

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2416 039

26

BGB §§ 909, 851 Gb, 278

Für das Verhalten dessen, der ein Grundstück vertieft und hierdurch dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzieht, haftet der Eigentümer des Grundstücks dem Nachbarn unter den Voraussetzungen des § 851 BGB, nicht dagegen nach § 278 BGB.

BGB §§ 909, 823, Bf, Ef

Wird bei Arbeiten, die der Eigentümer auf seinem Grundstück vornehmen läßt, das Grundstück in einer Weise vertieft, die dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzieht, so ist der Eigentümer nicht darum jeder Verantwortung ledig, weil er die Arbeiten einem Architekten oder Bauunternehmer übertragen hat. Der Eigentümer muß sich in einem den Umständen nach zumutbaren Maße vergewissern, daß bei den Arbeiten die ihm obliegenden Pflichten aus § 909 BGB erfüllt werden.

BGB § 831 D

Der Gehilfe handelt im allgemeinen auch dann "in Ausführung" der Verrichtung, zu der er von dem Geschäftsherrn bestellt ist, wenn er bei einer in innerem Zusammenhang mit seinem Aufgabenbereich stehenden Tätigkeit im Einzelfall seine Befugnisse eigenmächtig oder irrtümlich überschreitet.

GG Art. 34; BGB § 859 A, Fe; NRW Enttrümmerungsg v. 2. Mai 1949, NRWGVBl. 109

Läßt eine Stadtgemeinde zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgabe der Enttrümmerung ein Grundstück von einem durch privatrechtlichen Werkvertrag bestellten Unternehmer abräumen, so handelt dieser in der Regel nicht in Ausübung hoheitlicher Gewalt. Seine Verantwortung für Schadenszufügungen wird durch Art. 34 GG nicht berührt.

BGH. Urt.v. 30. Oktober 1959 - VI ZR 156/58 - OLG Köln

Verkündet
am 30. Oktober 1959
Kriegl. 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 Gastwirtin Wilma I. [REDACTED] in K. [REDACTED] H. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Streitgehilfin der Klägerin: Stadt K. [REDACTED] vertreten durch
den Oberstadtdirektor in K. [REDACTED] Rathaus,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in Köln -

gegen

1. die Innungskrankenkasse K. [REDACTED] in K. [REDACTED] H. [REDACTED],

2. die Firma Friedrich W. [REDACTED], Bauunternehmung in
K. [REDACTED], E. [REDACTED] Str. [REDACTED]

3. den Architekten Peter R. [REDACTED] in K. [REDACTED] L. [REDACTED] Gasse [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte und zu 1 und 2
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
Prozeßbevollmächtigter zu 2: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
Prozeßbevollmächtigte II. Instanz zu 3: Rechtsanwälte
Dr. Ernst [REDACTED] und Eduard [REDACTED] in [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. Oktober 1959 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Hanebeck, Dr. Bode, Dr. Hausß
und Heinrich Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teilurteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
18. Juni 1958 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks H [REDACTED] in K [REDACTED]. Die früheren Aufbauten dieses Grundstücks sind durch Kriegseinwirkung vernichtet worden. Nur der Tiefkeller, der seit etwa 400 Jahren bestand, ist mit seinem ungefähr 9 m weit gespannten Tonnengewölbe erhalten geblieben. In diesem Keller betreibt die Klägerin das Restaurant "D [REDACTED]".

Die Erstbeklagte ist Eigentümerin des Nachbargrundstücks H [REDACTED]. Dieses Grundstück ist im Kriege ebenfalls zerstört worden; hier hat auch der Keller mit seinem gleichartigen Tonnengewölbe erhebliche Schäden davongetragen.

Die Erstbeklagte, die dieses Grundstück im Jahre 1954 käuflich erworben hatte, um ein Verwaltungsgebäude darauf zu errichten, beauftragte den Drittbeklagten mit dem Aufbau. Dieser beantragte beim Enttrümmerungsamt der Stadt Köln die Entschuttung des Grundstücks. Die Stadtverwaltung nahm die Entschuttung in das Räumprogramm auf und übertrug die Durchführung der Arbeiten der Zweitbeklagten. Die Arbeiten begannen am 16. März 1954.

Bei gelegentlicher Besichtigung der Arbeitsstelle kam der Drittbeklagte zu der Erkenntnis, daß der Abbruch der noch vorhandenen Gewölbeteile die Standsicherheit des Gewölbes des D [REDACTED] kellers gefährden könne. Er verständigte das Bauaufsichtsamt. Das Bauaufsichtsamt, das gemeinsam mit dem Drittbeklagten und dem Statiker Dipl.-Ing. B [REDACTED] die Örtlichkeit besichtigte, hielt die Standsicherheit nicht mehr für gegeben und ordnete die sofortige Durchführung geeigneter Maßnahmen zu ihrer Wiederherstellung an. Zur Zeit der Ortsbesichtigung, - am 18. März 1954 -, war der rechte



