

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 21/69

URTEIL

Verkündet am
18. Dezember 1970

in dem Rechtsstreit

Hirth
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Kauffrau Liselotte K [REDACTED] geb. K [REDACTED]
in B [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Clara L [REDACTED] geb. R [REDACTED] in B [REDACTED],
E [REDACTED],
2. Frau Elsa V [REDACTED] geb. L [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED],
3. Frau Hildegard H [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED],
4. Helmut H [REDACTED] in B [REDACTED] K [REDACTED],
5. Frau Hildegard K [REDACTED] geb. K [REDACTED]
in B [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Hill, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 15. November 1968 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ließ Anfang September 1964 auf ihrem Grundstück K [REDACTED] / Ecke J [REDACTED]-S [REDACTED] Straße eine Baugrube für die Errichtung eines Mietshauses ausheben. Die Grube wurde so weit ausgehoben, daß ihre Sohle um mindestens 1,4 m, teilweise sogar bis zu 3 m tiefer lag als das Fundament des den Klägern gehörenden Nachbarhauses K [REDACTED]. Die von ihr beauftragte Firma R [REDACTED] & Co. beschränkte sich nicht auf die Ausschachtung, sondern begann auch auf dem Grundstück der Kläger mit Arbeiten zur Unterfangung der Giebelmauer, ohne die Zustimmung der Kläger

eingeholt zu haben, obwohl der von der Beklagten beauftragte Architekt K. die Baufirma in Gegenwart der Beklagten angewiesen hatte, dies vorher zu tun.

Nachdem der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung verboten worden war, die Arbeiten fortzusetzen, fand am 11. September 1964 unter den Parteien eine Besprechung statt, an der für die Kläger ihr Prozeßbevollmächtigter teilnahm. Er entwarf einen schriftlichen Vertrag, demzufolge die Kläger der Beklagten gegen Zahlung von 5 000 DM gestatteten, unter der Giebelwand bzw. Kellersohle des Anwesens der Kläger Ausschachtungs- und Auffangarbeiten in Verfolg der Vertiefung des Grundstücks der Beklagten durchzuführen. Diese Arbeiten waren mit der größten Sorgfalt derart auszuführen, daß eine Senkung des Mauerwerks der Kläger vermieden wird (Nr. 1). Außerdem hieß es in dem Entwurf:

"2) Frau K. übernimmt für alle durch obige Arbeiten etwa an dem Haus K. entstehenden Schäden für die Zeit von 6 Jahren die Garantie".

Die Beklagte unterzeichnete einige Tage später die Vertragsurkunde, nachdem sie unter Nr. 2 das Wort "entstehenden" durch "entstandenen" und die Worte "die Garantie" durch die Worte "nach gesetzlicher Vorschrift die Schadensersatzverpflichtung" ersetzt hatte. In dieser Form wurde der Vertrag auch namens und in Vollmacht der Kläger unterzeichnet; ihr Prozeßbevollmächtigter schrieb unter dem 7. Oktober 1964 in diesem Zusammenhang an die Beklagte:



"..... Ich bemerke, daß der von Ihnen gewählte Ausdruck "Schadensersatzverpflichtung" anstatt "Garantie" zum mindesten vorliegend keine rechtliche und sachliche Bedeutung haben dürfte..... Nachdem ein Schaden inzwischen bereits eingetreten ist..... bedeutet die Schadensersatzverpflichtung das gleiche wie die Übernahme einer Garantie ...".

Bei dem in diesem Brief erwähnten Schaden handelte es sich um Risse an der Außenwand und im Innern des Hauses der Kläger, worauf die Beklagte schon am 12. September 1964 von den Klägern aufmerksam gemacht worden war. Die Unterfangungsarbeiten unter dem Haus der Kläger wurden durchgeführt; inzwischen ist der Neubau auf dem Grundstück der Beklagten erstellt.

Durch (rechtskräftiges) Urteil vom 3. Juni 1966 ist die Beklagte verurteilt worden, an die Kläger 5 568,29 DM nebst Zinsen als Ersatz der Kosten zu zahlen, die durch die inzwischen vorgenommene Beseitigung eines Teils der Schäden entstanden waren. In einem auf Antrag der Kläger eingeleiteten Beweissicherungsverfahren hat Regierungsrat a.D. Dipl.-Ing. Br. [REDACTED] am 14. Oktober 1966 ein Gutachten u.a. zu der Frage erstattet, welche Schäden, die auf Unterfangungsarbeiten der Beklagten zurückzuführen sind, an dem Grundstück der Kläger, insbesondere an seinem Mauerwerk und in seinen Wohnungen, noch bestehen, und welche Kosten voraussichtlich für ihre Beseitigung aufzuwenden sind. Im Hinblick auf dieses Gutachten verlangten die Kläger von der Beklagten die Zahlung von 16 800 DM. Da die Beklagte dies ablehnte, haben die Kläger die vorliegende Klage erhoben.

Sie haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 16 800 DM an sie zu zahlen.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und erwidert, der schriftliche Vertrag vom September 1964 sei nur dann eine Grundlage für Ansprüche der Kläger gegen sie, wenn sie oder ihre Beauftragten irgendwelche Schäden an dem Hause der Kläger schuldhaft verursacht hätten. Das sei nicht der Fall.

Durch das am 10. März 1967 verkündete Zwischenurteil hat das Landgericht den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen hat die Beklagte mit dem Ziel der Klagabweisung Berufung eingelegt. Die Kläger haben Anschlußberufung eingelegt und beantragt,

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihnen auch diejenigen Kosten der Beseitigung der durch die Unterfahmung ihres Grundstücks K. [REDACTED] in B. [REDACTED] entstandenen Schäden zu ersetzen, welche die Schätzung des Sachverständigen Dipl.-Ing. Br. [REDACTED] in seinem in dem Beweissicherungsverfahren 7 H 19.66 des Amtsgerichts Charlottenburg erstatteten Gutachten vom 14. Oktober 1966 übersteigen.

Beide Parteien haben ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt. Das Kammergericht hat das Rechtsmittel der Beklagten zurückgewiesen und dem mit der Anschlußberufung verfolgten Feststellungsbegehren entsprochen.

Die Beklagte hat sich gegen dieses Urteil mit der Revision gewandt. Sie verfolgt weiterhin die Abweisung der Zahlungs- und Feststellungsklage. Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

A) Das Kammergericht hat zur Berufung der Beklagten in der Hauptbegründung ausgeführt: Die Beklagte hafte für die Beschädigungen auf Grund des im September 1964 geschlossenen Vertrages (im folgenden nur Vertrag genannt). Die Annahme der Vertragshaftung habe zur Folge, daß die Beklagte auch für das Verschulden des Statikers, des Architekten, des Bauunternehmers und seiner Arbeitskräfte gemäß § 278 BGB einzustehen habe; das Verschulden der Erfüllungsgehilfen der Beklagten sei zu vermuten; das Fehlen eines Ursachenzusammenhangs müsse die Beklagte beweisen. Das sei ihr nicht gelungen.

B) 1. Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht habe gegen §§ 160, 161, 286, 313 Abs. 1 Nr. 3, 355 ZPO verstoßen. Es habe durch den Beweisbeschluß vom 24. Oktober 1967 die Erhebung eines Sachverständigengutachtens zu verschiedenen Beweisfragen angeordnet. Gemäß Nr. II des Beweisbeschlusses sollten vier von der Beklagten benannte Zeugen dem Sachverständigen auf Verlangen alle gewünschten Auskünfte über die zur Vermeidung von Schäden geplanten und durchgeführten Arbeiten

erteilen und sich auf Wunsch des Sachverständigen zu einem Ortstermin einfinden. Für zwei weitere Zeugen habe das Berufungsgericht durch Ergänzungsbeschluß vom 28. November 1967 das gleiche angeordnet. Der Sachverständige Baumeister Ne[REDACTED] habe die Zeugen zu dem von ihm veranstalteten Ortstermin am 16. März 1968 geladen, die Zeugen seien - mit Ausnahme des Bauunternehmers N[REDACTED] - im Termin erschienen. Der Sachverständige habe die Zeugen und die ebenfalls erschienenen Parteien vernommen und sein Gutachten auf die vor ihm gemachten Aussagen gestützt. Das Berufungsgericht sei dem Gutachten zum Nachteil der Beklagten gefolgt. Irgendwelche Niederschriften über die Zeugen- und Parteiaussagen vor dem Sachverständigen lägen nicht vor.

2. Der Angriff hat Erfolg. Die Beweiswürdigung des Berufungsrichters verstößt gegen § 286 ZPO.

Grundsätzlich hat der Richter selbst den rechtlich zu beurteilenden Sachverhalt festzustellen, während es dem Sachverständigen verwehrt ist, von sich aus Zeugen oder Parteien über wesentliche Streitpunkte zu vernehmen (BGHZ 23, 207, 213; 37, 389, 393 ff; Urteile des Senats vom 27. April 1965 - V ZR 245/62 S. 13 und vom 29. Mai 1970 - V ZR 24/68, NJW 1970, 1919, 1921). Ein Übereinandergreifen der Tätigkeit des Sachverständigen und der des Richters läßt sich allerdings nicht immer vermeiden, weil weder der Richter noch der Sachverständige vor Erstattung des Gutachtens stets vorausschauen können, welche Tatsachen der Sachverständige seinem Gutachten zugrunde legen muß. Der Richter darf aber bei der Würdigung und Verwertung des Gutachtens

dem Sachverständigen dann nicht ohne weiteres folgen, wenn das Gutachten auf Tatsachen beruht, deren Feststellung nach den Grundlagen des Verfahrensrechts dem Richter obgelegen hätte (BGHZ 37, 389, 394; BGH Urteil vom 12. Januar 1967 - III ZR 25/66 S. 13).

Im vorliegenden Fall hat der Berufungsrichter in den Beweisbeschlüssen den Sachverständigen auf sechs von den Parteien benannte Personen verwiesen, die ihm als Zeugen auf Verlangen Auskunft erteilen und sich auf seinen Wunsch auch zu einem Ortstermin einfinden sollten. Von dieser Befugnis hat der Sachverständige Gebrauch gemacht; er hat die Zeugen und die Parteien gehört und ihre Bekundungen seinem Gutachten zugrunde gelegt, ohne jeweils anzugeben, welcher Zeuge oder welche Partei was erklärt hat. Gegen das Vorgehen des Gerichts und des Sachverständigen haben die Parteien - wenigstens zunächst - keinen Widerspruch erhoben.

Zu der Frage, ob bei der Planung und Ausführung aller Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten und unter der Kellersohle der Kläger seit dem 11. September 1964 mit der zur Vermeidung von Schäden erforderlichen Sorgfalt vorgegangen worden sei, hat der Sachverständige Neuschütz dargetan, man sei - mindestens im Anfangsstadium - nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen. "Nach den Aussagen und vor allem aus den bauaufsichtsamtlichen Unterlagen" sei zu entnehmen, daß die Arbeiten anfangs zum mindesten nicht sorgfältig genug hergestellt wurden, so daß bei der Giebelwand Setzungen (Risse), die sich, durch den konstruktiven Verband eines Bauwerks bedingt, zwangsläufig

auch auf andere nicht direkt betroffene Bauteile fort-pflanzen, auftreten konnten; das Vorhandensein solcher Schäden sei "unstreitig". Die Planung habe die sich ergebenden Notwendigkeiten bei den Bauarbeiten nicht genügend berücksichtigt, wodurch die Standsicherheit des Gebäudes der Kläger gefährdet wurde. Diese Beeinträchtigung habe wegen des Fehlens "diesbezüglicher Pläne und sonstiger Anweisungen, der dazu gehörigen statischen Berechnung usw. nicht vermieden werden" können. Aus dem Schreiben des Prüflingenieurs Brandt an die Bauaufsicht vom 24. November 1964 sei zu entnehmen, daß der Statiker in einem 4. Nachtrag beim Nachweis der Standsicherheit auch für den Fall, daß die Giebelwand der Beklagten nur bis zur Kellersohle allein ohne Kellerdecke stehen bleibt, gescheitert ist.

In ihrer Stellungnahme zu dem Gutachten hat sich die Beklagte gegen die Annahme eines Ursachenzusammenhangs zwischen ihren Baumaßnahmen und den festgestellten Schäden gewandt und insbesondere bestritten, daß sie, die Beklagte, ein Verschulden treffe. Sie hat sich zur Erhärtung ihrer behaupteten Schuldlosigkeit auf das Zeugnis des - vom Sachverständigen gehörten - Prüflingenieurs Brandt u.a. dafür berufen, daß die Brandmauer der Kläger "nach übereinstimmender Feststellung aller Sachverständigen keinerlei Risse aufgewiesen hat und daß die Baupolizei nach Durchführung einiger Sicherungsmaßnahmen den Weiterbau gestattet hat". Der Berufungsrichter hat diesen Beweis - ohne Angabe von Gründen - nicht erhoben. Er weist auf das vom Sachverständigen Neuschütz "im wesentlichen" unter "Bezugnahme auf die Akten des Bauaufsichtsamts" erzielte Er-

gebnis hin, daß die Planung der Arbeiten auf dem eigenen Grundstück der Beklagten und unter dem Haus der Kläger mangelhaft gewesen sei. Der Tatrichter geht sodann von einem "nach den Umständen" zu vermutenden Verschulden der Beklagten aus und stellt ohne Begründung fest, sie habe den Beweis, daß "die entstandenen Schäden nicht die Folge schuldhafter Verletzung" von Sorgfaltspflichten gewesen seien, nicht führen können. Die Revision rügt danach zu Recht, daß das Berufungsgericht sich insoweit mit der Tatsachenfeststellung des Sachverständigen begnügt und Brandt vor Gericht nicht als Zeugen vernommen hat (vgl. BGHZ 23, 207, 215; RGJW 1903, 66, 67; Wilden, LM ZPO § 144 Nr. 2 Anm.). Da das Berufungsurteil auf diesem Verfahrensfehler beruhen kann, muß es bereits deshalb aufgehoben werden. Auf die weiteren Verfahrensrügen kommt es nicht mehr an.

C) Da der Erfolg der vorstehend behandelten Rüge nur zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung führen kann, bedarf es noch eines Eingehens auf die wegen Verletzung materiellen Rechts erhobenen Rügen mit Rücksicht darauf, daß diese möglicherweise schon jetzt zu einer endgültigen Entscheidung zugunsten der Beklagten führen könnten. Das ist indessen nicht der Fall.

1. Entgegen der von der Revision vertretenen Meinung unterliegt die Auffassung des Berufungsrichters keinen rechtlichen Bedenken, die Beklagte habe die Kläger für Beschädigungen infolge der Ausschachtungs- und

Unterfangungsarbeiten nach Abschluß des Vertrags unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu entschädigen. Der Tatrichter hat auf Grund der Nr. 1 des Vertrags, in dem die Beklagte "größte Sorgfalt" zusagte und eine Senkung des nachbarlichen Mauerwerks zu verhindern versprach, festgestellt, daß die Beklagte für etwaige Beschädigungen des Nachbarhauses die Haftung in dem Sinne zu übernehmen erklärt hat, daß sie auch auf vertraglicher Grundlage für die Schäden eintreten wollte, für die sie schon kraft Gesetzes eintreten muß. Damit hat sie nicht, wie die Revision meint, (im Ergebnis) eine "Garantie für die Sorgfalt des Architekten, des Statikers, des Bauunternehmers und seiner Leute" übernommen. Die Revision würdigt den Sachverhalt im Gegensatz zum Tatrichter dahin, daß die Beklagte in Nr. 1 des Vertrags lediglich die gesetzliche Verkehrssicherungspflicht und die ohnehin bestehende Deliktshaftung nach §§ 823, 831 BGB bestätigt habe. Die Revision überschreitet damit die ihr verfahrensrechtlich gezogenen Grenzen. Ein Widerspruch ist in den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu erblicken. Die Revision verkennt, daß sich die Ausführungen Bl. 13 des Berufungsurteils auf Nr. 2 des Vertrags beziehen.

2. Der Revision kann weiterhin darin nicht gefolgt werden, daß Nr. 2 des Vertrags (Schäden aus vorvertraglichen Arbeiten) eindeutig (und damit nicht auslegungsfähig) in dem Sinne sei, daß die Beklagte eine vertragliche Garantie für die Sorgfalt der anderen Baubeteiligten nicht übernehmen sollte. Der Tatrichter hat dargelegt, inwieweit der Text dieser Vertragsstelle der

Klarheit ermangelt und was die Vertragspartner nach den Umständen zum Ausdruck bringen wollten. Die Ausführungen des Berufungsrichters lassen einen Rechtsverstoß nicht erkennen. Seine Auslegung ist möglich; sie bindet daher das Revisionsgericht auch insoweit, als der Tatrichter angenommen hat, die durch die einstweilige Verfügung an der Fortsetzung der Bauarbeiten gehinderte Beklagte habe sich zum Ersatz der durch die bisherigen Arbeiten entstandenen Schäden ohne Rücksicht auf die Verschuldensfrage verpflichten wollen.

3. Da nach der Erörterung zu 1 die Beklagte Vertragspflichten gegenüber den Klägern eingegangen ist, begegnet die Feststellung des Tatrichters keinen rechtlichen Bedenken, daß die Beklagte sich zur Erfüllung der Pflicht, eine Senkung des nachbarlichen Mauerwerks zu verhindern, des Statikers, Architekten und Bauunternehmers (und seiner Arbeitskräfte) bediente. Daß diese daneben auch einer eigenen Vertragsverpflichtung gegenüber der Beklagten nachkamen, schließt die Anwendung des § 278 BGB nicht aus. Die Einstandspflicht des Schuldners für seinen Gehilfen ist von dem (Innen-)Verhältnis, in dem beide zueinander stehen, unabhängig. Für die Eigenschaft der hier in Betracht kommenden Dritten als Erfüllungsgehilfen ist allein ihre Funktion und Aufgabe innerhalb des Schuldverhältnisses der Parteien entscheidend. Der Dritte ist Erfüllungsgehilfe, wenn er eine beliebige Vertragspflicht des Schuldners zu erfüllen hat (vgl. Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 278 Rdn. 2). Diese Voraussetzungen hat der Berufungsrichter rechtsirrtumsfrei bejaht. Sein Standpunkt läuft auch nicht auf die Annahme einer all-

gemeinen Gehilfenhaftung im nachbarrechtlichen Verhältnis hinaus, wie die Revision meint.

4. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe § 287 ZPO verletzt; es habe verkannt, daß über die Frage des Ursachenzusammenhangs ohne Rücksicht auf die Beweislast zu entscheiden sei. Da es um die Frage geht, ob das schadenstiftende Ereignis den, der Ersatz begehrt, überhaupt betroffen hat, und es somit um den konkreten Haftungsgrund geht, ist § 286 ZPO maßgebend (vgl. BGHZ 4, 192, 196; Senatsurteile vom 24. Januar 1969 - V ZR 102/65, WM 1969, 403, und vom 28. Januar 1970 - V ZR 7/67, WM 1970, 406, 407).

5. Soweit die Revision den Standpunkt des Berufungsgerichts bekämpft, die Vertragshaftung der Beklagten habe zur Folge, daß sie sich hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs und Verschuldens entlasten müsse, bedarf es keiner Erörterung der auf §§ 286, 411 Abs. 3 ZPO, 282 BGB gestützten Rügen. Auch wenn sie begründet wären, könnte dies eine endgültige Entscheidung zugunsten der Beklagten nicht herbeiführen. Die Revision meint insoweit, die entsprechende Anwendung des § 282 BGB, die für die Fälle der positiven Vertragsverletzung bei bestimmten Vertragstypen von der Rechtsprechung für richtig gehalten werde, sei im vorliegenden Fall nicht angängig. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Neuschütz seien Schäden am Hause der Kläger schon vor den Bauarbeiten der Beklagten vorhanden gewesen. Es fehle für die entsprechende Anwendung des § 282 BGB sowohl das Merkmal der im Gefahrenbereich des Schuldners liegenden Ursache als auch der

typischen Folge. Selbst wenn das Berufungsgericht die Beweislast unrichtig verteilt hätte, müßte nunmehr die von ihm offengelassene Frage geprüft werden, ob die Kläger ein Verschulden der Beklagten bewiesen haben. Es müßte ferner die erhobenen Beweise daraufhin würdigen, ob die Kläger den Ursachenzusammenhang bewiesen haben. Die Rügen der Beklagten könnten im Erfolgsfall also auch nur zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur weiteren Verhandlung und Entscheidung führen.

D) Soweit die Revision die Hilfsbegründung des Kammergerichts über die Deliktshaftung der Beklagten angreift, erübrigt sich angesichts des Ergebnisses, zu dem die revisionsrechtliche Würdigung der Hauptbegründung geführt hat, eine Prüfung dieser Rügen. Im übrigen ist eine Nachprüfung der zusätzlichen Begründung deshalb nicht geboten, weil der Senat für den Fall, daß die Hilfserwägung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden wäre, die Revision gleichwohl nicht - teilweise - zurückweisen könnte. In der Hilfsbegründung geht es, wie der Berufungsrichter wiederholt betont, nur um die Schäden, für welche allein die "vor dem Vertragsschluß" der Parteien (BU 21, 28) ausgeführten Arbeiten der Beklagten ursächlich waren. Den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hat der Tatrichter, worauf auch die Revision hinweist, nicht festgestellt; er hat den Zeitpunkt ausdrücklich offengelassen. Der Senat wäre aber im Falle einer (endgültigen) Teilentscheidung zugunsten der Kläger gehalten, das Grundurteil des Landgerichts zu bestätigen, soweit Ersatz für Schäden aus den bis zu einem bestimmten Datum geleisteten Arbeiten

der Beklagten gefordert wird. Das wäre ihm aus dem angegebenen Grund nicht möglich.

II.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht der Anschlußberufung stattgibt, bezieht sich auf die Würdigung, die es der Berufung der Beklagten hat zuteil werden lassen und die nach den vorstehenden Ausführungen der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht standhält. Deshalb muß das Berufungsurteil auch insoweit aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Der Beklagten steht es frei, die weiteren Bedenken, die sie gegen die sachlich-rechtliche Begründung des Berufungsurteils noch vorgebracht hat, dem Berufungsgericht vorzutragen.

Dr. Augustin

Rothe

Hill

Offterdinger

Dr. Grell