31. Januar 1965, 1.500 DM Schmerzensgeld und vom 1. Februar bis 31. De-

zember 1970 eine monatliche Rente von 125 DM zu zahlen. Gegen dieses Versäumnisurteil legten weder die Bundesbahn noch die von ihr rechtzeitig benachrichtigte Beklagte Firma M [REDACTED] Einspruch ein. Diese erklärte, daß sie jede Haftung ablehne.

Die Bundesbahn hat auf Grund des rechtskräftigen Versäumnisurteils an die Frau W [REDACTED] 18.964,57 DM, d.h. alle sich aus dem Versäumnisurteil ergebenden Beträge einschließlich Zinsen mit Ausnahme der Rente seit 1. November 1966 und der Kosten bezahlt.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat sie zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr 18.964,57 DM nebst Zinsen zu zahlen, ferner "sie von allen weiteren sich aus dem Versäumnisurteil ergebenden Ansprüchen, insbesondere auf Zahlung einer monatlichen Rente ab 1. November 1966 bis zum 31. Dezember 1970 sowie von den Kosten jenes Rechtsstreits, soweit sie zu ihren - der Klägerin - Lasten gingen, freizuhalten".

Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Klage wegen des Zahlungsanspruchs dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Beklagte im übrigen verurteilt, die Klägerin von allen weiteren Ansprüchen der Frau W [REDACTED] gemäß dem Versäumnisurteil freizuhalten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, das Urteil jedoch auf Antrag der Klägerin dahin abgeändert, daß es die Beklagte verurteilte, an die Klägerin 18.964,57 DM nebst Zinsen zu zahlen und sie von dem Rentenanspruch von monatlich

125 DM vom 1. November 1966 bis 31. Dezember 1970 sowie den sie treffenden Kosten des Vorprozesses freizuhalten.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht bejaht ein Verschulden der Beklagten an dem Unfall der Frau W. (§§ 823, 831 BGB). Es stützt die Verurteilung der Beklagten auf § 10 Ziff. 2 und 6 VOB (B). Auf das (im Vorprozeß festgestellte) Mitverschulden der Klägerin komme es nicht an, da die Beklagte nach § 10 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B) im Verhältnis zur Klägerin den Schaden allein zu tragen habe, weil sie unstreitig eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen habe, die - im Falle des Verschuldens - den vorliegenden Schadensfall decke.

II.

Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten ist nicht begründet.

1. a) Die Beklagte meint, daß das die Klage der Frau W. gegen sie abweisende Urteil des Oberlandesgerichts vom 15. November 1962 dem Anspruch der Klägerin entgegenstehe. Wenn dieses Urteil auch keine

Rechtskraftwirkung zwischen den jetzigen Streitparteien erzeugt haben sollte, so setze doch § 10 Ziff. 2 VOB (B) einen Anspruch des Dritten gegen den Auftragnehmer voraus. Da rechtskräftig feststehe, daß die Beklagte der Frau W. nicht hafte, fehle es an einer gesamtschuldnerischen Haftung der beiden Streitparteien auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen. Das habe, so rügt die Beklagte, das Berufungsgericht verkannt.

b) Die Rüge ist nicht begründet.

In § 10 Ziff. 2 S. 1 VOB (B) wird für den Fall des Ausgleichs ausdrücklich auf die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen verwiesen, sofern nichts anderes vereinbart worden ist. Daraus folgt, daß in der Regel für die Haftung und den Ausgleich der Gesamtschuldner im vorliegenden Fall in erster Linie die §§ 840, 426 Abs. 1 BGB zu gelten haben. Der Ausgleichsanspruch des einen Gesamtschuldners gegen den anderen nach § 426 Abs. 1 BGB ist unabhängig davon, wie in einem vorangegangenen Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem letzteren entschieden worden ist (RGZ 69, 422, 425; 146, 97, 100).

Entgegen der mit der Revision vertretenen Auffassung ist dem § 10 VOB (B) oder den Vereinbarungen der Parteien auch nicht zu entnehmen, daß, abweichend der allgemeinen Regel, hier eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung des früheren Urteils eintreten solle.

Das Oberlandesgericht hatte daher ohne Bindung an das Urteil vom 15. November 1962 die Schuldfrage zu prüfen.

c) Auch aus dem Umstand, daß die Klägerin der Beklagten im Vorprozeß den Streit verkündet hatte, ergibt sich nichts anderes. Die Interventionswirkung (§§ 74, 68 ZPO) kann sich immer nur auf das Urteil beziehen, das zwischen dem Streitverkünder und seiner Gegenpartei ergeht. Sie beschränkte sich deshalb hier auf die gegen die Bundesbahn ergangenen Urteile, also das Grundurteil des Landgerichts vom 7. Juni 1961 und dessen Schlußurteil vom 22. Juni 1965. Eine Interventionswirkung hinsichtlich der die Klage der Frau W. gegen die Beklagte abweisenden Urteils des Oberlandesgerichts vom 15. November 1962 hätte nur dann eintreten können, wenn auch die Beklagte seiner Zeit der Klägerin den Streit verkündet hätte. Das ist aber nicht geschehen.

d) Die Beklagte wendet sich gegen die Interventionswirkung der gegen die Bundesbahn ergangenen Urteile im Vorprozeß. Hätte die Klägerin es nicht schuldhaft versäumt, von der Zustellung des gegen sie gerichteten Grundurteils ihr, der Beklagten, Mitteilung zu machen, so hätte sie die Berufung für die Klägerin rechtzeitig eingelegt. Diese hätte dann, wie das spätere Berufungsurteil zeige, den Prozeß "im Rahmen des § 823 BGB" gewonnen, was die Ausgleichung gem. § 10 Ziff. 2 VOB (B) ausgeschlossen hätte.

Dieses Vorbringen ist neu und kann schon deshalb in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden.

Im übrigen ist aber die damit erhobene Einrede der schlechten Prozeßführung auch nicht begründet. Nach § 68 ZPO setzt diese Einrede voraus, daß der

Streitverkündungsgegner die versäumte Prozeßhandlung selbst nicht vornehmen konnte. Diese Voraussetzung war hier nicht gegeben. Die Beklagte war auf Grund der Streitverkündung in der Lage, die Berufung für die Klägerin rechtzeitig einzulegen.

Die Beklagte kann insoweit auch aus einem Mitverschulden der Klägerin nichts für sich herleiten.

§ 68 ZPO ist eine Sondervorschrift, die die Anwendung des § 254 BGB ausschließt. Andernfalls würde dem Nebenintervenienten damit das gestattet, was § 68 ZPO gerade ausschließen will, nämlich den Einwand, daß der Rechtsstreit unrichtig entschieden worden sei (RGZ 145, 40, 42; Stein/Jonas ZPO, 19. Aufl., § 68 Anm. II 2a). Die Beklagte kann insoweit auch nicht aus vertraglichem Verschulden der Bundesbahn etwas für sich herleiten; denn diese hatte ihr gerade durch die Streitverkündung auch die Einlegung der Berufung zu eigener Verantwortung überlassen. Es wäre deshalb Sache der Beklagten gewesen, sich nach dem Ablauf der Berufungsfrist für die Bundesbahn zu erkundigen.

Schließlich ist auch die Auffassung der Beklagten unrichtig, daß bei rechtzeitiger Berufung die Klägerin den Prozeß "im Rahmen des § 823 BGB" gewonnen hätte. Die Haftung der Klägerin nach dem Haftpflichtgesetz stand außer Frage. Das Berufungsurteil hätte also im günstigsten Fall bei Verneinung eines Verschuldens zu einem Wegfall des Anspruchs auf Schmerzensgeld führen können. Im übrigen wäre es bei der Ausgleichspflicht der Beklagten geblieben.

2. a) Das Oberlandesgericht bejaht ein Verschulden der Beklagten an dem Unfall der Frau W. im Sinne der §§ 823, 831 BGB. Es sieht dieses darin, daß die Beklagte zur Überbrückung der Fuge zwischen der Holzkonstruktion und dem Bahnsteig ungeeignete Blechplatten verwendet habe, die sich bei einer stärkeren Belastung aufbiegen konnten, oder aber daß sie die Platten nicht sachgemäß verlegt habe (BU S. 29). In beiden Fällen müsse der Beklagten Fahrlässigkeit vorgeworfen werden.

