

53. 1. Grenzen der Beschränkung — im Gegensatz zur Ausschließung — der Öffentlichkeit der Verhandlung (im Ortstermin).

2. Kann eine Partei auf die Befolgung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verhandlung wirksam verzichten?

3. Zur Feststellung von Zeugenaussagen.

RPD. §§ 161, 164, 295, 551 Nr. 6. OBG. §§ 169, 172.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 4. Mai 1938 i. S. R. (Bekl.) w. G. (Kl.).  
VI 17/38.

I. Landgericht Detmold.

II. Oberlandesgericht Celle.

Am 8. September 1935 spätabends stieß der Kläger, der seinen Personenkraftwagen steuerte, mit dem Beklagten, der auf seinem Kraftrad aus der entgegengesetzten Richtung kam, auf einer Kreisstraße am Eingang des Ortes W. zusammen. Der Beklagte und seine hinter ihm sitzende Frau wurden herabgeschleudert und — der Ehemann besonders schwer — verletzt. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger Ersatz für die Beschädigung seines Wagens. Der Beklagte begehrt mit der Widerklage die Erstattung von Heilungskosten. Das Landgericht wies die Widerklage ab und erklärte den Klagenspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Berufungsgericht wies die Berufung zurück. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

1. Die Revision rügt in erster Linie, daß das Berufungsurteil auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen sei, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden seien (§ 551 Nr. 6 RPD.). Die Rüge ist begründet.

Durch Beschluß des Berufungsgerichts vom 18. September 1937 wurde die Vernehmung von Zeugen und die Einnahme des Augen-

scheins angeordnet; zugleich wurde der dafür angeetzte Termin vom 12. Oktober 1937 auch zur weiteren mündlichen Verhandlung bestimmt. Die Niederschrift über die Vorgänge von diesem Tage enthält den Eingangsvermerk „Sitzung des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle“. Es wird festgestellt, daß die Ortlichkeit besichtigt und den Parteien Gelegenheit gegeben sei, den Hergang des Unfalls zu schildern, daß auch die beiden Kraftfahrzeuge an Ort und Stelle waren. Weiter wird gesagt, daß 8 Zeugen vernommen wurden; nach der Angabe der persönlichen Verhältnisse jedes Zeugen heißt es: „Der Zeuge wurde zur Sache vernommen“. Demnächst folgt der Vermerk, daß sich der Senat und der Protokollführer ohne die Parteien und ihre Vertreter, aber mit deren Einverständnis in die Wohnung einer erkrankten Zeugin begeben haben, über deren Vernehmung daselbe gesagt ist wie bei den anderen Zeugen. Nach der Feststellung, daß der im Ortstermin vorgeführte Kraftwagen derselbe sei wie der beim Unfall benutzte, heißt es in der Niederschrift:

Nach Einbruch der Dunkelheit wurde nochmals eine Ortsbesichtigung vorgenommen und hierbei sowohl der Kraftwagen wie das Motorfahrad... vorgeführt. Die Zeugen wurden... entlassen... Hierauf verlasen die Parteien die Anträge... und verhandelten zur Sache. Vor Beginn der Ortsbesichtigung nach Einbruch der Dunkelheit war eine Pause von reichlich  $\frac{1}{2}$  Stunde eingetreten. Schließlich wurde Termin zur Verkündung einer Entscheidung anberaumt und bekanntgegeben. In diesem neuen Termine wurde das Urteil verkündet, nachdem ein Antrag des Beklagten, die Verhandlung mit Rücksicht auf ein von ihm nunmehr vorgelegtes umfangreiches Gutachten eines Sachverständigen wiederzueröffnen, abgelehnt worden war.

Nachdem der Beklagte im Armenrechtsgesuch die Verletzung der Öffentlichkeit im Termine vom 12. Oktober 1937 gerügt und die einzelnen Vorgänge von diesem Tage geschildert hatte, ließ der erkennende Senat das Berufungsgericht hierzu Stellung nehmen. Danach müssen bei dem Verlauf des Termins mehrere Abschnitte unterschieden werden, die aber rechtlich als Einheit aufzufassen sind.

Zunächst fand die Ortsbesichtigung und die Vernehmung von Zeugen auf der Straße statt; hierzu wurden nur die am Rechtsstreit Beteiligten zugelassen. Demnächst begaben sich die Gerichtspersonen mit den anderen Prozeßbeteiligten in das Gemeindehaus, wo ein

im Obergeschoß belegener, zweifensstriger, einfacher, höchstens 20 qm großer Raum zur Verfügung stand. Das Berufungsgericht beurteilt diesen Raum dahin, daß es unmöglich gewesen sei, außer den Gerichtspersonen, den Parteien und ihren Angehörigen sowie den Rechtsanwältinnen noch eine größere Zahl von Personen darin unterzubringen; deshalb sei jeder Zeuge gebeten worden, nach seiner Vernehmung den Saal zu verlassen. Alsdann wurde nach einer Pause die Unfallstelle nochmals besichtigt. Im Anschluß hieran begab sich der Gerichtshof, nachdem die Zeugen unter Einverständnis der Parteien entlassen waren, mit den übrigen Beteiligten in das Gasthaus; dort wurde in einem wesentlich größeren Zimmer verhandelt.

Im Anschluß an die Äußerung des Berufungsgerichts haben die Urkundspersonen, welche die Niederschrift vom 12. Oktober 1937 unterzeichnet hatten, diese dahin berichtigt, daß die Sitzung öffentlich gewesen sei. Diese Berichtigung ist nicht unter dem Gesichtspunkt des § 164 ZPO. zu werten, wonach gegen den Inhalt der Niederschrift, der die für die Verhandlung vorgeschriebenen Formlichkeiten betrifft, nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist. Es handelt sich vielmehr um eine Aufklärung der Vorgänge, deren Feststellung an sich Bestandteil der Niederschrift sein mußte, aber nicht stattgefunden hat. Die Niederschrift ist nicht durch Ergänzung im Wege der Aufnahme jener Vorgänge berichtigt worden, sondern die Urkundspersonen haben nach der Beanstandung durch eine Partei eine rechtliche Beurteilung der Vorgänge vorgenommen, die in der Revisionsinstanz nachzuprüfen ist. Das ist hier um so weniger zu bezweifeln, als der Inhalt der Niederschrift selbst ihre Unvollständigkeit ergibt; denn es war naturgemäß ausgeschlossen, daß die Verhandlung der Parteien etwa an der Unfallstelle stattgefunden habe, wie aus dem Inhalt der Niederschrift entnommen werden könnte.

Nach § 169 ZPO. ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht öffentlich. Die Verhandlung in diesem Sinne schließt, wenn in dem Verhandlungstermin auch die Beweisaufnahme stattfindet, diese ein; beides ist dann eine Einheit. Was für die Verhandlung der Parteien gilt, gilt auch für die Beweisaufnahme. Darüber besteht auch im Schrifttum kein Streit. Nun hat aber der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht die Bedeutung, daß der Zutritt jedermann und allezeit gewährt wird. Auch wenn die vom Gesetz für eine vollkommene — vom Berufungsgericht im vorliegenden Falle nicht

beabsichtigte — Ausschließung der Öffentlichkeit im § 172 GVG. erschöpfend angeführten Voraussetzungen nicht vorliegen, können die örtlichen und räumlichen Verhältnisse die volle Verwirklichung des Grundsatzes der Öffentlichkeit verhindern. Das ist in der Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts anerkannt (RGSt. Bd. 54 S. 225, Bd. 52 S. 137, Bd. 47 S. 322). Die Zivilsenate haben bisher, soweit ersichtlich, keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt, weil die Beweisaufnahme früher seltener durch die Gesamtheit des Gerichtshofs erledigt und die Verhandlung auch nicht mit der Beweisaufnahme verbunden zu werden pflegte. Die schärfere Betonung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und der Notwendigkeit der Beschleunigung bei der Erledigung der Rechtsstreitigkeiten in der neueren Zeit haben zwangsläufig zu einer Änderung des früheren Verfahrens geführt. Im vorliegenden Fall konnten besondere Gründe für die Einschränkung der Öffentlichkeit bei der Beweisaufnahme sprechen. Die zu besichtigende Unfallstelle, an der auch die Zeugen zu vernehmen waren, befand sich auf einer öffentlichen Straße am Eingang einer Ortschaft; dabei sollten Kraftfahrzeuge vorgeführt werden. Es mag also Anlaß vorgelegen haben, dritte nicht zu den Beteiligten gehörende Personen räumlich von der Vornahme der gerichtlichen Handlungen fernzuhalten; dabei konnte mit Rücksicht auf die Nähe der Ortschaft auch die Fernhaltung unerwachsener Personen (§ 175 GVG.) in Frage kommen. Es soll nicht verkannt werden, daß dem Gericht bei der Ausübung des für die Einschränkung der Öffentlichkeit notwendigen Ermessens im allgemeinen die Freiheit der Entschließung gewahrt bleiben muß. Aber eine Grenze findet dieses Ermessen dort, wo für seine Ausübung Erwägungen maßgebend sind, die mit den örtlichen und räumlichen Verhältnissen des Einzelfalles in keinerlei Zusammenhang stehen. Und so war die Sachlage im vorliegenden Fall. Zu Beginn des Termins haben beide Parteien an der Unfallstelle mitgeteilt, daß sie zu ihrer Unterstützung Sachverständige — der Beklagte einen Oberingenieur — mitgebracht hätten. Diesen Sachverständigen ist nicht gestattet worden, den Vorgängen in einer Weise beizuwohnen, daß sie so, wie die Gerichtspersonen und die Parteien, das Gesprochene mitanhören konnten; es verblieb auch bei der Ausschließung der Sachverständigen, als der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten im Laufe der Verhandlung nochmals um die Zulassung bat. Das Berufungsgericht hat sich in

seiner Stellungnahme zu der Darstellung des Beklagten wiederholt dahin geäußert, es habe keine Veranlassung vorgelegen, zugunsten der Privatgutachter irgendeine Ausnahme zu machen; das Gericht sei auch der Ansicht gewesen, daß die Zuziehung der beiden Privatgutachter zum Termin überflüssig sei. Am Schluß seiner Äußerung faßt es seine Stellungnahme dahin zusammen, es habe sich darum gehandelt, ob der Aufenthalt der Privatgutachter unmittelbar in der Nähe des Senats erzwungen werden konnte zu dem Zweck, jedes Wort der Beteiligten zu hören und unmittelbar oder mit Hilfe des Anwalts in die Vernehmung einzugreifen; der Senat habe keine Veranlassung gehabt, den Privatgutachtern vor anderen am Rechtsstreit nicht beteiligten Personen eine bevorzugte Stellung einzuräumen. Danach handelt es sich nicht mehr um eine Beschränkung der Öffentlichkeit aus Gründen der oben dargelegten Art, sondern um eine Ausschließung der Öffentlichkeit, eine Ausschließung, die vom Berufungsgericht selbst aber nicht gewollt war. Die Öffentlichkeit soll naturgemäß den Zuhörern die Möglichkeit geben, die vor Gericht sich abspielenden Vorgänge zu verfolgen. Den Parteien war daran gelegen, die von ihnen gestellten sachverständigen Personen zu hören und diese selbst hatten ein Recht darauf im Rahmen der öffentlichen Verhandlung. Von dem Eingreifen eines Zuhörers in die Verhandlung kann keine Rede sein; wäre der Versuch gemacht worden, wofür aber irgendein Anhalt nicht angeführt wird, so hätten die Vorschriften der §§ 176 flg. WGG. den Weg zur Abhilfe gewiesen. Die Ausführung des Berufungsgerichts, es habe die Zuziehung der Sachverständigen seitens der Parteien für überflüssig gehalten, liegt neben der Sache; sie hat mit den sachlichen Gründen der oben erörterten Art nichts zu tun und hätte nur dazu führen können, von einem Beschluß über sofortige Vernehmung der Sachverständigen (§ 357a ZPO.) abzusehen, wenn sie beantragt worden wäre. Dieses Verfahren würde in Übereinstimmung mit der Auffassung des Berufungsgerichts gestanden haben, daß auch die Zuziehung eines gerichtlichen Sachverständigen nicht nötig sei. Gewiß sollte die Anwesenheit der Sachverständigen dazu dienen, die Parteien über die mit dem Unfall zusammenhängenden Fragen technischer Art zu unterrichten. Daß damit aber ein anderer Zweck als die Erforschung der Wahrheit verfolgt werden sollte, erhellt nicht. Alles das hat aber mit der Beschränkung der Öffentlichkeit nichts zu tun.

Von derselben nicht zu billigen Erwägung hat sich das Berufungsgericht anscheinend auch bei der Vernehmung der Zeugen im Gemeindehause leiten lassen. Es kam, soweit es sich um zwei sachverständige Personen handelte, nicht darauf an, ob noch eine „größere Zahl“ von Personen dort untergebracht werden konnte; wenn die Angehörigen der Parteien dort noch Unterkunft fanden, so kann man wohl annehmen, daß dies auch bei zwei anderen Personen möglich gewesen wäre; vermutlich würden die Parteien deren Anwesenheit für notwendiger gehalten haben als die ihrer Angehörigen. Daß die Beweisaufnahme mit der Vernehmung der Zeugen an der Unfallstelle noch nicht abgeschlossen war, sondern im Gemeindehause fortgesetzt wurde, kann nicht in Abrede gestellt werden.

Schließlich ist es durch das beanstandete Verfahren dazu gekommen, daß die Sachverständigen auch der Verhandlung im Gasthause nach Erledigung der Beweisaufnahme nicht beigewohnt haben. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hatte den von ihm gezogenen Sachverständigen bereits entlassen, wahrscheinlich weil er sich nun keinen hinreichenden Nutzen mehr von dessen Anwesenheit versprach oder weil er annahm, daß diese auch weiterhin in der Verhandlung nicht möglich sein werde. Der Sachverständige des Klägers war in diesem Abschnitt des Termins noch anwesend; der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat aber auch ihn — auf den Widerspruch des Beklagten hin —, den Sitzungsraum zu verlassen. Daß die Belange der Parteien durch die Beschränkung der Öffentlichkeit im vorliegenden Fall verletzt worden sind, kann man auch aus dem weiteren Verlaufe des Rechtsstreits ersehen. Als der Beklagte vor dem Verkündungstermin ein umfangreiches Gutachten seines Sachverständigen einreichte und um Wiedereröffnung der Verhandlung bat, machte der Kläger geltend, dieses Gutachten sei schon deshalb nicht verwertbar, weil der Sachverständige an der Beweisaufnahme nicht teilgenommen habe, und das Berufungsgericht lehnte es dann ab, die Verhandlung wieder zu eröffnen.

Die Versuche des Klägers und Revisionsbeklagten, in der Verhandlung vor dem Revisionsgericht darzulegen, daß die Öffentlichkeit gewahrt worden sei, gehen fehl. Er meint, die Öffentlichkeit der Verhandlung habe nur allgemein den Zweck, daß unbeteiligte Personen der Verhandlung beiwohnen könnten, diese Erwägung treffe aber auf Privatgutachter der Parteien nicht zu. Eine solche Unterscheidung

ist dem Gesetz nicht bekannt. Wollte man diesem Gedanken nachgehen, so könnte er nur dazu führen, die Anwesenheit sachkundiger Personen für bedeutamer zu halten als die von Personen, welche auf dem zur Verhandlung stehenden Gebiet keine Fachkenntnisse besitzen.

Der Kläger nimmt ferner darauf Bezug, daß der Privatgutachter des Beklagten und Revisionsklägers in seinem nach dem Verhandlungstermin eingereichten Gutachten die Bemerkung vorausgeschickt habe, die Stellung von Wagen und Kraftrad bei der Augenscheinseinnahme könne nur in dem Umfange benutzt werden, wie sie habe beobachtet werden können aus der Entfernung, wohin die Sachverständigen der Parteien durch das Gericht verwiesen worden seien. Der Kläger meint, daraus gehe hervor, daß der Gutachter doch gewisse Beobachtungen habe machen können. Das ist unwesentlich. Das Erfordernis der Öffentlichkeit ist grundsätzlich zu bedeutam, als daß man es für ausreichend halten könnte, wenn mehr oder weniger zuverlässige Wahrnehmungen allein mit dem Auge in gewissem Umfange möglich sind; im vorliegenden Falle wollte außerdem das Berufungsgericht die Privatgutachter von der Verhandlung — mit unzulässiger Begründung — fernhalten.

2. Schließlich meint der Kläger, daß der Beklagte auf die Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit stillschweigend verzichtet habe; er leitet dies daraus her, daß die Rüge nach seiner Annahme nicht in dem Abschnitte des Termins erhoben worden sei, der die Verhandlung der Parteien zum Gegenstande hatte. Diese Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil eine Vorschrift verletzt ist, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann (§ 295 Abs. 2 ZPO.). Die — vereinzelt vertretene — Auffassung Baumhach's (Bem. 1 zu § 169 OWG.), daß der Öffentlichkeit der Verhandlung nach heutiger Auffassung nicht mehr die Bedeutung zukomme, die ihr in der Begründung des Gesetzes beigelegt wurde, ist abzulehnen. Die Bedeutung, welche die Ausübung der Rechtspflege grundsätzlich für die Volksgemeinschaft hat, spricht keineswegs dafür, daß diese jetzt über den vom Gesetz bestimmten Rahmen hinaus in der Möglichkeit beschränkt sein sollte, sich auch durch eigene Wahrnehmungen über den Gang des Verfahrens von der Rechtssicherheit zu überzeugen. Es würde andererseits mit der im neuen Recht eingeführten Beschränkung der Parteibefugnis, den

Verlauf des Rechtsstreits maßgebend zu bestimmen, nicht vereinbar sein, wenn man einer Partei die Verfügung darüber einräumen wollte, ob eine zu Gunsten der Volksgemeinschaft verordnete Grundlage des Verfahrens beiseite geschoben werden soll.

3. Daß angefochtene Urteil war aus den angegebenen Gründen gemäß § 551 Nr. 6 ZPO. aufzuheben, ohne daß eine Nachprüfung in sachlich-rechtlicher Beziehung erfolgen konnte. Die erneute Verhandlung wird dem Beklagten Gelegenheit geben, auch seine sachlich-rechtlichen Rügen — insbesondere zur Frage der Entlastung des Klägers — dem Berufungsgericht vorzutragen, das den gesamten Prozeßstoff von neuem zu prüfen hat. Dazu sei noch auf das folgende formelle Bedenken hingewiesen: Das Berufungsurteil enthält den Vermerk, daß die Zeugen „im wesentlichen“ ihre früheren Aussagen wiederholt hätten. Zwar konnte die Feststellung der Zeugenaussagen in der Sitzungsniederschrift unterbleiben, weil die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgte und das Endurteil der Berufung nicht unterlag (§ 161 ZPO.). Dann ist aber, wie im Urteil des erkennenden Senats RGZ. Bd. 145 S. 392 im einzelnen dargelegt ist, die Wiedergabe der Zeugenaussagen im Urteil unerlässlich und geht es nicht an, diese auf das zu beschränken, was das Berufungsgericht für wesentlich hält. Vielmehr muß die Wiedergabe so erfolgen, daß nachgeprüft werden kann, ob das Berufungsgericht bei der Beurteilung, inwieweit eine Aussage als wesentlich zu erachten sei, von rechtlich zutreffenden Gesichtspunkten ausgegangen ist (JW. 1937 S. 35 Nr. 17 u. a.).