



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

V ZR 241/04

vom

25. Oktober 2005

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 25. Oktober 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Klein und Dr. Lemke, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 19. Oktober 2004 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 86.236,69 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten - eine der Rechtsnachfolgerinnen der Deutschen Bundesbahn - den Ersatz von Schäden sowie die Durchführung von Maßnahmen zur Abwehr des Zustroms von Grundwasser, das durch schädliche Bodeneinwirkungen verunreinigt ist. Die Beklagte verteidigt sich im Rechtsstreit u.a. damit, dass die Verunreinigungen nicht aus ihren ehemaligen Bahnhofsgrundstücken herrührten, welche sie zum Teil bis 1989

an eine Fa. R. verpachtet hatte, sondern ausschließlich aus dem jenseits der T. straße belegenen ehemaligen Betriebsgelände der Fa. R. stammten und allein durch den Grundwasserstrom durch ihr Grundstück hindurch auf das Betriebsgelände der Klägerin transportiert würden, die dort auf Grund einer wasserrechtlichen Erlaubnis zwei Brunnen betreibt.

2 Das Landgericht hat zwei hydrogeologische Gutachten eingeholt. Nach Eingang des zweiten Gutachtens hat das Landgericht durch Verfügung des Vorsitzenden vom 19. März 2003 den Parteien aufgegeben, binnen einer Frist von sechs Wochen nach Zustellung der Verfügung zu dem Gutachten Stellung zu nehmen. Mit Schriftsätzen im Mai und im Juni 2003 hat die Beklagte zweimal beantragt, die Frist zur Stellungnahme wegen Wechsels des Sachbearbeiters der Beklagten und wegen Überlastung des Anwalts zu verlängern; den Anträgen wurde entsprochen

3 Nachdem die Stellungnahme auch nicht innerhalb der verlängerten Frist eingegangen war, hat der Vorsitzende Termin auf den 11. November 2003 anberaumt. Mit Schriftsatz vom 29. Oktober 2003 hat die Beklagte Beweisreden erhoben, an den Sachverständigen zu stellende Fragen formuliert und beantragt, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Dieser teilte mit, dass er am 11. November 2003 einen anderen Termin habe und zu dem umfangreichen Schriftsatz der Beklagten auch nicht binnen einer Woche sachgerecht Stellung nehmen könne.

4 Der Termin wurde ohne den Sachverständigen durchgeführt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und in den Urteilsgründen den Antrag der Beklagten auf Ladung des Sachverständigen nach § 411 Abs. 4 ZPO i.V.m § 296 Abs. 1 ZPO wegen Verspätung zurückgewiesen.

5 In der Berufungsinstanz hat die Beklagte nochmals die Anhörung des Sachverständigen unter Vorlage eines von ihr eingeholten Privatgutachtens beantragt. Das Oberlandesgericht hat dem Antrag unter Bezugnahme auf die Gründe im Urteil des Landgerichts nicht entsprochen und die Berufung ohne Beweisaufnahme zurückgewiesen.

## II.

6 Das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, indem es sich die rechtsfehlerhaften Ausführungen des Landgerichts zu eigen gemacht und deswegen von einer Anhörung des Sachverständigen auch im Berufungsrechtszug abgesehen hat.

7 1. a) Das Landgericht hat zu Unrecht den Antrag der Beklagten auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens nach § 411 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Eine Zurückweisung aus diesem Rechtsgrund setzt eine wirksame richterliche Fristsetzung voraus, an der es hier fehlt.

8 Der Senat lässt insoweit dahinstehen, ob die nicht in einer mündlichen Verhandlung gem. § 411 Abs. 4 ZPO bestimmte Frist von sechs Wochen zur Stellungnahme zu dem Gutachten schon deshalb keine Ausschlusswirkung für verspätetes Vorbringen nach § 296 Abs. 1 ZPO herbeiführen konnte, weil die mit einer Frist versehene Aufforderung nicht durch die Kammer beschlossen, sondern allein durch den Vorsitzenden verfügt worden ist (vgl. BGH, Urt. vom 22. Mai 2001, VI ZR 268/00, NJW-RR 2001, 1431, 1432). Einen Ausschluss der erst lange nach Fristablauf von der Beklagten vorgetragenen

Beweiseinreden und des Antrags auf Ladung des Sachverständigen konnte die Fristsetzung hier jedenfalls deshalb nicht herbeiführen, weil es an dem dafür erforderlichen Hinweis an die Parteien über die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist fehlte. Eine Präklusionswirkung kann der Ablauf einer richterlichen Frist zum Vorbringen der Einwendungen gegen das Gutachten und der die Begutachtung betreffenden Anträge nach § 411 Abs. 4 Satz 1 ZPO nur dann auslösen, wenn bei der Partei keine Fehlvorstellungen über diese Wirkung aufkommen können (BGH, Urt. vom 22. Mai 2001, VI ZR 268/00, aaO). Daran fehlte es hier. In der Verfügung wurden die Parteien zu einer Stellungnahme zu dem Gutachten in einer von dem Richter bestimmten Frist aufgefordert, ohne dass dies mit einem Hinweis auf einen Ausschluss eines erst nach Ablauf der Frist eingehenden Vorbringens verbunden wurde.

9            b) Die fehlerhafte Zurückweisung des Antrags auf Anhörung des Sachverständigen zu den von ihr erhobenen Beweiseinreden verletzt deren Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Die Verletzung des Verfahrensgrundrechts folgt daraus, dass der Beklagten unter Verstoß gegen die Vorschriften der Zivilprozessordnung das Fragerecht an den Gutachter aus §§ 402, 397 Abs. 1 ZPO zu Unrecht versagt worden ist (BVerfG NJW-RR 1996, 183, 185; NJW 1998, 2273, 2274 und Senat, Urt. v. 15. November 1996, V ZR 132/95, LM BGB § 315 Nr. 52a).

10            2. a) Das Berufungsgericht hat den Fehler fortgeführt, indem es sich unter Berufung auf die Gründe des Landgerichts an einer Ladung des Sachverständigen gehindert gesehen hat. Die in erster Instanz erhobenen Beweiseinreden und das daraus begründete Fragerecht waren - infolge fehlerhafter Zurückweisung durch das Landgericht - nicht nach § 531 Abs. 1 ZPO im Berufungsrechtszug ausgeschlossen. Das Berufungsgericht wäre zur

Behebung des Fehlers verpflichtet gewesen, dem in zweiter Instanz erneut gestellten Antrag auf Anhörung des Sachverständigen zu entsprechen (vgl. BGH, Urt. v. 24. Oktober 1995, VI ZR 13/95, NJW 1996, 788, 789 und v. 29. Oktober 2002, VI ZR 353/01, NJW-RR 2003, 208, 209).

11            b) Damit hat auch das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. Zwar führt nicht jede fehlerhafte Anwendung einer Präklusionsvorschrift durch das Berufungsgericht zu einem Verstoß gegen das Verfahrensgrundrecht; eine solche Verletzung liegt jedoch dann vor, wenn der Fehler - wie hier - zur Folge hat, dass der Partei in beiden Tatsacheninstanzen auf Grund von Verfahrensfehlern das Fragerecht gegenüber dem Sachverständigen abgeschnitten wird (vgl. BVerfG NJW 1995, 2980).

12            3. a) Das angefochtene Urteil beruht auch auf der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Dies ist bereits dann so, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der Beweiseinreden und einer Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen dazu anders entschieden hätte (Senat, Urt. v. 18. Juli 2003, V ZR 182/02, NJW 2003, 3205 f. und Beschl. v. 9. Juni 2005, V ZR 271/04, NJW 2005, 2624, 2625). So liegt es hier. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht nach einer Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen zu den von der Beklagten erhobenen Einreden zu einem anderen Beweisergebnis gelangt wäre.

13            b) Die Beweisfrage betrifft auch einen entscheidungserheblichen Punkt. Über die von der Klägerin geltend gemachten Abwehr- und Schadensersatzansprüche wäre anders zu urteilen, wenn die die Verunreinigung des Grundwassers auslösenden schädlichen Bodenveränderungen durch Teeröle allein

auf den früheren Betriebsgrundstücken der Fa. R. , und nicht auch auf den ehemaligen Bahnhofsgrundstücken der Beklagten erfolgten.

14            Zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Klägerin, die ausschließlich auf dem Durchfluss bereits verunreinigten Grundwassers von dem ehemaligen Betriebsgrundstück der Fa. R.            zu den Betriebsgrundstücken und der auf diesen befindlichen Brunnenanlage der Klägerin beruhen, wäre die Beklagte nicht verpflichtet. Ein solcher Anspruch gegen Beeinträchtigungen aus dem natürlichen Grundwasserstrom setzt vielmehr voraus, dass die Störung wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers zurückgeführt werden kann (vgl. Senat, BGHZ 90, 255, 266; 114, 183, 187). Störungen, die auf schädliche Bodenveränderungen auf den im Eigentum der Fa. R.            stehenden Betriebsgrundstücken zurückzuführen sind, hätte die Beklagte indes weder durch eigene Handlungen ermöglicht noch durch pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt.

III.

15            Der Senat hat von der Möglichkeit der Aufhebung und Zurückverweisung durch Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO Gebrauch gemacht.



16 Die Entscheidung über den Gegenstandswert der Nichtzulassungsbeschwerde folgt aus § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO.

Krüger

Klein

Lemke

Stresemann

Czub

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 23.12.2003 - 5 O 38/94 -

OLG Köln, Entscheidung vom 19.10.2004 - 22 U 17/04 -