

BUNDESGERICHTSHOF^{2070 056}

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 2/65

URTEIL

Verkündet am

29. Juni 1967
Horn, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Franz P [REDACTED] und Söhne, M [REDACTED],
K [REDACTED] str. [REDACTED]/[REDACTED], Inhaberin: Annemarie P [REDACTED],
M [REDACTED], W [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagter, Berufungsbeklagter
und Revisionklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Anton L [REDACTED], M [REDACTED], K [REDACTED] weg [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Zivilsenats 1b des Oberlandesgerichts in München vom 8. Oktober 1964 teilweise aufgehoben und wie folgt gefaßt:
 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 2. Oktober 1963 teilweise abgeändert.
 2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von seiner Schuld in Höhe von 6.305,70 DM nebst Zinsen gegenüber der Bundesrepublik Deutschland aus der Beschädigung eines Fernsprechkabelschachts zu befreien.
 3. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
 4. Die Kosten des ersten Rechtszugs haben die Beklagte zu 5/6 und der Kläger zu 1/6, die des zweiten Rechtszugs hat der Kläger allein zu tragen.

- 3 -

II. Von den Kosten der Revision fallen der
Beklagten 5/6 und dem Kläger 1/6 zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte im Spätsommer 1960 auf dem Bundeswehrübungsgelände Schwabstadt/Lechfeld Abbrucharbeiten durchzuführen. Einen Teil der Bagger- und Planierungsarbeiten vergab er an die Beklagte als Subunternehmerin. Bei Ausführung der ihr übertragenen Arbeiten fuhr der Mechaniker der Beklagten, S [REDACTED], Anfang September 1960 mit einer schweren Laderaupen über einen Kabelschacht der Bundeswehr, der einbrach. Die von der Firma S [REDACTED] und H [REDACTED] im Auftrage der Bundesrepublik Deutschland vorgenommene Reparatur kostete 6.305,70 DM. Die Bundesrepublik Deutschland hat "ihre Ansprüche wegen Beschädigung eines Fernsprechkabelschachtes und der darin enthaltenen Fernsprechkabel" in Höhe von 6.305,70 DM nebst Zinsen am 31. Januar 1962 an den Kläger abgetreten.

Der Kläger hat im ersten Rechtszug nur diesen abgetretenen Anspruch geltend gemacht und ist mit der Klage abgewiesen worden.

Im zweiten Rechtszug hat er den eingeklagten An-

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](#)

spruch erstmals auch aus der Verletzung des Werkvertrags der Parteien hergeleitet. Hilfsweise hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihn von den Ansprüchen der Bundesrepublik in Höhe von 6.305,70 DM nebst 9 % Zinsen freizustellen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, 6.305,70 DM nebst 4 % Zinsen an den Kläger zu zahlen.

Die Revision der Beklagten bittet, das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen.

1.) Sie behauptet, der Zivilsenat 1b des Oberlandesgerichts München sei mit 6 Richtern besetzt gewesen und habe somit in zwei personell voneinander verschiedenen Gruppen Recht sprechen können. Dabei zählt sie aber den Oberlandesgerichtsrat Dr. H. [REDACTED] mit, der dem Senat lediglich als regelmäßiger Vertreter im Sinne des § 63 Abs. 1 S. 1 GVG zugeteilt war. Solche Vertreter sind jedoch bei der Frage, ob ein Spruchkörper überbesetzt ist, nicht zu berücksichtigen (BGH VII ZR 27/65 vom 20. April 1967).

2.) Die Ansicht der Revision, die Besetzung des Senats eines Oberlandesgerichts verstoße schon dann, wenn ihm mehr als vier Richter angehörten, jedesmal gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und § 551 Nr. 1 ZPO, trifft nicht zu (BGH aaO). Eine gewisse Überbesetzung ist vielmehr oft nicht zu vermeiden; sie ist nicht zu beanstanden, wenn sie das Präsidium des Gerichts aus sachgemäßen Gründen für unvermeidbar gehalten hat (BVerfGE 18, 344, 349 f; BGH aaO). Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte für eine nicht sachgemäße Entschließung des Präsidiums.

3.) Das Vorbringen zur angeblichen Überbelastung des ordentlichen Vorsitzenden, des Senatspräsidenten Dr. G■■■■, geht fehl, da dieser hier an der Verhandlung und Entscheidung mitgewirkt hat (BGH VII ZR 296/64 vom 20. März 1967).

II.

Wenn der Fahrer der Beklagten, S■■■■, den Kabelschacht schuldhaft beschädigt hat, steht dem Kläger ein eigener Anspruch aus positiver Vertragsverletzung zu.