hintere Teil des Grundstücks der Erstbeklagten bereits bis zur Tiefkellerschle, etwa 6 m unter der Straßenoberkante geräumt. Weiter hatte man auch den gewachsenen Boden des hinteren Tiefkellers neben dem angrenzenden, mit seiner Sohle etwa 2 m höher liegenden D██████████keller ausgeschachtet. Auf dem Grundstück der Erstbeklagten stand noch ein Gewölbebogen. Er stürzte kurz darauf ein. Daraufhin zeigten sich, wie die Klägerin behauptet hat, Risse im Kellergewölbe der D██████████. Die Baustelle wurde nun zunächst stillgelegt. Die freiliegende Wand des Drachenburgkellers wurde von der durch den Drittbeklagten beigezogenen Firma M██████████ mit Holzbalken abgestützt, deren Enden auf der Kellersohle des Grundstücks der Erstbeklagten im Erdreich befestigt wurden. Die Zweitbeklagte setzte danach die Enttrümmerungsarbeiten fort und beendete sie am 25. März 1954. Anfang April geriet das Gewölbe des D██████████kellers in Bewegung. Das Bauaufsichtsamt der Stadt K██████ ließ darauf von der Firma H██████████ die Abstützung durch den Einbau langer Holzstämmen verstärken, die über das Grundstück der Erstbeklagten hinweg gegen die dem D██████████keller gegenüberliegende Wand gestemmt wurden. Auf Anordnung des Bauaufsichtsamts ließ die Erstbeklagte ferner im hinteren Teil des D██████████kellers das Gewölbe innen abstützen. Die Gefahr für den Drachenburgkeller wurde durch diese Maßnahmen gebannt. Die Erstbeklagte hat inzwischen den geplanten Neubau errichtet.

Die Klägerin, die wegen der eingetretenen Risse Arbeiten an der Kellerdecke hat vornehmen lassen und infolge der Innenabstützung ihres Kellers die Einrichtung des Gastraumes hat verändern und die Anzahl der Sitzplätze hat verringern müssen, hat wegen ihrer Aufwendungen und des Einnahmeausfalls die Beklagten als Gesamtschuldner mit dem Verlangen nach Zahlung von 19 234,41 DM auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Sie hat behauptet, die Gewölbe der beiden benachbarten Grundstücke hätten sich seit jeher gegenseitig Stütze und Halt gewährt, und hat den Beklagten zum Vorwurf gemacht, dies bei der Entschuttung des Grundstücks der Erstbeklagten nicht beachtet und nicht dafür gesorgt zu haben, daß die Standsicherheit des D[RECKENBURG]kellers gewahrt blieb. Die Zweitbeklagte habe die Arbeiten ohne Rücksicht auf den Gewölbeschub des Nachbarkellers vorgenommen. Ihr Baggerführer habe unvorsichtigerweise ein schweres Mauerstück aus dem Greifer des Baggers auf den vorhandenen Gewölberest fallen lassen und hierdurch dessen Einsturz verursacht. Durch die Vertiefung der Kellersohle des Grundstücks der Erstbeklagten habe die Kellerwand zwischen den beiden Grundstücken ihren Halt verloren. Die ersten Abstützmaßnahmen seien unsachgemäß und unzulänglich gewesen, da den Stützbalken ein festes Widerlager gefehlt habe; die Befestigung im Erdreich habe bei einsetzendem Regen dem Gewölbedruck nachgegeben.

Die Beklagten haben den Klageanspruch nach Grund und Höhe bestritten.

Die Erstbeklagte hat vorgebracht, die Standsicherheit des Drachenburgkellers sei schon infolge der Kriegseinwirkungen und nicht erst durch die Enttrümmerung ihres Grundstücks verloren gegangen. Von einem konstruktiven Zusammenhang der benachbarten Gewölbe habe sie nichts gewußt und mangels eigener Fachkenntnisse auch nichts wissen können. Mit der Beauftragung eines Architekten habe sie den ihr als Bauherrin obliegenden Pflichten genügt. Sie habe sich auch darauf verlassen dürfen, daß die Abbrucharbeiten durch das Enttrümmerungsamt sach- und fachgerecht erledigt würden.

Die Zweitbeklagte hat entgegnet, sie habe die Räumarbeiten nach Anordnung des Enttrümmerungsamts und des Drittbeklagten, der sie auf der Baustelle eingewiesen habe, durchgeführt; auf irgendwelche Gefahren, die dem Grundstück der Klägerin drohen könnten, hätten diese sie nicht aufmerksam gemacht. Sie hat bestritten, daß ihr Baggerführer das restliche Kellergewölbe durch ein herabfallendes Mauerstück zum Einsturz gebracht habe, und hat behauptet, der Baggerführer habe 21 Jahre lang in ihren Diensten gestanden und sei ordnungsmäßig ausgewählt und überwacht worden.

Der Drittbeklagte hat den Standpunkt eingenommen, die Ausführung der Enttrümmerungsarbeiten sei ausschließlich Sache des Enttrümmerungsamts gewesen; er habe hierauf keinen Einfluß gehabt. Trotzdem habe er ohne Rechtspflicht vorsorglich das Bauaufsichtsamt auf die von ihm erkannte Gefahr hingewiesen. Die Firma M. habe die Abstützung angesichts der verfügbaren Mittel und der gebotenen Eile bestmöglich ausgeführt.

Das Landgericht hat die Klage gegen sämtliche Beklagten abgewiesen.

Gegen das Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt.

Die Stadt K. der die Klägerin und die Zweitbeklagte den Streit verkündet haben, ist der Klägerin als Streitgehilfin beigetreten.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin weiter die Ansicht vertreten, das Grundstück der Erstbeklagten sei zu Gunsten ihres Grundstücks mit einer "servitus oneris ferendi" des

gemeinen Rechts belastet. Die Beklagten haben dem widersprochen und eingewendet, die Klägerin treffe ein überwiegendes eigenes Verschulden an der Entstehung des Schadens, da sie die Beklagten nicht auf die vermeintliche Servitut und die Gefahren des Abbruchs aufmerksam gemacht habe.

Die Zweitbeklagte hat noch geltend gemacht, ihre Haftung sei ausgeschlossen, da die Enttrümmerung nach dem nordrhein-westfälischen Enttrümmerungsgesetz vom 2. Mai 1949 (GVBl Nr. 109) hoheitliche Aufgabe der Gemeinden sei und die Verantwortung statt ihrer daher die Stadt Köln treffe.

Dieser Auffassung ist die Streitgehilfin der Klägerin entgegengetreten.

Das Oberlandesgericht hat über die Berufung zunächst nur erst im Verhältnis der Klägerin zur Erst- und Zweitbeklagten entschieden und sie insoweit durch Teilurteil zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch gegen diese Beklagten weiter. Diese beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat eine Schadensersatzpflicht der Erstbeklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt

für begründet gehalten. Die Erwägungen, mit denen es zu diesem rechtlichen Ergebnis gelangt ist, sind nicht in allen Teilen frei von rechtlichen Bedenken.

1. Eine Schadensersatzpflicht der Erstbeklagten aus Verletzung einer Servitut scheidet nach Ansicht des Berufungsgerichts aus, weil nicht angenommen werden könne, daß auf ihrem Grundstück die von der Klägerin behauptete Servitut gelastet habe. Hat eine Servitut nach bisherigem Recht bestanden, als das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat, so ist sie als Grunddienstbarkeit bestehen geblieben, ohne daß es zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit der Eintragung im Grundbuch bedurfte (Art. 184, 187 EGBGB). Auch das Recht des Code Civil, das vorher in Köln galt, hat früher begründete Servituten unberührt gelassen (Art. 691 Abs. 2 CC). Das Berufungsgericht hat aber nicht als dargetan angesehen, daß eine Servitut entstanden ist. Dafür, daß sie durch Rechtsgeschäft begründet worden sei, habe die Klägerin nichts vorgetragen. Für die Annahme einer Ersitzung reiche es nicht aus, daß die Klägerin behaupte, der Keller ihres Grundstücks habe in rechtsverjährter Zeit eine Stütze am Nachbarhaus gefunden; die rechtsverjährte Zeit stelle für sich allein noch keinen die Ersitzung vollendenden Rechtsbesitz dar. Die vermeintliche Servitut habe weder nach gemeinem Recht ersessen werden können noch auch, da es sich um eine nicht sichtbare Servitut gehandelt haben würde, nach den einschlägigen Vorschriften des Code Civil (Art. 691 Abs. 1 CC). Abgesehen davon hätte eine *servitus oneris ferendi* nur dann in den Kreis der Betrachtungen gezogen werden können, wenn das Gewölbe der D[REDACTED] über die bloße Anlehnung an das Nachbargrundstück hinaus in seiner statischen Konstruktion von Anfang an darauf abgestellt gewesen wäre, von dem Nachbargrundstück getragen zu werden, in der Weise etwa, daß Balken oder

sonstige tragende Bauteile auf diesem Grundstück geruht hätten. Auf Grund des von den Parteien vorgetragenen Inhalts der vom Bauaufsichtsamt und Trümmeramt der Stadt Köln über die beiden Grundstücke geführten Akten stehe aber lediglich fest, daß sich beide Gewölbe auf eine gemeinschaftliche Brandmauer gestützt hätten und daß wahrscheinlich der beiderseitige Gewölbeschub ursprünglich durch die senkrecht wirkende Last der Aufbauten abgefangen worden sei; mit der Zerstörung der Aufbauten durch Kriegseinwirkung habe sich der frei gewordene Schub beider Gewölbe wohl gegenseitig aufgehoben. Jedenfalls sei nichts dafür hervorgetreten, daß das Gewölbe des Drachenburgkellers auf dem Nachbargrundstück geruht habe. Selbst wenn aber die beiden Gewölbe so konstruiert gewesen wären, daß sie sich gegenseitig im Gleichgewicht hielten, wäre daraus nichts für eine servitus oneris ferendi herzuleiten.

Es mag dahinstehen, ob dem Berufungsgericht darin beizustimmen ist, daß von einer servitus oneris ferendi immer nur dann gesprochen werden kann, wenn - wie bei einer servitus tigni immittendi, tignum immissum habendi, - eine bauliche Anlage des einen Grundstücks auf das andere Grundstück hinübergreift und dort seine Stütze findet. Die Eigentümlichkeit der servitus oneris ferendi besteht darin, daß bei ihr der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet ist, das tragende Bauwerk in gutem Stande zu erhalten. Obwohl begrifflich die Dienstbarkeit den Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht zu einem Tun verpflichten kann (servitus in faciendo consistere non potest), war es doch als möglich anerkannt, daß für ihn die Pflicht begründet wurde, die dem herrschenden Grundstück dienenden tragenden Bauteile in Stand zu halten (Windscheid/Kipp, Pandekten 9. Aufl. Bd. I § 211 a Anm 3). Die Ersitzung einer derartigen Servitut käme hiernach

allenfalls dann in Betracht, wenn ein dahingehender Willensinhalt während der Ersitzungszeit zur tatsächlichen Geltung gebracht und ein Besitzstand ausgeübt worden ist, der sich in erkennbarer Weise auf die Reparaturpflicht erstreckt hat (Windscheid/Kipp aaO § 213, 1; OLG Jena Urteil vom 15. Dezember 1886 SeuffA Bd. 42 Nr. 193); er müßte durch Handlungen des Verpflichteten zum Ausdruck gekommen sein, die auf den Willen des Berechtigten zurückzuführen sind (vgl. Meisner/Hodes/Stern, Nachbarrecht 3. Aufl. 1956 § 36 II 3). Die Klägerin hat in dieser Hinsicht nichts vorgetragen. Im Ergebnis hat das Berufungsgericht daher mit Recht die Annahme abgelehnt, daß eine servitus oneris ferendi zustande gekommen sei.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß nicht eine Servitut anderer Art bestanden haben kann. Servituten können im Rahmen der rechtlichen Möglichkeit verschiedensten Inhalts sein (Windscheid/Kipp aaO § 210). Es ist daher nicht ausgeschlossen, da eine Servitut ersessen worden sein kann, bei der der Eigentümer des einen Grundstücks das andere in der Weise benutzen durfte, daß die dort errichteten Kellergewölbe den auf seinem Grundstück bestehenden Gewölben als Stütze zu dienen hatten, ohne daß für den Eigentümer des Nachbargrundstücks auch eine Reparaturpflicht bestand. Dazu wäre aber wieder die Ausübung eines entsprechenden Besitzstandes erforderlich gewesen. Diese Voraussetzung ist nicht schon damit gegeben, daß der Eigentümer eines Grundstücks einen Zustand schafft und aufrecht erhält, der einem anderen Grundstück zum Vorteil gereicht, und daß der Eigentümer dieses Grundstücks den Vorteil genießt. Vielmehr muß es sich in Handlungen des Berechtigten oder Unterlassungen des Verpflichteten kund getan haben, daß nach dem Willen des Berechtigten der seinem Grundstück

dienliche Zustand bestehen soll (Meisner/Hodes/Stern aaO). Die Klägerin hat durch Gutachten eines Sachverständigen unter Beweis gestellt, daß der Drachenburgkeller nach der baulichen Konstruktion von vornherein auf die Sütze durch das Nachbarhaus angewiesen gewesen sei. Hiermit konnte aber der Beweis für eine Willensbetätigung, die über die bloße Ausnutzung eines sich bietenden Vorteils hinausging und die Inanspruchnahme eines Rechtes gegenüber dem Eigentümer des Nachbargrundstücks enthielt, durch das dieser in seinem Eigentum beschränkt sein sollte, nicht erbracht werden. (So in einem ähnlichen Falle auch bereits BayOGH 5, 443, 457 - Urteil vom 2. Mai 1874).

Selbst wenn aber auch eine Servitut anzunehmen wäre, würde die Erstbeklagte wegen einer Verletzung dieser Grundgerechtigkeit von der Klägerin nach § 823 BGB doch nur dann schadensersatzpflichtig gemacht werden können, wenn ihr ein Verschulden zur Last fiel. Dazu wäre erforderlich, daß der Erstbeklagten das Bestehen der Servitut bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Hierfür hat die Klägerin nichts vorgetragen.

2. Daß die Erstbeklagte für die Schäden, die der Klägerin infolge der Enttrümmerung des Grundstücks entstanden sind, nach § 367 Ziff. 14 StGB in Verbindung mit § 523 Abs. 2 BGB ersatzpflichtig geworden sei, hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei verneint.

Die Bestimmung des § 367 Ziff. 14 StGB kann auf die Erstbeklagte keine Anwendung finden. Zwar stellt sich die Niederlegung der Gebäudereste auf ihrem Grundstück als Vornahme von Bauten im Sinne dieser Vorschrift dar. Als

Täter nach § 367 Ziff. 14 StGB kommt aber nur in Betracht, wer den Bau leitet oder ausführt, der Bauherr dagegen nur dann, wenn er eine polizeiliche Anordnung erhalten und unbeachtet gelassen hat, die bestimmte Sicherungsmaßregeln von ihm forderte (Urteil des erkennenden Senats vom 21. Januar 1958 - VI ZR 306/56 - LM Nr. 4 zu § 823 AB BGB = NJW 1958, 627 = MDR 1958, 327). Diese Voraussetzungen haben hier bei der Erstbeklagten nicht vorgelegen. Sie hat die Enttrümmerung weder selbst vorgenommen noch geleitet, sondern durch den von ihr als Architekten zugezogenen Drittbeklagten nur veranlaßt, daß das Enttrümmerungsamt der Stadt K. die Enttrümmerung durch die Zweitbeklagte vornehmen ließ. Wenn das Bauaufsichtsamt nach der Ortsbesichtigung vom 18. März 1954 geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Standfestigkeit des D. kellers forderte, so wurde diese Anordnung, deren sachgerechte Erfüllung bei der Unbestimmtheit der Auflage nur von einem Fachmann erwartet werden konnte, festgestelltermaßen nicht der Erstbeklagten selbst zugestellt, sondern für sie ihrem Architekten, dem Drittbeklagten, erteilt, der darauf durch die Firma M. die Wand des D. kellers durch Holzbalken abstützen ließ. Ein haftungsbegründender Verstoß der Erstbeklagten gegen § 367 Ziff. 14 StGB liegt nicht vor.

3. Nach § 823 Abs. 1 BGB würde sich die Erstbeklagte gegebenenfalls schadensersatzpflichtig gemacht haben, wenn sie es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, schuldhaft verabsäumt hätte, gegen die Gefahren, die mit den von ihr veranlaßten Enttrümmerungsarbeiten auf ihrem Grundstück für andere, insbesondere die Klägerin, entstehen konnten, eine bei billiger Rücksicht auf deren Inter-

essen erforderliche schadenverhütende Vorsorge zu treffen (vgl. das vorgenannte Urteil des erkennenden Senats). Hätten die Organe der Klägerin gewußt, daß die Standfestigkeit des D[RECKHAUSEN] Kellers bedroht sein würde, wenn die restlichen Kellergewölbe auf ihrem Grundstück beseitigt wurden, so würden sie verpflichtet gewesen sein, die an der Enttrümmerung Beteiligten und gegebenenfalls auch die Klägerin hierauf hinzuweisen, damit die nötigen Maßnahmen ergriffen wurden, um Schaden abzuwenden. Eine derartige Kenntnis haben sie jedoch nicht gehabt und sie waren nach der Überzeugung des Berufungsgerichts auch nicht in der Lage, die angebliche statische Abhängigkeit der beiden Kellergewölbe voneinander zu erkennen.

4. Mit zutreffender Begründung hat das Berufungsgericht auch die Annahme abgelehnt, daß die Erstbeklagte nach § 831 BGB für die durch die Enttrümmerung verursachten Schäden haftbar gemacht werden könne. Der Drittbeklagte war kein weisungsabhängiger Verrichtungsgehilfe der Erstbeklagten, ebensowenig das Enttrümmerungsamt mit der von ihm beauftragten Zweitbeklagten.

5. Die Revision glaubt eine Haftung der Erstbeklagten für die Schadensfolgen der Enttrümmerung aus § 909 BGB in Verbindung mit § 823 Abs. 1 und 2 BGB ableiten zu können, indem sie insbesondere die Ansicht vertritt, bei dem für § 909 BGB kennzeichnenden nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis sei die Anwendung des § 278 BGB geboten, so daß die Erstbeklagte der Klägerin gegenüber für ein schadensursächliches Verschulden der Mitbeklagten als ihrer Erfüllungsgehilfen einzustehen habe.

Der Revision kann hierin schon darum nicht gefolgt werden, weil, soweit es sich um die Enttrümmerung handelt, ein Fall des § 909 BGB gar nicht gegeben ist. Nach dieser Bestimmung darf ein Grundstück nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist. Die Enttrümmerung bedeutete keine Vertiefung des Grundstücks, sondern nur die Beseitigung des auf ihm ruhenden Schuttes mit den noch vorhandenen Gebäuderesten. Die Revision meint, einer unzulässigen Vertiefung sei es gleichzuachten, wenn eine Befestigung, die auf einem bereits vertieften Grundstück zum Schutze des Nachbargrundstücks beschafft ist, entfernt wird. Dabei übersieht die Revision jedoch, daß es der Boden des Nachbargrundstücks ist, der nach § 909 BGB vor dem Verlust der erforderlichen Stütze bewahrt werden soll; der Schutz gilt nicht auch für Aufbauten, deren Boden unverändert bleibt (BGHZ 12, 75). Hier ist es aber lediglich das Bauwerk des Drachenburgkellers gewesen, dem die Gewölbe auf dem Grundstück der Erstbeklagten zur Stütze gedient haben; daß auch der natürliche Boden des Grundstücks der Klägerin von den Gewölben gehalten worden und bei deren Abräumung abgerutscht sei, ist von der Klägerin nicht behauptet worden.

6. Der Boden ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts allerdings auf dem hinteren Teil des Grundstücks der Erstbeklagten vertieft worden; bei dem hinteren Tiefkeller, dessen Sohle ungefähr 2 m tiefer lag als die des angrenzenden D[REDACTED]kellers, ist nach Abräumung des Schuttes der gewachsene Boden neben dem Grundstück der Klägerin noch ausgeschachtet worden. Über die

Behauptung der Klägerin, daß dies für die Risse und Schäden im Gewölbe ihres Kellers ursächlich geworden sei, will das Berufungsgericht nach dem Beweisbeschuß, den es gleichzeitig mit Erlaß des angefochtenen Urteils verkündet hat, erst in dem bei ihm noch abhängig gebliebenen Verfahren gegen den Drittbeklagten Beweis erheben. Wie es einem Schreiben des bei der Zweitbeklagten beschäftigten Bauingenieurs K. an das Enttrümmerungsamt vom 12. April 1954 entnommen hat, ist der gewachsene Boden auf Bitten des Drittbeklagten ausgehoben worden. Für die Folgen dieser Bodenvertiefung kann aber nicht nur, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, der Drittbeklagte haftbar geworden sein, eine Verantwortung hierfür kann auch die Erstbeklagte treffen.

a) Zwar kann der von der Revision vertretenen Auffassung nicht beigetreten werden, daß die Erstbeklagte für ein Verschulden ihrer Mitbeklagten an der schädlichen Vertiefung des Grundstücks nach § 278 BGB einzustehen habe. Wer dem Verbot des § 909 BGB zuwider ein Grundstück in der Weise vertieft, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, verletzt ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB und macht sich nach dieser Bestimmung, gegebenenfalls auch nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig (BGHZ 12, 75). Für das rechtswidrige Verhalten eines anderen haftet der Eigentümer des vertieften Grundstücks nur unter den Voraussetzungen des § 831 BGB. Wenn auch für die nachbarschaftlichen Beziehungen der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) maßgebend ist, der hier in den Bestimmungen der §§ 904 ff BGB seine besondere Ausprägung gefunden hat (RGZ 154, 161, 164;

155, 154, 159; 167, 14, 24), so geht es doch nicht an, mit Westermann (Lehrbuch des Sachenrechts 3. Aufl. 1956 S. 304 und Erman/Westermann BGB 2. Aufl. § 909 Anm. 1) das nachbarschaftliche Verhältnis den Vorschriften über bestehende Schuldverhältnisse zu unterwerfen und § 278 BGB auf die Befolgung der in § 909 BGB gebotenen Verhaltensweise anzuwenden (so die herrschende Meinung, vgl. Staudinger/Seufert BGB 11. Aufl. 1956 § 909 Erl. I 2 a; Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. 1957 S. 188, insbesondere Anmerkung 1 daselbst; Meisner/Stern/Hodes aaO S. 274 Anm. 48; Schultz MDR 1955, 260; Böhmer MDR 1959, 261). Das Reichsgericht hat die Anwendung des § 278 BGB auf die Verpflichtung aus § 909 BGB ausdrücklich abgelehnt (RGZ 132, 51), der Bundesgerichtshof hat sie in der oben angeführten Entscheidung BGHZ 12, 75 gar nicht in Erwägung gezogen. Gegen die Heranziehung des § 278 BGB spricht überdies, daß sich das in § 909 BGB ausgesprochene Verbot einer Grundstücksvertiefung nicht nur an den Nachbarn des gefährdeten Grundstücks wendet, sondern in gleicher Weise auch den trifft, der ein Grundstück vertieft, ohne dessen Eigentümer zu sein (Urteil des erkennenden Senats vom 13. März 1959 - VI ZR 68/58 - mit weiteren Nachweisen - VersR 1959, 470).

b) Indessen ergibt sich aus dem Gebot einer rücksichtsvollen Respektierung der Belange des benachbarten Grundstückseigentümers, das in § 909 BGB zum besonderen Ausdruck gelangt, daß bei einer Grundstücksvertiefung der Eigentümer mit besonderer Sorgfalt darauf achten muß, daß nicht das Nachbargrundstück in Mitleidenschaft gezogen wird. Er wird nicht dadurch jeder eigenen Verantwortung ledig, daß er die Leitung und Ausführung von Bau-

arbeiten auf seinem Grundstück einem bewährten Architekten und zuverlässigen und leistungsfähigen Unternehmer überträgt. Kann auch von einem Laien in der Regel nicht erwartet werden, daß er Mängel und Fehler wahrnimmt, die nur einem sachkundigen Beobachter erkennbar sind, so darf der Bauherr doch nicht einfach alles dem Architekten und Bauunternehmer überlassen, sondern muß sich in zumutbarem Maße vergewissern, daß die ihm selbst obliegenden Pflichten aus § 909 BGB auch wirklich erfüllt werden. Er muß darlegen, wie er sich diese Gewißheit verschafft hat. Auch eine Unterlassung noch während der Bauarbeiten kann insoweit eine unerlaubte Handlung darstellen (RGZ 132, 51, 59; OLG Hamm MDR 1956, 678; BGB RGRK 11. Aufl. 1959 § 909 Anm. 3; Staudinger/Seufert aaO § 909 Erl. I 2 c f; Schultz aaO Anm. 10).

Das Berufungsgericht hat es in dieser Hinsicht an einer Würdigung fehlen lassen. Sie wäre umso notwendiger gewesen, als die Annahme nahe liegt, daß die Grundstücksvertiefung, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Drittbeklagte hat vornehmen lassen, zur Ausführung des von der Erstbeklagten geplanten Neubaus notwendig und in den Neubauplänen vorgesehen war, diese Pläne der Erstbeklagten aber schwerlich unbekannt gewesen sein können. Das Berufungsurteil hat daher gegenüber der Erstbeklagten keinen Bestand. Vielmehr wird das Berufungsgericht das Klagebegehren gegenüber der Erstbeklagten auch unter dem hier aufgezeigten rechtlichen Gesichtspunkt noch zu erörtern und zu prüfen haben.

II.

Schadensersatzansprüche der Klägerin gegenüber der Zweitbeklagten hat das Berufungsgericht mit einer Begrün-

dung verneint, die rechtlicher Prüfung gleichfalls nicht standhält.

1. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Zweitbeklagte selbst (gemeint ist offenbar der Inhaber der beklagten Firma) oder die Angestellten der Zweitbeklagten bei der Entschuttung des Grundstücks der Erstbeklagten eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begangen haben. Es ist der Ansicht, die Zweitbeklagte könne in keinem Falle von der Klägerin mit Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, weil es sich bei der Enttrümmerung, wenn sie auch von der Erstbeklagten veranlaßt worden sei, um eine Maßnahme gehandelt habe, die nach den Bestimmungen des nordrhein-westfälischen Enttrümmerungsgesetzes vom 2. Juni 1948 in der Fassung des Gesetzes vom 2. Mai 1949 (NRWGVBl S. 109) eine Pflichtaufgabe der Stadt Köln und schlicht-verwaltenden hoheitlichen Charakters gewesen sei; der Zweitbeklagten, deren sich die Stadtgemeinde zu ihrer Durchführung bedient habe, komme der Schutz des Art. 34 GG zugute: an ihrer Stelle hatte die Stadt K.

Dem Berufungsgericht ist darin beizustimmen, daß die Enttrümmerung des Grundstücks eine der Stadtgemeinde obliegende Aufgabe hoheitlicher Art gewesen ist. Daß es auf Antrag des Drittbeklagten geschehen ist, wenn das Enttrümmerungsamt der Stadt die Enttrümmerung in das Räumprogramm aufnahm und sie - auf städtische Kosten - durchführte, kann nach den zutreffenden Darlegungen des Berufungsgerichts nicht die Annahme rechtfertigen, daß die Stadtgemeinde nicht in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabe und nicht in Ausübung ihrer hoheitlichen

Befugnisse tätig geworden sei. Die Stadtgemeinde war nach § 9 Abs. 2 des Enttrümmerungsgesetzes und § 6 der Ersten Durchführungsverordnung zum Enttrümmerungsgesetz vom 27. September 1949 (NRWGVBl S. 279) auf den Antrag des Eigentümers bei gesichertem Baubeginn zur unverzüglichen Räumung des Grundstücks verpflichtet.

Irrig ist aber die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Zweitbeklagte bei der Ausführung der ihr vom Enttrümmerungsamt aufgetragenen Arbeiten in Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt habe. Aus der Tatsache, daß eine gegebene Zielsetzung auf hoheitlichem Gebiet liegt, folgt nicht, daß die öffentlich-rechtliche Körperschaft die ihr gesetzte Aufgabe immer nur im Wege hoheitlicher Betätigung erfüllen könne. Wo die Körperschaft eine Tätigkeit ausübt, die ihrer Natur nach auch auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage und in einem Verhältnis der Gleichordnung vorgenommen werden kann, steht es ihr frei, wie sie diese Tätigkeit organisiert. Sie kann Angelegenheiten, die einer privatwirtschaftlichen Regelung zugänglich sind, sowohl hoheitsrechtlich als auch privatwirtschaftlich organisieren (BGHZ 9, 145, 147; 20, 102, 104). Dies gilt namentlich bei Erfüllung von Aufgaben öffentlich-rechtlicher Fürsorge. Weist etwa der Träger der Fürsorge einen Kranken in ein öffentliches Krankenhaus ein, so kann bei Durchführung der Behandlung im Krankenhaus von einem Unterordnungsverhältnis, das eine Amtshaftung für Behandlungsfehler begründen könnte, in der Regel keine Rede sein (BGHZ 4, 138, 150 f); das Verhältnis des Patienten zu dem öffentlichen Krankenhaus und seinen Ärzten - ebenso auch zu einer Universitätsklinik -, ist regelmäßig bürgerlich-rechtlicher Natur (BGHZ 9, 145). In einem der vorliegenden Sache vergleichbaren Fall, in dem

die Stadtgemeinde in Ausübung ihrer Hoheitsgewalt zur polizeilichen Gefahrenabwehr eine Gebäuderuine durch einen Unternehmer hat abbrechen lassen, hat der Bundesgerichtshof auch bereits entschieden, daß die Stadtgemeinde zwar aus § 839 BGB haftet, wenn die Beamten des Bauaufsichtsamts und des mit ihm zusammenarbeitenden Trümmeramts bei der Beaufsichtigung und Abnahme der Abbrucharbeiten die verkehrserforderliche Sorgfalt verletzen, daß aber, wenn dem Abbruchunternehmer eine Schadensverursachung zur Last fällt, ihn selbst die Schadensersatzpflicht nach § 823 ff BGB gegenüber dem Verletzten trifft (Urteil vom 15. Oktober 1953 - III ZR 1/52 - VersR 1953, 479). Unstreitig hat die Stadt Köln die Vornahme der Enttrümmerung der Zweitbeklagten durch privatrechtlichen Werkvertrag aufgetragen. Bei einer derartigen Sachlage ist aber regelmäßig anzunehmen, daß auch die Tätigkeit des mit der Enttrümmerung beauftragten Unternehmers sich nur auf dem Boden des bürgerlichen Rechts abspielt und keinen hoheitlichen Charakter trägt (so auch Felix NJW 1957, 1547, 1548). So ergibt der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt denn auch nichts dafür, daß hoheitliche Befugnisse auf die Zweitbeklagte übertragen und von ihr ausgeübt worden seien. Danach ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts nicht haltbar, daß die Klägerin nach Art. 34 GG die Zweitbeklagte für eine in ihre Verantwortung fallende Schadenszufügung nicht haftbar machen könne.

Das Berufungsgericht hat sich noch mit der Frage beschäftigt, ob nicht für die Zweitbeklagte durch den mit der Stadt Köln geschlossenen Vertrag Schutzpflichten zugunsten der Klägerin nach § 328 BGB begründet worden sein können, deren Verletzung hier in Betracht komme. Die Vertragsauslegung, bei der es zur Verneinung dieser Frage gelangt ist,

entzieht sich der Nachprüfung im Revisionsverfahren. Die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht besteht aber auf der Grundlage der §§ 823 ff BGB. Das Berufungsgericht wird das Klagebegehren unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen haben.

2. Soweit der Klägerin Schaden durch die Bodenvertiefung auf dem Nachbargrundstück entstanden ist, erkennt das Berufungsgericht an, daß einer Schadenshaftung der Zweitbeklagten gegenüber der Klägerin Art. 34 GG nicht entgegensteht; die Ausschachtung habe nämlich, so führt das Berufungsgericht aus, außerhalb des Rahmens der fest umrissenen Trümmerräumarbeiten stattgefunden, die der Zweitbeklagten von der Stadt Köln übertragen worden seien. Für einen etwaigen Schaden brauche die Zweitbeklagte aber, so meint das Berufungsgericht weiter, der Klägerin trotzdem nicht einzustehen, weil ihre Leute die Bodenvertiefung ohne vorheriges Wissen der Zweitbeklagten allein auf Bitten des Drittbeklagten vorgenommen und hierbei nicht "in Ausführung", sondern nur "bei Gelegenheit" der ihnen von der Zweitbeklagten aufgetragenen Verrichtung gehandelt hätten. Für die allein in Frage kommende Schadenshaftung aus § 831 BGB fehle es daher an den gesetzlichen Voraussetzungen.

Auch diese Beurteilung begegnet rechtlichen Bedenken.

Richtig ist zwar, daß die Haftung des Geschäftsherrn für seine Verrichtungsgehilfen nur besteht, wenn die schädigende Handlung in den Kreis der Maßnahmen fällt, die sich als Ausführung der aufgetragenen Verrichtung darstellen und mit ihr nach Zweck und Art in einem inneren Zusammenhang stehen. Ist ein solcher Zusammenhang gegeben,

so handelt der Angestellte im allgemeinen aber auch dann "in Ausführung" der Verrichtung, zu der er bestellt ist, wenn er im Einzelfall seine Befugnisse eigenmächtig oder irrtümlich überschreitet (Urteile des erkennenden Senats vom 2. Februar 1955 - VI ZR 225/53 - VersR 1955, 205; vom 23. Februar 1955 - VI ZR 14/54 - VersR 1955, 214). Daß hier die Bodenvertiefung mit der Schuttbeseitigung in einem inneren Zusammenhang gestanden hat, kann nicht bezweifelt werden. Enttrümmerung wie Bodenvertiefung sollten das Grundstück für die Errichtung des vorgesehenen Verwaltungsgebäudes baureif machen. Inwiefern die Leute der Zweitbeklagten nicht hätten annehmen dürfen, bei Befolgung des Wunsches des Drittbeklagten im Rahmen der ihnen von der Zweitbeklagten aufgetragenen Tätigkeit zu bleiben, entbehrt näherer Feststellung des Berufungsgerichts und Darlegung der Zweitbeklagten. Es hätte dessen umso mehr bedurft, als der Zeuge K. in dem vom Berufungsgericht angezogenen Schreiben vom 12. April 1954 an das Trümmeramt der Stadt K. hervorgehoben hat, daß der Drittbeklagte ihn und das Baggerpersonal bei Beginn der Baggerarbeiten unter ausdrücklicher Angabe der zu verrichtenden Arbeiten, darunter auch der Bodenvertiefung eingewiesen hat, und in den Akten der städtischen Enttrümmerungsabteilung über das Grundstück H., auf deren Inhalt das Berufungsgericht Bezug genommen hat, nach Eingang des Entschuttungsantrags des Drittbeklagten unter dem 27. Februar 1954 (Bl. 34) von der Behörde vermerkt worden ist, daß die Arbeiten im Einvernehmen mit dem Drittbeklagten durchgeführt werden sollen. Die Möglichkeit einer Schadenshaftung der Zweitbeklagten nach § 831 BGB erscheint hiernach nicht ausgeschlossen.

Das angefochtene Urteil kann somit nicht bestehen bleiben. Die Sache bedarf weiterer tatrichterlicher Erörterung und Feststellung durch das Berufungsgericht.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Dr. Kleinewefers

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Hauß

Heinrich Meyer