Die Beklagte könne sich auch nicht damit entschuldigen, daß sie die Platten habe regelmäßig kontrollieren lassen. Denn auch regelmäßige Kontrollen seien nicht geeignet gewesen, die Gefahrenquelle zu beseitigen, weil die Platten, so stellt das Berufungsgericht fest, sich schon bei einem einmaligen Überfahren mit einem schweren Gepäckkarren verbiegen konnten.

Das Berufungsgericht läßt offen, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn die Beschaffung ungefährlicheren Abdeckungsmaterials nicht möglich gewesen wäre und die Klägerin sich etwaigen Vorschlägen der Beklagten verschlossen hätte, ihrerseits zu einer Beseitigung der Gefahr beizutragen, so z.B. durch ein Verbot, die Platten mit Gepäckkarren zu befahren. Denn die Beklagte habe hierzu nichts vorgetragen, insbesondere nichts über etwaige Bemühungen um eine nachhaltige Beseitigung der von ihr geschaffenen Gefahrenquellen.

b) Was die Beklagte mit ihrer Revision hierzu vorträgt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen

Feststellungen und die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Insbesondere ist nicht erkennbar, inwiefern das Oberlandesgericht hierbei die Beweislast der Bundesbahn verkannt haben sollte. Es hat das Verschulden der Beklagten festgestellt, ohne auf die Beweislast abzustellen. Diese hat auch nichts dafür vorgetragen, daß sie - abgesehen von den Kontrollen- etwas zur Beseitigung der von ihr geschaffenen und für sie erkennbaren Gefahrenquellen unternommen hat. Die Klägerin hatte deshalb auch keine Veranlassung, darzulegen und dafür Beweis anzutreten, daß solche Bemühungen zum Erfolg geführt hätten.

3. Zur Höhe der Ersatzansprüche der Klägerin richtet sich das Oberlandesgericht nach dem Inhalt des gegen die Klägerin ergangenen Versäumnisurteils des Landgerichts vom 22. Februar 1965, an das es gemäß den §§ 72, 68 ZPO gebunden war.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen sind nicht begründet.

a) Die Beklagte meint, daß es an einer Interventionswirkung des Versäumnisurteils vom 22. Februar 1965 fehle, weil durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 15. November 1962, mit dem die gegen die Beklagte gerichtete Klage abgewiesen wurde, die Zulässigkeit der Streitverkündung entfallen sei.

Das geht fehl. Wie zu 1) bereits ausgeführt, schloß das Urteil vom 15. November 1962 einen Anspruch der Klägerin auf Schadloshaltung noch nicht aus. Die Beklagte war noch im Betragsverfahren Nebenintervenientin

der Klägerin und als solche auch tätig. Der Umstand, daß sie sich zuletzt nicht mehr vertreten ließ, steht der Interventionswirkung des von dem Landgericht erlassenen Versäumnisurteils nicht entgegen.

b) Mit dem Einwand der schlechten Prozeßführung (§ 68 ZPO) kann die Beklagte aus den zu 1 d) dargelegten Gründen nicht gehört werden.

c) Auf das Mitverschulden der Klägerin an dem Unfälle kommt es nicht an. Nach § 10 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B) haftet der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber auch bei beiderseitigem Verschulden, soweit er durch eine Schadensversicherung gedeckt ist. Das war unstreitig der Fall.

d) Das Berufungsgericht hat der Feststellung zur Höhe des Zahlungsanspruchs der Klägerin die Bestätigungen der Hauptkasse der Bundesbahn vom 18. August und 29. September 1966 zugrundegelegt. Mit Verfügung vom 5. Dezember 1966 hatte es der Beklagten auferlegt, "etwaige Einwendungen gegen die Höhe des Anspruchs zu präzisieren". Die Beklagte hat das nicht getan. Unter diesen Umständen genügte es in keinem Fall, daß die Beklagte die Höhe des Anspruchs nur allgemein bestritt (vgl. BGHZ 12, 49, 50). Im übrigen konnte das Berufungsgericht die Bestätigung der Bundesbahnkasse über die von der Klägerin geleisteten Zahlungen als ausreichendes Beweismittel für die Höhe der geleisteten Zahlungen ansehen.