Die Beklagte war aus dem Werkvertrag verpflichtet, nicht nur die ihr übertragenen Arbeiten auszuführen, sondern das auch so zu tun, daß der Kläger nicht geschädigt wurde, und muß für ein Verschulden S■■■■, dessen sie sich zur Erfüllung auch dieser Pflicht bediente, nach § 278 BGB einstehen. Sie hatte eine

Sorgfaltspflicht nicht etwa nur in Bezug auf dem Kläger gehörende Sachen. Sie mußte vielmehr bei den Arbeiten so verfahren, daß sie es auch vermied, den Kläger im übrigen zu schädigen und ihn z.B. den Schadensersatzansprüchen Dritter auszusetzen. Letzteres ist aber hier geschehen. Denn für ein Verschulden der Beklagten, die der Kläger als Subunternehmerin und Erfüllungsgehilfin herangezogen hatte, muß er der Bundesrepublik nach § 278 BGB einstehen, und das gilt nicht nur für ein persönliches Verschulden des damaligen Inhabers der Beklagten, sondern auch für das Verschulden der von der Beklagten eingesetzten Leute.

Wenn der Kläger aber der Bundesrepublik aus dem Vertrag auf Schadensersatz haftet, so ist ihm ein eigener Schaden entstanden. Mit dem Anspruch auf Ersatz dieses Schadens macht er nicht, wie das Berufungsgericht meint, einen Drittschaden geltend. Worin der Schaden des Klägers besteht, wird unter V noch erörtert.

III.

Zum Verschulden S [REDACTED] stellt das Berufungsgericht fest: Der Zeuge St [REDACTED], der als Bauingenieur des Finanzbauamts auf der Baustelle tätig war, hat S [REDACTED], als er ihn mit einer Laderaube in Richtung auf den Kabelschacht fahren sah, angehalten und ihm gesagt, daß der Schacht nicht befahren werden dürfe. St [REDACTED] hat S [REDACTED] ferner gezeigt, wie die Leitungen verliefen, und sich schließlich auf den Schachtdeckel gestellt, um S [REDACTED] den genauen Ort des Schachts anzu-

zeigen. S [REDACTED] ist trotz dieser Warnung über den Kabelschacht gefahren und hat ihn beschädigt. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat S [REDACTED] mindestens grob fahrlässig gehandelt.

Das Oberlandesgericht hat das Verschulden S [REDACTED] rechtlich einwandfrei bejaht. Die dagegen gerichteten Rügen greifen nicht durch.

1.) Im Berufungsurteil heißt es an einer Stelle, S [REDACTED] sei von einem Bauingenieur der Klägerin auf den Kabelschacht aufmerksam gemacht worden. Daran knüpft die Revision eine Rüge aus § 286 ZPO. Es handelt sich aber nur um einen Schreibfehler, der die Entscheidung nicht beeinflußt hat. Das zeigt sich schon daran, daß das Wort Klägerin sonst im Berufungsurteil überhaupt nicht vorkommt, vielmehr stets von dem Kläger die Rede ist. Unmittelbar vor der betreffenden Stelle wird im Berufungsurteil die Warnung durch den Zeugen St [REDACTED] - und nur diese - erörtert; dabei wird St [REDACTED] richtig als Bauingenieur des Finanzbauamts bezeichnet. Statt "Klägerin" sollte es "Bundesrepublik" heißen.

2.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussagen der Zeugen H [REDACTED] und S [REDACTED] "offensichtlich" übersehen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß es in den Entscheidungsgründen die Aussage S [REDACTED] erörtert, ihr aber im Hinblick auf die entgegenstehende Aussage St [REDACTED] nicht folgt.

Den Zeugen H [REDACTED] erwähnt es allerdings nur im Tatbestand. Es brauchte seine Aussage auch in den Entscheidungsgründen nicht zu würdigen. Das Gericht muß nicht auf jede Zeugenaussage eingehen. Jedenfalls bringt das Berufungsgericht klar zum Ausdruck, daß es die von St [REDACTED] gegenüber S [REDACTED] ausgesprochene Warnung für bewiesen hält. Mit diesem Beweisergebnis ist die Bekundung H [REDACTED] nicht unvereinbar; nach ihr bleibt die Möglichkeit offen, daß H [REDACTED] den Vorgang, der sich zwischen St [REDACTED] und S [REDACTED] abspielte, nicht bemerkt hat.

IV.

Ob der Kläger die Beklagte auf die Gefahrenstelle hingewiesen hat, läßt das Berufungsgericht offen, und zwar deshalb, weil "ein etwa darin liegendes Verschulden des Klägers wegen des auf einem anderen Sachverhalt beruhenden Verschuldens S [REDACTED] nicht für den Schadenseintritt ursächlich gewesen wäre".

Die Rügen, mit denen sich die Revision gegen diese Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs wendet, braucht der Senat nicht zu erörtern.

Ein Verstoß des Klägers gegen vertragliche Pflichten ist zu verneinen. Der Fahrer S [REDACTED] ist auf die Gefahrenstelle durch den Bauingenieur St [REDACTED] deutlich hingewiesen worden. Damit ist zugleich die Hinweispflicht des Klägers erfüllt worden, wenn auch nicht durch ihn selbst, so doch durch einen Bediensteten

seiner Auftraggeberin.

V.

Der Schaden des Klägers besteht darin, daß er von der Bundesrepublik wegen der Beschädigung des Schachts und der Kabel in Anspruch genommen wird.

1.) Dann aber hat er, wie die Revision mit Recht geltend macht, gegen die Beklagte nur den Anspruch, von seiner gegenüber der Bundesrepublik bestehenden Schuld befreit zu werden. Das ergibt sich aus dem Grundsatz, daß Schadensersatz durch Naturalherstellung zu leisten ist (§ 249 Satz 1 BGB).

Weshalb das Berufungsgericht gleichwohl Schadensersatz in Geld zubilligt, begründet es nicht.

§ 249 Satz 2 BGB ist hier nicht anwendbar; denn dem Kläger hat die Beklagte nicht wegen Beschädigung einer Sache, sondern wegen Schädigung seines Vermögens Ersatz zu leisten. Ein Anspruch auf Ersatz in Geld käme allenfalls nach § 250 BGB in Betracht, wenn die Beklagte Naturalersatz durch Schuldbefreiung verweigert hat (BGH VII ZR 28/63 vom 7. Januar 1965 = WM 1965, 287), was nach ihrem Verhalten vor und in dem Rechtsstreit wohl zu bejahen wäre.

Wenn jedoch statt eines Befreiungsanspruchs ein Geldanspruch zuerkannt werden soll, so ist, wie auch in dem angeführten Urteil vom 7. Januar 1965 zum

Ausdruck gekommen ist, stets darauf zu achten, daß der Schuldner nicht mehr und nichts anderes erhält als den Wert des Befreiungsanspruchs.

Bei den im vorliegenden Fall gegebenen Verhältnissen ist nicht mit Sicherheit zu übersehen, ob diese Voraussetzung dafür, daß sich der Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch verwandelt, bejaht werden kann. Die Beklagte ist deshalb zu verurteilen, den Kläger von seiner Schuld gegenüber der Bundesrepublik zu befreien.

2.) Auch dieser Verurteilung will die Beklagte aus zwei Gründen entgegen.

a) Sie macht wie schon im zweiten Rechtszug (S. 5 des Schriftsatzes vom 27. Januar 1964) geltend, der Kläger könne der Bundesrepublik gegenüber einwenden, daß diese ihn ihrerseits nicht auf den Kabelschacht aufmerksam gemacht habe.

Jedoch hat die Bundesrepublik alles getan, was ihr insoweit an Sorgfalt oblag, indem sie durch St. [REDACTED] an Ort und Stelle den Mechaniker S. [REDACTED] des mit den Arbeiten an der gefährdeten Stelle eingesetzten Subunternehmers eindringlich warnte, über den Kabelschacht zu fahren.

b) Unzutreffend ist auch die Ansicht der Beklagten, der Hilfsantrag enthalte eine neue Klage und stütze sich auf neues Vorbringen. Es handelt sich bei dem Übergang vom Zahlungs- zum Befreiungsanspruch vielmehr nur um eine nach § 268 Nr. 2 ZPO ohne weiteres zulässige

Beschränkung des Klageantrags (vgl. RGZ 139, 315, 322).

VI.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht den § 97 Abs. 2 ZPO nicht beachtet hat. Der Kläger hat im ersten Rechtszug aus abgetretenem, im zweiten aus eigenem Recht geklagt und aus diesem veränderten Klagegrund obgesiegt. Die Änderung des Klagegrunds ist neues Vorbringen im Sinne des § 97 Abs. 2 ZPO (BGH V ZR 113/58 vom 10. Februar 1960 = LM Nr. 16 zu § 97 ZPO; Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 97 III 1). Das Berufungsgericht stellt auch (bei seinen Erörterungen zu §§ 279, 529 ZPO) ausdrücklich fest, daß der Kläger den neuen Klagegrund schon im ersten Rechtszug hätte geltend machen können. Danach müssen die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger nach § 97 Abs. 2 ZPO mindestens zum Teil auferlegt werden. Der Senat erlegt sie ihm ganz auf, da keine Gründe ersichtlich sind, die eine andere Entscheidung als angemessen erscheinen ließen.

Der Kläger muß auch von den übrigen Kosten nach
§ 92 Abs. 2 ZPO einen Teil tragen, da er mit seinen
Hauptantrag nicht durchgedrungen ist.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke