

7

BUNDESGERICHTSHOF

039

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 203/68

URTEIL

Verkündet am
14. Juli 1970
K r i e g l
Justizhauptschrotür
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Auguste B [REDACTED] geb. M [REDACTED],
Inhaber der Firma Aloia B [REDACTED], Bauunternehmung,
E [REDACTED], Kreis L [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED]

g e g e n

1. die Firma Georg S [REDACTED], Baggerbetrieb
E [REDACTED], Kreis L [REDACTED], A [REDACTED]straße,
Inhaber Georg S [REDACTED],
2. den Kraftfahrer Erwin P [REDACTED],
L [REDACTED] L [REDACTED]allee,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle, der Bundesrichter Dr. Bode, Dr. Weber, Prof. Dr. Nüßgens und Sonnabend

für R e c h t erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 16. Februar 1968 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der Klägerin zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betreibt in Elz bei Limburg ein Bauunternehmen. Am 21. März 1966 war einer ihrer Bagger beschädigt worden, so daß er mittels eines Tiefladers in eine Werkstatt in Frankfurt gebracht werden mußte. Der Tieflader der Klägerin war nur für eine Höchstgeschwindigkeit von 20 km/st zugelassen, so daß die Klägerin, wenn sie ihn benutzt hätte, zum Transport nicht die kürzere und schnellere Autobahn nach Frankfurt hätte benutzen können. Daher wandte sich der Schwiegersohn der Klägerin namens A. [REDACTED] an die Erstbeklagte, die im selben Ort einen Baggerbetrieb unterhält und einen Tieflader

besaß, der für höhere Geschwindigkeiten zugelassen war, und bat ihn, ihm für den folgenden Tag diesen Tieflader zur Verfügung zu stellen. Der Inhaber der Erstklagten erklärte sich schließlich auf Drängen Althausens bereit, am nächsten Tage seinen Tieflader mit Motorwagen und einen Fahrer, den Zweitbeklagten, zu schicken. A. versprach, seinen Arbeiter F., den Führer des beschädigten Baggers, mitfahren zu lassen.

Am 22. März 1966 fuhr der Zweitbeklagte auf dem Platz, auf den die Klägerin den beschädigten Bagger gebracht hatte, mit Tieflader und Motorwagen der Erstklagten vor. F. fuhr den Bagger auf den Tieflader und befestigte ihn, wobei ihm der Zweitbeklagte half. Auf der Autobahn nach Frankfurt bemerkte dieser, daß sich der Bagger auf dem Tieflader verschoben hatte. Nachdem er angehalten hatte, stellte F. den Bagger so auf, daß der Baggerlöffel fest auf dem Vorderteil des Tiefladers auflag; dadurch ragte allerdings der Stiel des Baggerlöffels senkrecht nach oben. Infolgedessen blieb der Bagger mit dem Stiel unter einer Straßenbrücke über die Autobahn, unter der der Zweitbeklagte durchfahren wollte, hängen und wurde schwer beschädigt.

Die Klägerin macht beide Beklagte für den Schaden haftbar. Sie hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 43.950,50 IM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe der Hälfte des Schadens stattgegeben.



Gegen dieses Urteil haben alle Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat durch das angefochtene Teil- und Grundurteil die Klage gegen die Erstbeklagte ganz abgewiesen und hinsichtlich des Zweitbeklagten den Klageanspruch dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag gegen beide Beklagte in voller Höhe weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerin nimmt die Erstbeklagte (demnächst: die Beklagte) in Anspruch, weil deren Fahrer als ihr Erfüllungsgehilfe, zumindest als ihr Verrichtungsgehilfe anzusehen sei, da die Beklagte den Transport des Baggers nach Frankfurt vertraglich übernommen habe. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat sie jedoch lediglich versprochen, der Klägerin ihren Tieflader nebst Motorwagen mit Fahrer "zur Verfügung zu stellen". Daß sie sich dadurch verpflichtet habe, in dieser Weise den Bagger nach Frankfurt zu transportieren, habe die Klägerin nicht dargetan. Die zwischen den Parteien getroffene Abrede sei zwar nicht als ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis ohne verpflichtenden Charakter anzusehen, doch gehe sie nicht über das Versprechen hinaus, der Klägerin den Tieflader zu leihen, verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag hinsichtlich ihres Fahrers. Daher habe der

Fahrer den Tieflader nicht im Auftrage der Beklagten gefahren, sondern aufgrund des von seinem Arbeitgeber, der Beklagten, mit der Klägerin geschlossenen Dienstverschaffungsvertrages für diese.

Diese Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Haftung der Beklagten von der Beantwortung der Frage abhängt, ob sie sich verpflichtet hatte, den Bagger mit ihrem Tieflader nach Frankfurt zu transportieren. Nicht entscheidend ist, ob diese etwaige Transportverpflichtung entgeltlich sein sollte, so daß die Abreden der Parteien als Werkvertrag anzusehen wären (§ 631 BGB), oder ob die Beklagte unentgeltlich den Bagger für die Klägerin nach Frankfurt schaffen sollte, so daß es sich um einen Auftrag (§§ 662 ff BGB) handeln würde. In beiden Fällen könnte sich nämlich die Klägerin auf § 278 BGB und auf § 831 BGB berufen. Ebensowenig ist entscheidend, ob dann, wenn die Beklagte sich nicht verpflichtet hatte, den Bagger nach Frankfurt zu transportieren, zwischen ihr und der Klägerin immerhin vertragliche Beziehungen, etwa als Leihe des Tiefladers und Motorwagens (§§ 598 ff BGB), verbunden mit Verschaffung der Dienste des zweitbeklagten Fahrers, zustande gekommen wären, oder ob sie, wenn es sich insoweit um ein bloßes Gefälligkeits-Verhältnis handeln sollte, allein aus den §§ 823 ff BGB haften würde. In beiden Fällen brauchte die Beklagte für Fehler, die ihr Fahrer auf dem Transport nach Frankfurt begangen hätte, nicht einzustehen: Die Klägerin

könnte sich bei der hier gegebenen Sachlage nicht mit Erfolg auf die §§ 278, 831 BGB berufen.

2. Von diesen rechtlichen Gesichtspunkten ausgehend war die Begründung des Berufungsgerichts nachzuprüfen, es habe sich weder um einen Werkvertrag noch um einen Auftrag, sondern nur um eine Leihe gehandelt. Jedoch ist diese Nachprüfung durch das Revisionsgericht eine beschränkte, weil es sich um die Auslegung von Erklärungen der Parteien handelt, die auf den Abschluß eines Individualvertrages gerichtet waren. Das Revisionsgericht kann daher nur prüfen, ob die Würdigung, zu der das Berufungsgericht gelangt ist, gegen Denk- und Erfahrungssätze verstößt oder allgemeinen Auslegungsgrundsätzen widerspricht. Das läßt sich entgegen den Angriffen der Revision nicht feststellen. Auch im übrigen weist die Beurteilung des Berufungsgerichts keine entscheidungserhebliche Rechtsfehler auf. Die Rügen der Revision wenden sich im Grunde gegen die Würdigung der Umstände und Erklärungen der Parteien, wie sie das Berufungsgericht für richtig gehalten hat. Damit greift sie die allein dem Tatrichter zustehende Würdigung der Vorgänge an. Den Nachweis, daß das Berufungsgericht erhebliche Tatsachen und Parteibehauptungen übergangen habe (§ 286 ZPO), hat sie nicht zu führen vermocht.

a) Das Berufungsgericht hat eingehend geprüft, ob die Beklagte den Transport gegen Entgelt, also kraft Werkvertrages, oder ohne Entgelt, also kraft Auftrages, übernommen hatte. Im rechtlichen Endergebnis kommt es zwar, wie ausgeführt, auf diese Frage

nicht entscheidend an. Dennoch war es geboten, daß das Berufungsgericht dieser Frage nachgegangen ist. Wäre die Klägerin zur Leistung eines Entgelts, vor allem zur Bezahlung dieses "Transportes" verpflichtet gewesen, so hätte sich die Annahme eines Werkvertrages aufgedrängt, damit also die Pflicht der Beklagten, für einen gefahrlosen Transport des Baggers zu sorgen. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht an die Spitze seiner Erwägungen die Frage gestellt, ob die Beklagte, wie die Klägerin behauptet hat, das Recht haben sollte, ihr den "Transport" in Rechnung zu stellen, und davon nur deshalb abgesehen habe, weil der Bagger verunglückt war. Insoweit würdigt das Berufungsgericht das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin, daß die Beklagte ihren Tieflader (einschließlich Fahrer) unentgeltlich, nämlich um der Klägerin in ihrer Notlage zu helfen, zur Verfügung gestellt habe.

Die dafür vom Berufungsgericht gegebene Begründung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision kommt nicht mehr auf die Behauptung der Klägerin zurück, die Beklagte habe ihr eine Rechnung ausstellen dürfen. Vergeblich meint sie, das Berufungsgericht hätte schon darin ein Entgelt finden müssen, daß die Klägerin der Beklagten an jenem Tage ihren eigenen Motorwagen und, wie das Berufungsgericht zu Gunsten der Klägerin unterstellt, auch den dazu gehörenden Tieflader zur Verfügung gestellt habe. Das Berufungsgericht hat in diesem "Tausch" der beiderseitigen Tieflader nebst Motorwagen nicht den gegenseitigen Vertrag erblickt, auf den die Klä-

gerin hinaus möchte, sondern lediglich die Grundlage dafür, daß der Inhaber der Beklagten schließlich der Bitte A [REDACTED] nachgab, ihm Tieflader, Motorwagen und Fahrer zu schicken. Gegen diese Begründung ist rechtlich nichts zu erinnern.

Ebenso vergeblich weist die Revision darauf hin, daß der Bevollmächtigte der Beklagten nach dem Unfall in einem Brief geschrieben habe: "Meine Mandantin führte lediglich den Transport durch...". Mit diesem Schreiben hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt. Es meint, der Wortlaut dieses Briefes lasse noch keinen Schluß darauf zu, wie die Rechtslage wirklich zu beurteilen sei, vielmehr müßten dabei auch alle anderen Umstände in Betracht gezogen werden. Auch diese Erwägung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

b) Hat somit das Berufungsgericht fehlerfrei den Abschluß eines (entgeltlichen) Werk- und Transportvertrages verneint, so fragt sich, ob dies auch für die Ablehnung eines Auftrages gilt. Dieser ist nach dem Gesetz (§§ 662 ff BGB) unentgeltlich, gehört daher in die Reihe der sog. Gefälligkeitsverträge. Bei Rechtsverhältnissen dieser Art kann sich deshalb fragen, ob der Versprechende überhaupt seine Leistung als obligatorische Vertragsschuld übernommen hatte oder ob er nicht allenfalls nach deliktischen Grundsätzen haften sollte (RGZ 128, 39, 42). Letzteres hatte die Beklagte vertreten. Das Berufungsgericht hat das jedoch abgelehnt, weil dies mit dem Interesse der Klägerin an dem Einsatz des Tiefladers

und dem damit verbundenen Risiko nicht vereinbar sei. Dem mag zuzustimmen sein. Es konnte sich dann aber fragen, ob nicht gerade dieses Interesse der Klägerin ein wesentliches Indiz dafür sein mußte, daß sie von der Beklagten nicht nur die Leihe des Tiefladers (mit Motorwagen nebst Fahrer) erwartete, sondern auch deren Zusage, durch ihren Fahrer den Transport so durchführen zu lassen, daß der Bagger keinen Schaden erleide, so daß die Beklagte für das Verschulden ihres Fahrers, des Zweitbeklagten, nach § 278 BGB einzustehen haben würde. Fraglich könnte dann nur noch sein, ob die Parteien, weil es sich um einen unentgeltlichen Auftrag und um eine Hilfeleistung für die Klägerin handelte, nach Treu und Glauben und nach den Umständen die Haftung der Beklagten auf grobe Fahrlässigkeit beschränken wollten.

aa) Die Auslegung des Berufungsgerichts würde keinem Zweifel unterliegen, hätte die Beklagte der Klägerin lediglich ihren Tieflader (mit dem Motorwagen) und nicht auch ihren Fahrer "zur Verfügung gestellt", so daß die Klägerin ihn durch eigene Leute hätte fahren lassen müssen. Deren Verschulden müßte sich dann selbstverständlich die Klägerin und nicht die Beklagte zurechnen lassen; diese haftete allenfalls als Verleiherin der Fahrzeuge für deren guten Zustand (vgl. §§ 600, 538 BGB). Es stellt sich daher die Frage, ob sich an der Rechtsnatur des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages und damit an der Haftung für das Fahrer-Verschulden dadurch etwas ändert, daß die Beklagte der Klägerin nicht nur die Fahrzeuge, sondern auch deren Fahrer "lieh".

Insofern ist das Berufungsgericht zwar nicht der Auffassung der beiden Beklagten, vor allem des Zweitbeklagten, gefolgt, wonach dieser in Form eines Leiharbeiterverhältnisses in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen und damit deren Arbeiter, somit auch ausschließlich deren Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfe geworden sei.

Das Berufungsgericht hat vielmehr angenommen, der zweitbeklagte Fahrer sei in vollem Umfang Arbeiter der Erstbeklagten geblieben; diese habe lediglich der Klägerin dessen Dienst für jene einmalige Fahrt verschafft (Dienstverschaffungsvertrag: RGZ 82, 427, 429; 170, 216, 217; BGHZ 21, 104). Nach Ansicht des Berufungsgerichts lag daher hier nur ein Leihvertrag (über die Fahrzeuge) verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag vor und nicht ein Vertrag auf Beförderung des Baggers, also auch kein Auftrag. Das entspricht dem wiederholt in der Rechtsprechung vertretenen Standpunkt, wonach die (entgeltliche) Überlassung eines Fahrzeugs oder Schiffes zum Transport nicht einen Fracht- oder Beförderungsvertrag enthält, sondern lediglich einen Miet- und Dienstverschaffungsvertrag (RGZ 56, 360, 361; 82, 427, 429; 98, 327, 328; RG HRR 1926, 11). Gleiches gilt für die Verträge, bei denen der eine Unternehmer dem anderen eine Baumaschine (Bagger, Kran usw.) nebst Bedienung überlassen hatte (BGH Urteil vom 22. Mai 1968 - VIII ZR 21/66 - IM § 535 BGB Nr. 40 = VersR 1968, 779; KG NJW 1965, 976). In solchen Fällen ist das Bedienungspersonal in aller Regel nicht mehr Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe des Vermieters (hier: der verleihenden Be-

klagten), sondern des Mieters (hier: der Klägerin), weil er nunmehr allein dessen Weisungen bei der Ausführung seiner Arbeiten unterliegt; der Vermieter (hier: die Beklagte) haftet nur für das Verschulden, das ihm selbst bei der Gestellung des Fahrzeugs und bei der Auswahl des beschafften Dienstverpflichteten zur Last fällt, nicht aber nach § 278 BGB für die Fehler, die dieser bei der Ausführung der ihm aufgetragenen Arbeiten begeht.

bb) Der hier zu entscheidende Fall liegt allenfalls, insofern etwas anders als die bisher in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle, als bei diesen der Vermieter des Fahrzeugs, des Baugeräts usw. dem Mieter deshalb zugleich das Bedienungspersonal stellte, weil dieses allein nach dessen Gutdünken und jeweiligen Weisungen für ihn arbeiten sollte, zudem durchweg über mehrere Tage erstreckt. Infolgedessen lag dort der Gedanke fern, derjenige, der das Fahrzeug usw. stellte, habe in seiner Regie mit seinem Fahrzeug usw. und seinem Fahrer die Arbeiten ausgeführt, mit denen ihn der andere Teil (in Form eines Dienst- oder Werkvertrages, Auftrags, Frachtvertrages usw.) beauftragt habe. Im hier zu entscheidenden Fall war dagegen die Arbeit, die der Fahrer tun sollte, zeitlich, örtlich und dem Gegenstand nach genau abgegrenzt.

Das besagt aber nicht, daß die Auslegung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft sein müßte. Ohne Erfolg weist die Revision darauf hin, daß der Fahrer nach Verladung des Baggers auf den Tief-

lader nochmals auf dem Betriebsgelände der Beklagten anhielt, bevor er auf die Autobahn fuhr, und daß hierbei der Inhaber der Beklagten um den beladenen Tieflader herumgegangen war. Gerade auch dann, wenn die Beklagte der Klägerin ihren Tieflader lediglich unentgeltlich ausgeliehen hatte, hatte ihr Inhaber durchaus Anlaß, sich schon im eigenen Interesse persönlich davon zu überzeugen, ob der Bagger ohne Schaden für den Tieflader verladen worden war und transportiert werden konnte. Auch wenn die Beklagte der Klägerin nicht für gute Ankunft in Frankfurt haftete, war sie es, die den Verkehrs- und Polizeibehörden gegenüber verantwortlich war.

Wenn das Berufungsgericht die rechtlich mehrdeutige "Zur-Verfügung-Stellung" des Tiefladers in einem der Beklagten günstigen Sinne ausgelegt hat, so spricht dafür vor allem, daß sie dafür kein Entgelt erhalten sollte und, was besonders ins Gewicht fällt, daß die Klägerin und der Inhaber der Beklagten befreundet waren und sich schon des öfteren wechselseitig ausgeholfen hatten. Die Überführung des Baggers lag allein im Interesse der Klägerin, weil sie bei Benutzung des ihr von der Beklagten geliehenen Fahrzeugs wertvolle Zeit sparen konnte. Demgegenüber hatte die Beklagte an dem Transport kein wirtschaftlich bedeutsames Interesse, das erklären könnte, warum sie die Pflicht zum Transport des Baggers und damit das Risiko des Transports hätte auf sich nehmen sollen, zumal sie insoweit nicht versichert war. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte A. dem Inhaber

der Beklagten nicht angesonnen, dieser solle für die Klägerin ohne Bezahlung den Bagger nach Frankfurt transportieren. Er hat vielmehr lediglich gebeten, dieser solle es ihr durch Zurverfügungstellung des Tiefladers ermöglichen, so selbst ihren Bagger nach Frankfurt zu schaffen. Daß die Beklagte ihren Fahrer mitgegeben hat, ging nicht auf den Wunsch der Klägerin zurück, die notfalls den Tieflader durch einen eigenen Fahrer hätte steuern lassen können, sondern auf den Wunsch der Beklagten, die ihren ausgeliehenen Tieflader betreuen wollte. Dieser Wunsch der Beklagten kann aber nicht dazu führen, sie als Unternehmer der Fahrt anzusehen und für das Verschulden ihres Fahrers einstehen zu lassen. Für die Auslegung des Berufungsgerichts spricht nicht zuletzt auch, daß die Beklagte, wie das angefochtene Urteil feststellt, lediglich die Genehmigung besaß, betriebseigene Maschinen und Baugeräte mit ihrem Tieflader zu transportieren. Sie durfte daher den Bagger der Klägerin nicht nach Frankfurt fahren oder durch die Klägerin fahren lassen. Das konnte durchaus dagegen sprechen, daß sie den Transport für die Klägerin mit verpflichtender Kraft habe übernehmen sollen und wollen. Insoweit behauptet zwar die Revision, die Klägerin habe diese Einschränkung der Verkehrsgenehmigung für den Tieflader bestritten. Das steht indes in Widerspruch zu den Feststellungen im angefochtenen Urteil, deren Berichtigung das Berufungsgericht abgelehnt hat.

c) Muß somit von der vom Berufungsgericht für richtig gehaltenen Auslegung der Vertragsbeziehungen ausgegangen werden, so haftet die Beklagte nicht für das Verschulden des zweitbeklagten Fahrers (§ 278 BGB). Das wäre nur dann der Fall, wenn sie ihre Pflicht, der Klägerin einen geeigneten Fahrer zu stellen, verletzt hätte. Das aber hat das Berufungsgericht fehlerfrei verneint. Was hierzu die Revision vorbringt, geht fehl.

3. Auch eine Haftung der Beklagten nach § 851 BGB hat das Berufungsgericht in Fortführung seines Standpunkts, der zweitbeklagte Fahrer sei nicht Erfüllungsgehilfe der Beklagten gewesen, fehlerfrei verneint.

Die Beklagte war zwar, da sie weiterhin Arbeitgeber ihres Fahrers geblieben war, an sich dessen Geschäftsherr geblieben, mußte sich daher hinsichtlich der Auswahl des der Klägerin gesandten Gehilfen entlasten. Das aber hat sie nach Ansicht des Berufungsgerichts getan. Zudem hatte sich die Klägerin damit einverstanden erklärt, daß die Beklagte als Fahrer des Tiefladers den Zweitbeklagten schickte. Dann aber war es nicht mehr Sache der Beklagten, sondern der Klägerin, dem Zweitbeklagten für die Fahrt im einzelnen Weisungen zu geben und ihn sorgfältig anzuleiten (vgl. das erwähnte Urteil vom 22. Mai 1968).

II.

Die Revision hat auch insoweit, als sie sich gegen den Zweitbeklagten richtet, keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß der Zweitbeklagte gemäß § 823 BGB haftet, weil er unter Außerachtlassung der von ihm zu fordernden Sorgfalt versucht hat, trotz des hochgestellten Baggerstieles unter der Brücke durchzufahren. Diese Frage ist nicht mehr in Streit, auch nicht die Frage, ob der Zweitbeklagte etwa haftfrei sein könnte, weil er den Schaden in Ausführung einer gefahrengeneigten Arbeit nur leicht fahrlässig angerichtet habe. In der Revisionsinstanz ist nur noch darüber zu befinden, ob, wie das Berufungsgericht angenommen hat, auch der Baggerführer F. [REDACTED] an diesem Unfall schuldig ist, und zwar im gleichen Maße wie der Zweitbeklagte, und ob sich die Klägerin dessen Mitschuld anrechnen lassen muß (§§ 254, 278 BGB).

1. Vergeblich wendet sich die Revision gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß auch F. [REDACTED], mochte er auch nur zum Auf- und Abfahren des Baggers mitgeschickt worden sein, während der Fahrt darauf zu achten hatte, daß der Bagger ohne Schaden nach Frankfurt kam.

Es mag sein, daß für die Fahrt über die Autobahn der eigentlich Verantwortliche für einen schadlosen Transport der Zweitbeklagte gewesen war. Die Klägerin hatte F. [REDACTED] aber nicht nur zum Auf-

und Abladen des Baggers mitgeschickt, sondern auch deshalb, weil der Inhaber der Beklagten nur dann bereit gewesen war, seine Fahrzeuge und seinen Fahrer auszuleihen. F. ist sich seiner Mitverantwortung übrigens selbst bewußt gewesen: Er will, wie er ausgesagt hat, den Zweitbeklagten darauf aufmerksam gemacht haben, daß sie, nachdem sie gemeinsam den Baggerstiel aufgesetzt, damit aber auch aufgerichtet hatten, möglicherweise nicht mehr unter Brücken hindurch kämen. Ohne Rechtsfehler verlangt das Berufungsgericht deshalb von ihm, er hätte, falls der Zweitbeklagte auf diese Warnungen nicht hörte, die Weiterfahrt verhindern müssen, als sie sich der Brücke näherten. Auch er hat aber trotz der ihm gekommenen Bedenken geglaubt, unter ihr durchzukommen, und deshalb den Zweitbeklagten weiterfahren lassen.

Wenn das Berufungsgericht das Verschulden F. und des Zweitbeklagten als gleich schwer bewertet hat, so kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht dieses Mitverschulden F. der Klägerin angerechnet.

a) Nach Satz 2 des § 254 Abs. 2 BGB muß sich der Geschädigte das Mitverschulden der Personen anrechnen lassen, deren er sich bei Erfüllung seiner ihm gegenüber seinem Vertragspartner obliegenden Verbindlichkeit bedient. Diese Zurechnung setzt allerdings im vorliegenden Fall, in dem das Mitverschulden

F [REDACTED] schon bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hatte (Abs. 1 des § 254 BGB), voraus, daß zwischen der Klägerin und dem Zweitbeklagten bereits in jenem Zeitpunkt obligatorische Rechtsbeziehungen bestanden haben (BGHZ 1, 248; 3, 46, 50; 36, 329, 338). Mit Recht stützt sich jedoch das Berufungsgericht darauf, daß zwischen der Klägerin und dem Zweitbeklagten schon vor dem Schadensereignis vertragliche, zumindest vertragsähnliche Beziehungen bestanden haben. Der zwischen der Klägerin und der Erstbeklagten abgeschlossene Dienstverschaffungsvertrag verpflichtete den Zweitbeklagten, seine an sich der Erstbeklagten als seiner Arbeitgeberin geschuldeten Dienste an jenem Tage für die Fahrt nach Frankfurt der Klägerin zukommen zu lassen (vgl. § 328 BGB). Mag daher zwischen dieser und dem Zweitbeklagten auch nicht unmittelbar ein eigener Vertrag bestanden haben, so bestanden jedenfalls die der Klägerin aus dem Dienstverschaffungsvertrag zugewandten vertragsähnlichen Beziehungen (vgl. RGZ 164, 397, 399; Erman/Westermann, aaO § 328 Anm. 6 h). Solche reichen aber aus, um der Klägerin auch dem Zweitbeklagten gegenüber die in § 254 BGB verankerte "Pflicht" aufzuerlegen, im eigenen Interesse auf den gefahrlosen Transport ihres Baggers zu achten (BGHZ 9, 316, 318). Das hat der Senat sogar dann bejaht, wenn der Geschädigte nur insofern an dem zwischen anderen geschlossenen Vertrag beteiligt war, als er in den Schutzzweck dieses Vertrages einbezogen worden war (vgl. BGHZ 24, 325, 327 und Urteil vom 30. April 1968 - VI ZR 29/67 - VersR 1968, 673).

Das Berufungsgericht hat daher mit Recht angenommen, daß die Überwachung des Baggers darauf, ob er nicht unter zu niedrigen Brücken hängen bleibe, nicht nur Pflicht des Zweitbeklagten war, sondern auch zum Rechtskreis der Klägerin gehörte (vgl. BGHZ 24, 328). Sie hatte diese ihr obliegende Wahrnehmung ihres eigenen Interesses an einer Schadensverhütung ihrem Baggerführer, den sie dem Transport beigab, übertragen.

b) Es braucht daher nicht mehr geprüft zu werden, ob sich die Klägerin das Mitverschulden F [REDACTED] nicht auch gemäß § 831 BGB anrechnen lassen müßte (vgl. BGHZ 1, 248, 249; Senatsurteil vom 14. Oktober 1958 - VI ZR 107/57 - VersR 1958, 834). Einen Entlastungsbeweis für F [REDACTED] hat sie nicht angetreten.

Pehle

Dr. Bode

Dr. Weber

Nußgens

Sonnabend