4. a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß sich die Ausgleichspflicht der Beklagten auch

auf die Kosten erstreckte, die der Klägerin im Vorprozeß entstanden sind. Es verkennt dabei nicht, daß die einem Gesamtschuldner bei der Inanspruchnahme durch den Verletzten entstandenen Kosten in der Regel nicht Gegenstand des Ausgleichsanspruchs nach § 426 BGB sind (BGH VersR 1957, 800; RGRK BGB, 11. Aufl., § 426 BGB Anm. 5), meint jedoch, daß sich für den Fall des § 10 VOB (B) aus dessen Ziffer 6 ein anderes ergebe. Danach dürfe der Auftraggeber den Anspruch des Geschädigten nicht ohne weiteres anerkennen und befriedigen, sondern müsse im Interesse des ausgleichspflichtigen Unternehmers es auf einen Prozeß ankommen lassen, sofern dieser nicht von Anfang an als aussichtslos anzusehen sei. Dann erscheine es aber auch gerechtfertigt, daß der Auftraggeber, wenn er in einem solchen im Interesse des Unternehmers geführten Haftpflichtprozeß unterliege, von diesem Ersatz seiner Kosten verlangen könne. Der Regelung des § 10 sei deshalb zu entnehmen, daß der ausgleichspflichtige Unternehmer seinen Vertragspartner nicht nur von den eigentlichen Ersatzleistungen, sondern auch von den in dem Vorprozeß ihm entstandenen Kosten freizuhalten habe.

b) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind im Ergebnis nicht begründet.

Es kann auf sich beruhen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Ausgleichspflicht gem. § 10 Ziff. 2 VOB (B) auch die dem Auftraggeber entstandenen Kosten eines Haftpflichtprozesses umfaßt, in dieser Allgemeinheit richtig ist. Jedenfalls rechtfertigt sich hier die Ersatzpflicht der Beklagten - worauf auch das Landgericht abgestellt hatte -

aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung. Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag war die Beklagte verpflichtet, die Arbeiten so auszuführen, daß niemand zu Schaden kam, und die Klägerin aus allen Verpflichtungen aus etwaigen Schadensfällen freizustellen. Dazu gehören auch die Kosten eines Haftpflichtprozesses, sofern dieser erforderlich war.

Daß der Haftpflichtprozeß nicht erforderlich war, hat die Beklagte selbst nicht behauptet, muß überdies auch verneint werden. Denn wenn auch die Haftung der Klägerin nach dem Haftpflichtgesetz von vornherein feststand, so konnten doch der Schmerzensgeldanspruch der Verletzten und die Höhe der von ihr geltendgemachten Ersatzansprüche in Frage gestellt werden.

Auf ein etwaiges mitwirkendes Verschulden der Klägerin kann sich die Beklagte nicht berufen, da sie durch ihre Schadensversicherung gedeckt ist (§ 10 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B)). Daß die Versicherung den Kostenanspruch der Klägerin nicht deckt, hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet. Soweit ihrer Revisionsbegründung (S. 4 unten) eine solche Behauptung entnommen werden wollte, würde es sich um ein neues Vorbringen handeln, das in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden könnte.

c) Die Beklagte beanstandet noch, daß das Berufungsgericht ein Leistungsurteil auf Befreiung von einer zahlenmäßig unbestimmten Kostenlast erlassen habe. Dafür gebe es nur die Feststellungsklage.

Die Rüge ist nicht begründet. Die Vollstreckung eines Befreiungsurteils richtet sich nach § 887 ZPO. Wie sich aus dessen Abs. 2 ergibt, setzt der Ersatzanspruch des Gläubigers nicht von vornherein einen der Höhe nach fest bestimmten Betrag voraus. Das Berufungsgericht konnte es deshalb ohne Rechtsfehler als genügend ansehen, daß sich die Kosten der Klägerin ohne Schwierigkeiten im Vollstreckungsverfahren feststellen ließen.

5. Die Auslegung des Klageantrags ist - entgegen der Meinung der Revisionsklägerin - nicht zu beanstanden.

III.

Die Revision der Beklagten ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke