

1. Gesetz: BGB § 203

Rechtssatz: Die Rechtsverfolgung kann auch dann durch höhere Gewalt im Sinne des § 203 BGB verhindert sein, wenn das Gericht über ein rechtzeitig eingereichtes Armenrechtsgesuch verzögerlich erst nach Ablauf der Verjährungsfrist entscheidet. Jedoch ist erforderlich, daß der Anspruchsberechtigte seinerseits jede nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt anwendet, um die Voraussetzung einer rechtzeitigen Rechtsverfolgung zu schaffen. Insbesondere muß er Auflagen des Gerichts in angemessener Frist nachkommen.

2. Gesetz: BGB § 328

Rechtssatz: Die vertragliche Schutz- und Fürsorgepflicht des Bauunternehmers ist auf die Familie des Bestellers zu erstrecken, in deren Lebensraum das Bauwerk errichtet wird.

3. Gesetz: BGB § 254

Rechtssatz: Die Einbeziehung der Familienangehörigen in den Vertragsschutz des Werkvertrages hat eine Anwendung der §§ 254, 278 BGB zur Folge, wenn dem Bauherrn oder seinem Erfüllungsgehilfen ein Mitverschulden zur Last fällt. Das gilt auch, soweit Schadensersatzansprüche der Familienangehörigen wegen mangelnder Sicherung des Bauwerks auf deliktischer Grundlage gestellt werden (Bestätigung und Erweiterung von BGHZ 9, 316).

Aktenzeichen: VI ZR 58/55

Urt. des BGH v. 8. Mai 1956 OLG Nürnberg

Verkündet
am 8. Mai 1956
Klett, Justizassistent
als Urkundsbeamter der
Gerchäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Baugeschäftsinhabers Max R. [REDACTED] in P. [REDACTED], B. [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revi-
sionsklägers,

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

gegen

die minderjährige Isolde K. [REDACTED] in P. [REDACTED] Nr. [REDACTED]
gesetzlich vertreten durch die Friseurgeschäftsinhaberin
Katharina A. [REDACTED] in P. [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revi-
sionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Mai 1956 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. Meiß und der Bundesrich-
ter Dr. Engels, Dr. Bode, Dr. Hauß und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg
vom 18. November 1954 aufgehoben.

Der Klageanspruch zu 1) wird in Abänderung des
Urteils der 1. Zivilkammer des Landgerichts Weiden
vom 19. Mai 1954 abgewiesen.

Zur erneuten Verhandlung und Entscheidung über
den Feststellungsantrag wird die Sache an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen. Diesem wird auch
die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits
einschließlich der Kosten der Revision übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

29

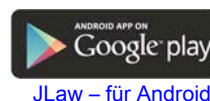
T a t b e s t a n d :

Der Vater der Klägerin errichtete im Jahre 1948 in P. ein Wohn- und Verwaltungsgebäude nebst Lagerhaus. Die Bauoberleitung hatte der Architekt L. Der mit der Durchführung der Maurerarbeiten beauftragte Beklagte war zugleich örtlicher Bauleiter. Nach Fertigstellung des Baues wurde der Bau einer Garage mit Pförtnerhaus auf dem Hofgrundstück in Angriff genommen. Die Pläne stellte wiederum der Architekt L. her, dem auch die Bauoberleitung übertragen wurde. Der Beklagte erhielt den Auftrag zur Ausführung der Maurerarbeiten. Zur Errichtung der nur 16 cm starken Außenwände der Garage wurden sogenannte "Beccosteine" verwendet, die der Bauherr selbst beschafft hatte. Bei Verwendung dieser Steine muß langsamer gemauert werden, weil der Mörtel nicht so schnell wie bei Ziegelsteinen abbindet. Da der Beklagte und seine Arbeiter keine Erfahrung in der Arbeit mit Beccosteinen hatten, kam es dazu, daß während der Errichtung der Außenwände eine Mauer teilweise einstürzte. Um einen erneuten Einsturz zu verhindern, brachten Arbeiter des Beklagten Stützen an den Wänden an. Die Bauarbeiten wurden im Frühjahr 1949 mit Beendigung der Maurerarbeiten eingestellt, weil der Vater der Klägerin in Geldschwierigkeiten geraten war. Am Karsamstag 1949 entfernten die Arbeiter des Beklagten die von ihnen angebrachten Stützbohlen, so daß das Bauwerk ohne Dach frei dastand.

Am 25. Mai 1949 stürzte die dem Hofraum zugewandte Mauer der Garage ein und begrub die sechsjährige Klägerin unter sich. Diese erlitt neben anderen Verletzungen einen Beckenbruch.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin hat den Beklagten sowohl aus dem Gesichtspunkt des Vertrages wie der unerlaubten Handlung verantwortlich gemacht. Sie wirft dem Beklagten vor, er habe nicht für die erforderliche Absicherung der Mauer Sorge getragen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag für den bis jetzt entstandenen immateriellen Schaden und als Schmerzensgeld zu zahlen,
2. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, allen weiteren Schaden aus dem Unfall zu tragen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er vertritt die Auffassung, er habe nach Beendigung der ihm übertragenen Maurerarbeiten keine Verpflichtung gehabt, für die Sicherung der Baustelle zu sorgen. Es sei Sache des Bauherrn und des verantwortlichen Architekten gewesen, die Bauarbeiten weiterzuführen und insbesondere die Errichtung des Dachstuhles zu veranlassen, der der Mauer die erforderliche Standfestigkeit gegeben haben würde. Die Mauer sei nach dem Plan des Architekten ausgeführt worden, der auch im Bauauftrag die Verwendung der Beccosteine vorgeschrieben habe. Der Bauplan sei von der Baupolizei beanstandet worden, der Architekt habe jedoch die Beanstandung nicht an ihn weiter gereicht. Der Beklagte hat sodann die Einrede der Verjährung geltend gemacht.

24

Die Klägerin hat sich gegenüber der Verjährungseinrede darauf berufen, daß durch die verzögerliche Behandlung ihres bereits am 20. Juni 1950 eingereichten Armenrechtsgesuchs eine Verjährungshemmung eingetreten sei.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 1 500 DM verurteilt und die beantragte Feststellung getroffen. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. mit der Revision verfolgt er das Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die Klageansprüche aus dem Rechtsgrund der unerlaubten Handlung für begründet angesehen. Mit Recht rügt die Revision, daß die Würdigung der Verjährungseinrede einer rechtlichen Prüfung nicht standhalten könne. Setzt man zunächst den für den Beginn der Verjährung entscheidenden Zeitpunkt (§ 852 BGB) mit dem Tag des Unfalls an, so sind Deliktsansprüche mit dem Ablauf des 25. Mai 1952 verjährt. Wird gemäß § 261 b Abs 3 ZPO der Zeitpunkt der Klagezustellung an den Beklagten auf den Tag der Einreichung der Klageschrift bei Gericht vorbezogen, so war der Anspruch an dem danach für die Unterbrechungswirkung maßgeblichen Tag, dem 30. Dezember 1952, bereits mehr als sieben Monate verjährt. Es fragt sich nur, ob der Ablauf der Verjährungsfrist gehemmt gewesen ist.

a) Die Zeit, in der die Klägerin wegen der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen ihres Vaters ohne gesetzlichen Vertreter war, kommt nicht in Betracht. Unstreitig ist

der Klägerin bereits im Jahre 1950 ein Pfleger für die Vermögensverwaltung bestellt worden. Die Voraussetzungen des § 206 BGB liegen also nicht vor.

b) Als weiterer Hemmungsgrund käme nur die Vorschrift des § 203 BGB in Betracht, die voraussetzt, daß der Berechtigte durch höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert war. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß die durch die Armut eines Klägers bedingte Unmöglichkeit, den Anspruch gerichtlich geltend zu machen, einen Fall höherer Gewalt im Sinne dieser Vorschrift darstellen kann, wenn sich der Kläger rechtzeitig um die Gewährung des Armenrechts bemüht und auch im übrigen die billigerweise zu verlangende Sorgfalt aufwendet, um die Voraussetzungen der Rechtsverfolgung zu schaffen. Dabei wird schon durch ein leichtes Verschulden des Klägers, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Prozeßbevollmächtigten die Annahme höherer Gewalt ausgeschlossen (BGHZ 17, 199 und die dort angeführten Entscheidungen).

In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Inhalt der zum Gegenstand der Verhandlung gemachten Armenrechtsakten folgendes:

Der Pfleger der Klägerin, Wirtschaftsprüfer Dr. jur. E. [REDACTED], reichte am 20. Juni 1950 beim Landgericht Weiden (Oberpfalz) ein Armenrechtsgesuch ein. Nachdem der Antragsgegner geantwortet hatte, nahm der Pfleger angeblich mit einem Schreiben vom 25. September 1950 Stellung, das sich allerdings nicht bei den Armenrechtsakten befindet. Das Gericht verfügte am 10. April 1951 die Weglegung der Akten. Mit Schreiben vom 21. März 1952 bat der Pfleger um Weiterverfolgung der Angelegenheit, nachdem er erfahren hatte, daß die Akten nicht mehr in Bearbeitung waren. Der Sachbear-

24

beiter gab mit Schreiben vom 28. März 1952 eine Anregung zur Änderung des Klageantrags und bat um Übersendung einer Abschrift des Schriftsatzes vom 25. September 1950. Er stellte gleichzeitig in Aussicht, daß nach weiterer Überprüfung eine Entscheidung über das Armenrechtsgesuch alsbald ergehen werde. Da kein Eingang vom Pfleger kam, wurde dieser auf Veranlassung des Landgerichts am 5. September und am 9. Oktober 1952 zur Rücksprache zum Amtsgericht vorgeladen, das ihn befragen sollte, ob und in welcher Form er das Armenrechtsgesuch aufrecht erhalte. Am 17. Oktober 1952 teilte der Pfleger zu Protokoll des Amtsgerichts mit, er habe die Sache nunmehr Rechtsanwalt R. [REDACTED] in W. [REDACTED] übergeben. Dieser reichte dann am 30. Dezember 1952 die Klageschrift ein und wiederholte seine Bitte, daß Armenrecht zu gewähren.

Der Würdigung des Berufungsgerichts, die verzögerte Sachbehandlung habe nur beim Gericht gelegen und den Pfleger treffe kein Verschulden, kann nicht zugestimmt werden. Für die Würdigung entscheidend ist ausschließlich die vom Beginn der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist, also vom 25. November 1951 an laufende Zeit. Nachdem der Pfleger über ein Jahr von der Sache nichts mehr gehört hatte, durfte er sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mehr darauf verlassen, das Armenrechtsgesuch sei noch in Bearbeitung und werde rechtzeitig vor Verjährungsablauf beschieden. Zu den Pflichten eines sorgsam Vermögensverwalters hätte gehört, die Sache im Auge zu behalten und das Gericht zu erinnern. Eine solche Erinnerung ist nun auch schließlich - 1 1/2 Jahre nach der angeblichen Einreichung des Schriftsatzes vom 25. September 1950 - erfolgt. Der Pfleger hat dann aber die Auflagen des Gerichts nicht erfüllt und nicht einmal einen Grund hierfür angegeben. Der Ladung zum Amtsgericht ist er erst nach der zweiten Aufforderung nachgekommen. Es ist auch nichts dafür vorgetragen, weshalb der angeblich vor dem 17. Okto-

ber 1952 beauftragte Anwalt, dessen Verschulden sich die Klägerin anrechnen lassen muß (BGHZ 17, 199), die Klageschrift erst am 30. Dezember 1952 eingereicht hat. Selbst wenn dem Gericht der Vorwurf fehlerhafter Sachbehandlung zu machen wäre, darf doch nicht übersehen werden, daß zum mindesten der Pfleger der Klägerin nicht diejenige Sorgfalt angewendet hat, die man bei der Verfolgung von Ansprüchen erwarten muß, die der baldigen Verjährung ausgesetzt sind. Nachdem der Pfleger davon Kenntnis erhielt, daß das Armenrechtsgesuch bisher nicht bearbeitet war, hätte er wenigstens auf die gerichtlichen Auflagen eingehen und insbesondere eine Abschrift des Schriftsatzes vom 25. September 1950 einreichen müssen. Das Berufungsgericht übersieht, daß die rechtzeitige Einreichung des Armenrechtsgesuches die Parteien nicht von weiterer Sorge befreit und daß die Annahme höherer Gewalt nur dann gerechtfertigt ist, wenn jede nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt angewandt ist (RGZ 163, 9 [187; RG DR 1940, 1186; OLG Celle, HRR 1935 Nr 654). Diese Voraussetzung ist von der Klägerin nicht dargetan.

Damit ist der Antrag zu 1) auf Zahlung eines zur Entschädigung des bis zur Klageerhebung entstandenen immateriellen Schadens zur Abweisung reif. Denn dieser Antrag war auf Beeinträchtigungen gestützt, die der Klägerin durch Schmerzen und Krankenhausbehandlung entstanden waren. Solche Beeinträchtigungen waren aber bei der Schwere der erlittenen Verletzungen unmittelbar nach dem Unfall voraussehbar, so daß der gesetzliche Vertreter der Klägerin im Sinne des § 852 BGB Kenntnis von dem Schaden hatte. Allenfalls könnte der Beginn der Verjährung um einige Tage bis zum Ergebnis der ersten ärztlichen Untersuchung hinausgerückt sein. Dadurch würde aber die Verjährung des Anspruchs nicht berührt.

II.

Der Feststellungsantrag umgreift den vermögensrechtlichen Schaden der Klägerin und den immateriellen Schaden, mit dem in Zukunft angeblich noch zu rechnen ist. Zur Begründung war insbesondere darauf hingewiesen worden, daß nach ärztlicher Begutachtung die Gebärfähigkeit der Klägerin infolge der Beckenverschiebung als sehr zweifelhaft erscheine. Gerade aus diesem Gesichtspunkt sollte mit dem Klageantrag zu 2) auch die Verpflichtung des Beklagten festgestellt werden, für den künftigen immateriellen Schaden der Klägerin einzustehen.

1. Soweit es sich um die vermögensrechtlichen Folgen handelt, würde die Verjährung nicht eingetreten sein, wenn der Schadensersatzanspruch auch aus dem Gesichtspunkt des Vertrages begründet wäre. Es ist anerkanntes Recht, daß Schadensersatzansprüche, die nicht auf einen Mangel des Werkes selbst, sondern darauf gestützt werden, daß durch Außerachtlassung der Sorgfaltspflicht des Werkvertrages ein Personenschaden eingetreten ist, der 30-jährigen Verjährung unterliegen (BGB RGRK 10. Aufl Anm 1 zu § 638 BGB). Konkurrieren in einem solchen Fall Delikts- und Vertragsansprüche, so gilt für jeden Fall eine besondere Verjährungsfrist (vgl BGHZ 9, 301).

2. Die Klägerin ist nun nicht Vertragspartnerin des Beklagten gewesen. Es bestand aber gegenüber dem Vater der Klägerin die vertragliche Pflicht des Beklagten als Werkunternehmers, das Werk so auszuführen, daß von diesem keine Gefährdung für Leib und Leben des Vertragsgegners ausgehen konnte. Diese Verpflichtung ist nach Treu und Glauben auf die Familienangehörigen des Vertragsgeg-

ners zu erstrecken, zu deren Nutzung Wohnung und Nebengebäude bestimmt waren und in deren Lebensraum die Bauwerke entstanden. Es liegt einer der Fälle vor, in denen die Schutz- und Fürsorgepflicht eines Vertrages sich nach dessen Zweck nicht auf den Vertragsgegner beschränkt (vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1954, § 35 I 1). Insbesondere ist auf die Entscheidung RGZ 127, 218 hinzuweisen, in der es das Reichsgericht in Anwendung des § 328 BGB billigt, daß die aus dem Werkvertrag abzuleitende Pflicht des Unternehmers der Sicherung vor Gefahren beim Einbau einer Gasuhr auch gegenüber den in Hausgemeinschaft mit dem Besteller lebenden Dienstboten gilt. Ähnlich hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 21. September 1955 - VI ZR 118/54 - die Betriebsangehörigen eines Unternehmers, der mit einer Strafanstalt einen Vertrag über die Beschäftigung von Gefangenen im Betrieb abgeschlossen hatte, in den Schutz dieses Vertrages einbezogen (LM Nr 5 zu § 157 (D) BGB = BB 1955, 1107 mit zustimmender Anmerkung Köpke, ablehnend Wussow, Informationen 1955, 215). Entsprechend ist auch die vertragliche Sorgfalts- und Obhutspflicht des Bauunternehmers, der neben dem Hofraum eines Hauses eine Mauer für eine zum Haus gehörige Garage aufführt, auf die Familienangehörigen des Bestellers zu erstrecken, die Haus und Hof benutzen. Um ihren Schutz muß sich der Unternehmer im Rahmen ordnungsmäßiger Vertragserfüllung in gleicher Weise kümmern wie um den Schutz des Bestellers selbst. Individuelle Besonderheiten, die zu einer anderen Beurteilung führen könnten, sind von den Parteien, die zur Frage der entsprechenden Anwendung des § 328 BGB Stellung genommen haben, nicht vorgetragen worden.

29

3. Das Berufungsgericht hat -, allerdings unter dem Blickwinkel der Deliktshaftung - die Frage bejaht, daß der Einsturz der Mauer und die dadurch eingetretene Körperverletzung der Klägerin auf ein fahrlässiges Verhalten des Beklagten zurückzuführen sei. Da ein solches Verschulden den Vorwurf einer fahrlässigen Vertragsverletzung einschließt, ist die von der Revision erbetene rechtliche Überprüfung dieser Ausführungen erforderlich. Ihnen ist im Ergebnis zuzustimmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte verantwortlicher örtlicher Leiter des Garagenbaues gewesen ist. Schon als der mit der Herstellung des Mauerwerks der Garage beauftragte Bauunternehmer hatte er dafür Sorge zu tragen, daß die Mauer genügend standfest errichtet wurde. Über die besondere Arbeitsweise, die bei der Verwendung von Beccosteinen erforderlich ist, hatte er sich zu erkundigen. Dem Beklagten war es nach der Feststellung des Berufungsgerichts bekannt, daß eine aus diesen Steinen errichtete Mauer teilweise umgefallen war und daß seine Leute es für erforderlich gehalten hatten, die Mauer abzustützen, um der Gefahr eines erneuten Einsturzes vorzubeugen. Wenn der Beklagte darauf vertraute, die Aufsetzung des Dachstuhls werde der Mauer die erforderliche Standfestigkeit geben, so war er bis dahin seiner Verantwortung gegenüber dem Bauherrn nicht enthoben, zumal er - wie aus seinem Vorbringen im Armenrechtsverfahren zu entnehmen ist - selbst nicht davon ausging, daß sich die Dachstuhlarbeiten unmittelbar anschlossen. Mit Recht hat das Berufungsgericht eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darin gesehen, daß der Beklagte bei Abschluß seiner Arbeiten die Entfernung der Stützbohlen durch seine Leute duldete und es auch nicht für erforderlich hielt, den Bauherrn auf den Gefahrenzustand oder die Notwendigkeit von Sicherungsmaßnahmen aufmerksam zu machen (vgl auch Urteil

des erkennenden Senats vom 23. September 1953 - VI ZR 140/52 - = LM Nr 2 zu § 823 (B b) BGB). Der Beklagte ist daher aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung der Klägerin schadensersatzpflichtig.

4. Eine abschließende Entscheidung über den Feststellungsantrag der Klägerin ist dem Senat nicht möglich. Das Berufungsg. richt hat es nämlich unterlassen, auf den Einwand einzugehen, dem Architekten L. [REDACTED] falle ein Mitverschulden bei der Entstehung des Schadens zur Last, das sich die Klägerin anrechnen lassen müsse. Hierzu ist folgendes zu sagen:

Ist ein Schaden dadurch entstanden, daß mehrere Personen die ihnen obliegenden Vertragspflichten verabsäumt haben, so kann sich grundsätzlich der einzelne zu seiner Entlastung nicht auf das Mitverschulden des andern berufen (vgl. RGZ 123, 216 [222]). Hätte der Architekt bei der bautechnischen Planung oder bei der fachlichen Überwachung der Bauausführung Fehler begangen, so würden Architekt und Bauunternehmer möglicherweise als Gesamtschuldner haftbar sein, dagegen wäre der Beklagte nicht berechtigt, aus solchen Fehlern des Architekten eine Minderung der aus seiner eigenverantwortlichen Unternehmertätigkeit folgenden Schadensersatzpflicht herzuleiten. Anders wäre es, wenn der Architekt eine baupolizeiliche Beanstandung an den Beklagten als Bauunternehmer nicht weitergeleitet hätte. Denn bei der Erwirkung der Baugenehmigung und beim Empfang der Auflagen und Beanstandungen der Baupolizei vertritt der Architekt den Bauherrn, so daß die Rechtslage nicht anders beurteilt werden kann, als wenn der Bauherr selbst das Schreiben der Baupolizei erhalten und seine Weiterleitung unterlassen hätte. Insoweit war der Architekt im Rahmen des

Werkvertrages Hilfsperson des Bauherrn, so daß die Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB gerechtfertigt ist. Da ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen als gesetzlichen Vertreter aber auch der Klägerin zuzurechnen wäre, könnte eine Kürzung ihres Schadensersatzanspruches in Betracht kommen, wenn sich das Vorbringen des Beklagten zu diesem Punkt als richtig erweist. Die Einbeziehung der Klägerin in den geschützten Vertragsbereich bringt es mit sich, daß diese mit der Erweiterung ihres Rechtsschutzes auch die damit verbundenen Rechtsnachteile - Anrechnung des Mitverschuldens des gesetzlichen Vertreters und dessen Erfüllungsgehilfen - in Kauf nehmen muß (vgl. BGH NJW 1952, 1050 [1053]; BGHZ 9, 316 [318]).

5. Das gilt auch, soweit die Klägerin aus der Verletzung einen Schmerzensgeldanspruch gemäß § 847 BGB herleitet. Zwar hat der Bundesgerichtshof, der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend, die Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 Abs 1 BGB abgelehnt, wenn vor dem Schadenseintritt zwischen Schädiger und Geschädigtem kein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis bestand (BGHZ 1, 248). Hieran fehlt es nun in der Regel bei deliktischen Schädigungen. Der erkennende Senat hat aber bereits in dem Urteil BGHZ 9, 316 das Nähere ausgeführt, daß schon das Bestehen einer aus der Anwendung des § 328 BGB abgeleiteten vertraglichen Schutzpflicht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten ausreichend ist, um dem Geschädigten ein Mitverschulden des gesetzlichen Vertreters bei der Schadensentstehung anzurechnen, wobei es - ebenso wie in dem Fall des § 254 Abs 2 BGB - nicht darauf ankommt, ob der Schadensersatzanspruch auf Vertrag oder unerlaubte Handlung gestützt wird. Auch hier gilt, daß die Erweiterung des Rechtsschutzes der

Klägerin, wie sie durch Erstreckung der Schutzpflichten des Werkunternehmers ihr gegenüber erfolgt, nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Klägerin auch für das Verschulden ihres gesetzlichen Vertreters und dessen Erfüllungsgehilfen einstehen muß. Das gilt - angesichts des vor dem Schadenseintritt bestehenden vertragsähnlichen Verhältnisses - auch dann, wenn, wie es bei dem Schmerzensgeldanspruch der Fall ist, der Klageanspruch nur auf die §§ 823 ff BGB gestützt werden kann.

6. Dem Einwand des Mitverschuldens kommt also sowohl bei dem vermögensrechtlichen wie bei dem nichtvermögensrechtlichen Schaden Bedeutung zu. Das Berufungsgericht wird insoweit die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben, an denen es bisher fehlt.

Es ist aber auch deshalb eine Zurückverweisung der Sache erforderlich, weil wegen des künftigen nichtvermögensrechtlichen Schadens die Frage der Verjährung noch nicht abschließend entschieden werden kann. Ist es richtig, daß sich erst durch eine spätere ärztliche Begutachtung die Beschränkung der Gebärfähigkeit der Klägerin herausgestellt hat, so kann es sich insoweit um einen besonderen, zunächst nicht vorhersehbaren Schaden handeln. Als- dann würde die Verjährungsfrist für den aus dieser Folge abzuleitenden Schadensersatzanspruch erst in einem späteren Zeitpunkt, nämlich mit der Kenntnis dieses Schadens, zu laufen beginnen (vgl BGB RGRK 10. Aufl Anm 4 a zu § 852 BGB; RGZ 119, 204).

24

7. Da über den Feststellungsanspruch noch nicht entschieden werden kann, mußte die Sache insoweit an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Senatspräsident Prof.Dr.
Meiß ist erkrankt.

Dr. Engels

Dr. Engels

Dr. Bode

Dr. Haus

Erbel