

34. 1. Handelt der vom Landrat ordnungsgemäß verpflichtete Nachtwächter einer Gemeinde, der, ohne zur Führung einer Dienstwaffe befugt zu sein, aus einer ihm persönlich gehörigen Schußwaffe auf einen Dritten einen Schuß abgibt, ohne weiteres in amtlicher Eigenschaft und in Ausübung öffentlicher Gewalt, wenn er sich im Zeitpunkte der Abgabe des Schusses im Dienste befindet?

2. Wem liegt für die Sachbefugnis des Nachtwächters als Beklagten die Beweislast ob, wenn der Verletzte den Nachtwächter mit der Begründung in Anspruch nimmt, dieser habe ihn aus rein persönlichen Beweggründen angegriffen, und der Nachtwächter sich damit verteidigt, daß er in Notwehr und deswegen in amtlicher Eigenschaft und in Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt habe? Inwieweit können dabei die Grundätze des Beweises des ersten Anscheins Anwendung finden?

3. Welche Anforderungen sind bei der Nachprüfung in der Revisionsinstanz an die Beweiswürdigung des Berufungsrichters zu stellen, wenn im ersten und zweiten Rechtszuge der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht beobachtet worden ist?

WeimVerf. Art. 131. BGB. §§ 823, 839. ZPO. §§ 286, 355, 375, 548.

III. Zivilsenat. Ur. v. 23. September 1938 i. S. M. (St.) w. R. (Bef.). III 20/38.

I. Landgericht Lorgau.

II. Oberlandesgericht Naumburg.

Der Beklagte ist Nachtwächter der Gemeinde S. und als solcher vom Landrat verpflichtet worden. Am 15. Januar 1936 gegen 21 Uhr kehrte der Kläger mit seinem Sohn, seinem Schwiegersohn, zwei Unteroffizieren aus F. und mehreren Bauern aus N. in der Gastwirtschaft D. in S. ein. Sie kamen aus F., wo sie vom Nachmittag an in einer von dem Schwiegersohn des Klägers bewirtschafteten Lagerkantine gezecht hatten. In der Wirtschaft D. hielt sich an jenem Abend zeitweise auch der Beklagte auf, um dort Bier zu trinken. Er verließ verschiedentlich die Wirtschaft, um draußen seinen Dienst als Nachtwächter zu versehen, und kehrte dann jeweils wieder in die Wirtschaft zurück. Gegen 2 Uhr früh bot der Wirt auf Veranlassung

des Beklagten Feierabend. Daraufhin verließen auch der Beklagte und der Kläger die Gastwirtschaft. In geringer Entfernung davon schoß kurze Zeit darauf der Beklagte aus einer ihm persönlich gehörigen, nicht etwa zum Dienstgebrauch überlassenen Schußwaffe den Kläger in den Kopf.

Mit der Klage hat der Kläger vom Beklagten Zahlung des ihm durch die Körperverletzung zugefügten Schadens und die Feststellung begehrt, daß der Beklagte auch zum Ersatz des weiteren ihm aus der Kopfverletzung noch entstehenden Schadens verpflichtet sei.

Der Beklagte hat seine Sachbefugnis bestritten, da er bei der Abgabe des Schusses im Dienst, also in Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt habe und deswegen an seiner Stelle die Gemeinde S. für den von ihm verursachten Schaden hafte; er habe den Schuß nur in Notwehr abgegeben.

Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Leistungsansprüche des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das Oberlandesgericht jedoch die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Klage wegen mangelnder Sachbefugnis des Beklagten abgewiesen, indem es annimmt, dieser sei, als er den Schuß auf den Kläger abgab, als Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt tätig geworden, so daß für sein Handeln nicht der Beklagte, sondern die (öffentliche) Körperschaft haftbar zu machen sei, in deren Dienst er damals gestanden habe. Der damit zum Ausdruck gebrachte grundsätzliche Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts ist rechtlich unbedenklich und wird auch von der Revision nicht angegriffen. In seiner Eigenschaft als Nachtwächter ist der Beklagte zweifellos als Beamter im Sinne des Art. 131 WeimVerf. anzusehen, auch wenn er in keinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis gestanden hat, weil er als Nachtwächter nach der damals für ihn maßgebenden Instruktion für die Nachtwächter auf dem platten Lande vom 7. Januar 1886 polizeiliche Befugnisse und damit öffentliche Gewalt auszuüben hatte. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats, an der für das Beamtenhaftungsrecht auch nach Inkrafttreten des Beamtenrechts-Änderungsgesetzes festgehalten wurde,

wenngleich durch dieses Gesetz der frühere staatsrechtliche Beamtenbegriff erheblich eingeschränkt worden ist (s. RÖZ. Bd. 142 S. 190, Bd. 158 S. 95). Für die Entscheidung über die Sachbefugnis des Beklagten kommt es hiernach darauf an, ob er den Schuß in seiner Eigenschaft als Nachwächter und in Ausübung öffentlicher Gewalt abgegeben hat.

Das Berufungsgericht bejaht das. Den Ausgangspunkt für diese Entscheidung gewinnt es durch die Feststellung, daß sich der Beklagte, als er den Schuß abgab, im Dienste befunden habe. Dazu führt es aus, der Beklagte habe auf den Kläger während der Nacht auf der Straße geschossen. Die Dienststunden des Nachwächters lägen aber in der Nacht, und zwar habe er seinen Dienst sowohl auf der Straße — um alle der Gemeinde drohenden Gefahren früh genug wahrzunehmen und für Ruhe und Ordnung zu sorgen — als auch in den Gastwirtschaften — um Feierabend zu gebieten und gleichfalls die Ordnung aufrechtzuerhalten — zu verrichten. Der Beklagte habe sich bei Ausführung der Tat auf der Straße befunden, sei also im Dienst gewesen, zumal nichts dafür dargetan und ersichtlich sei, daß er sich dort aus irgendeiner anderen Veranlassung aufgehalten hätte. Das Berufungsgericht folgert dann weiter: Wenn ein Beamter mit polizeilichen Befugnissen im Dienst auf einen anderen schieße, so spreche der erste Anschein dafür, daß seine Gewaltmaßnahmen in Ausübung öffentlicher Gewalt getroffen seien. Der Polizist und der Nachwächter nähmen in ihrem Machtbereich insofern eine besondere Stellung ein. Daher müsse dem Beklagten — anders als im Falle der Notwehr — nachgewiesen werden, daß er bei der Abgabe des Schusses nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt habe. Diesen Nachweis habe aber der Kläger nicht zu erbringen vermocht.

An diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist jedenfalls soviel richtig: War die Abgabe des Schusses durch den Beklagten eine von ihm in amtlicher Eigenschaft vorgenommene Handlung, dann handelte er in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, freilich nicht unter dem vom Berufungsgericht hervorgehobenen Gesichtspunkte des ersten Anscheins, sondern schon deswegen, weil die Amtshandlungen des Beklagten als Nachwächters polizeilicher Natur sind und daher rechtsnotwendig der Durchsetzung der obrigkeitlichen Macht des Staates dienen. Diese rechtliche Folgerung wird entgegen der Meinung der Revision nicht dadurch beeinflusst, daß

der Beklagte nach den für die Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit ergangenen Weisungen zum Gebrauch von Schusswaffen nicht berechtigt und daß die Waffe, aus der er auf den Kläger geschossen hat, keine Dienstwaffe, sondern eine von ihm selbst erworbene, zu seinem persönlichen Schuß bestimmte und auf Grund eines behördlichen Waffenscheins geführte Waffe gewesen ist. Denn wesensmäßig ist der Durchsetzung der obrigkeitlichen Macht des Staates die Anwendung von Gewalt nicht fremd, und es kann daher, wenn der Beklagte zur Führung und zum Gebrauch einer Dienstwaffe nicht befugt war, höchstens Amtsmißbrauch durch Überschreitung der ihm übertragenen obrigkeitlichen Befugnisse vorliegen. Amtsmißbrauch begründet aber in jedem Falle eine Amtspflichtverletzung des Beamten, für die sein öffentlich-rechtlicher Dienstherr haften muß (vgl. RGZ. Bd. 154 S. 201 [208]). Darüber, ob der Beklagte den Schuß auf den Kläger in seiner Eigenschaft als Nachtwächter zum Zwecke polizeilichen Einschreitens abgegeben hat, läßt das angefochtene Urteil allerdings eine ausreichende Feststellung vermijden. Anscheinend hat das Berufungsgericht angenommen, es liege eine Amtshandlung ohne weiteres schon deswegen vor, weil der Beklagte, als er den Schuß abgab, im Dienste war. Nur so wird sein Hinweis verständlich, der Fall liege anders als der in RGZ. Bd. 104 S. 288 entschiedene. Doch hat es diese Entscheidung offenbar mißverstanden. Der dort ausgesprochene Satz, es genüge für die Anwendung des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes nicht, daß der Beamte sich im Dienst befinde, und ebensowenig sei ausreichend ein bloß äußerliches, zeitliches Zusammentreffen der schadenbringenden Handlung mit der Wahrnehmung von Amt und Dienst, enthält den auch für den vorliegenden Fall entscheidenden Gesichtspunkt. Er gilt auch für den Polizeibeamten. Denn auch er kann im Dienst eine dienstfremde Handlung, eine Handlung, die nur äußerlich mit seiner Dienstaufgabe zusammenhängt, ein nicht dienstbezügliches Geschäft, vornehmen. Das wäre der Fall, wenn ein Beamter, während er sich im Dienste befindet, eine unerlaubte Handlung beginge, die in keiner inneren Beziehung zu seinen amtlichen Befugnissen und seinen Amtspflichten stünde, wenn also etwa der Beklagte im vorliegenden Fall aus rein persönlichen Beweggründen, aus Rache oder wegen eines vorausgegangenen Streits den Kläger überfallen und verletzt hätte. Angesichts solcher Behauptungen des Klägers kann daher die Fest-

stellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei im Dienst gewesen, nicht genügen, um die Voraussetzungen des Art. 131 WeimVerf. und des § 839 BGB. zu bejahen und damit die Sachbefugnis des Beklagten zu verneinen.

Nun hat das Berufungsgericht möglicherweise die vermifste Feststellung mit Rücksicht auf seine Annahme für überflüssig gehalten, der Beklagte habe in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt. Träfe das zu, so ergäbe sich daraus allerdings rechtsnotwendig die Folgerung, daß der Beklagte eine dienstbezügliche Handlung vorgenommen hätte, selbst wenn er dabei seine amtlichen Befugnisse überschritten haben würde. Allein diese Annahme greift die Revision mit Recht an, weil das Berufungsgericht dazu in Verkennung der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins gelangt sei. Dabei mag dahinstehen, ob nicht die Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Falle schon daran hätte scheitern müssen, daß sie nur bei typischen Geschehensabläufen rechtlich möglich ist. Denn jedenfalls ist das Berufungsgericht, wie der Revision wiederum zuzugeben ist, insofern einem Rechtsirrtum unterlegen, als es angenommen hat, der Beweis nach dem ersten Anschein müsse zur Umkehrung der Beweislast führen, es müsse daher dem Beklagten nachgewiesen werden, daß er bei Abgabe des Schusses nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt habe. Gewiß kann ein der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechender Geschehensablauf bei der dem Richter obliegenden freien Beweiswürdigung so erheblich ins Gewicht fallen, daß er daraus schon einen solchen Grad von Überzeugung schöpft, als wäre dem Beweispflichtigen der Beweis gelungen. Häufig mag das den Gegner dazu nötigen, diese Überzeugung durch sein Gegenvorbringen zu erschüttern. Doch fällt ihm nun keineswegs die ihm sonst nicht obliegende Beweislast zu. Nach ständiger Rechtsprechung kann vielmehr der Richter seine Überzeugung auf den Anscheinsbeweis schon dann nicht mehr gründen, wenn der Gegner nur die Möglichkeit eines anderen Herganges oder Sachverhalts in einer den typischen Geschehensablauf in Zweifel stellenden Weise dartut. Das hat aber hier der Kläger getan, indem er behauptet und unter Beweis gestellt hat, der Beklagte habe ihn aus rein persönlichen Gründen, die in keiner Beziehung zu seinen amtlichen Pflichten stünden, angegriffen. Hiernach mußte das Gericht die sachlich gebotene Aufklärung herbeiführen und durfte, wenn diese nicht

möglich war, nicht den Kläger für beweispflichtig halten, falls er an sich nicht beweispflichtig war. Nach den allgemeinen Regeln über die Verteilung der Beweislast ist aber im vorliegenden Fall der Beklagte beweispflichtig. Freilich geht der Streit zunächst um die Sachbefugnis des Beklagten. Sie gehört zum Klagegrunde und ist eine Rechtsfolge, die der Kläger aus dem von ihm zum Gegenstand der Klage gemachten Tatbestand für sich ableitet. Grundsätzlich ist es daher seine Sache, den Tatbestand zu beweisen, der zu dieser Rechtsfolge führt, wenn der Gegner ihn bestreitet. Der Beklagte bestreitet jedoch seine Sachbefugnis hier in der Weise, daß er Notwehr behauptet und allein unter diesem Gesichtspunkte — das ist offenbar auch die Meinung des Berufungsgerichts, wenngleich es sie nicht ausdrücklich verlautbart — die Abgabe des Schusses als die Vornahme einer Amtshandlung kennzeichnet, die sich aus den ihm als Nachtwächter zustehenden polizeilichen Befugnissen rechtfertigt. Für die Notwehr ist — wie auch das Berufungsgericht nicht verkennet — der Beklagte beweispflichtig, gleichgültig, ob es sich um rechte oder um nur irrigerweise angenommene Notwehr handelt (RGZ. Bd. 88 S. 120). Soll aber die Notwehrhandlung gleichzeitig die rechtliche Eigenschaft der Amtsausübung und damit der Ausübung öffentlicher Gewalt tragen, so kann insoweit nichts anderes gelten.

Eine andere Frage ist es, ob die Notwehr, auch wenn sie als solche dargetan wird, die Handlung des Beklagten ohne weiteres und zwingend als Amtshandlung und Ausübung öffentlicher Gewalt erscheinen läßt. Das Berufungsgericht scheint davon auszugehen. Es trifft die — noch zu erörternde — Feststellung, der Kläger sei — so wie der Beklagte behauptet — vor der Wirtschafft hinter ihm hergegangen und habe, als er stehengeblieben sei, ihn zu schlagen versucht, wobei es zu einer Rauferei gekommen sei, in deren Verlauf der Beklagte geschossen habe. Daraus folgert das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht beanstandet, ohne weitere Darlegung, daß der Beklagte das dann in Ausübung öffentlicher Gewalt getan habe. Nun hat zwar das Berufungsgericht, wie den vorausgehenden Ausführungen des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, nicht als erwiesen angesehen, daß in der Wirtschafft Streitigkeiten zwischen dem Kläger und dem Beklagten stattgefunden hätten. Es hätte aber doch darlegen müssen, inwiefern der Angriff des Klägers auf den Beklagten, die folgende Rauferei zwischen beiden und schließlich die

angebliche Notwehrhandlung des Beklagten in innerem Zusammenhang mit seiner Tätigkeit oder doch seinem Amt oder der Dienstausübung gestanden haben.

Die — bereits erwähnte — Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte in der Tat in Notwehr gehandelt habe, wird überdies durch die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen in Frage gestellt.

Die Revision beanstandet das vom Berufungsgericht bei der Beweisaufnahme und der Beweiswürdigung angewendete Verfahren ganz allgemein. Sie meint, bei der Schwierigkeit der Feststellung über den Hergang der Schußverletzung und bei der Wichtigkeit der Beurteilung der auf beiden Seiten handelnden Persönlichkeiten und der Zeugen hätte das Berufungsgericht sich durch Vernehmung der Zeugen selbst ein Bild machen und daraufhin zu einer Entschliebung gelangen müssen, welche Aussagen vorzuziehen und welche Zeugen zu beeidigen seien. Sei das auch letzten Endes Ermessensfrage gewesen, so hätte sich das Berufungsgericht darüber aussprechen müssen. In der Tat führt das Berufungsgericht selbst aus, weil die Schilderungen der Beteiligten erheblich voneinander abwichen, lasse sich eine Klärung der Vorgänge nur durch Bewertung und Betrachtung der beteiligten Personen erreichen. Bei dieser gelangt es zu der Annahme, der Kläger sei in der in Rede stehenden Nacht „angeheitert“, der Beklagte dagegen nicht „betrunken“ gewesen. Beim Beklagten hebt es das ihm von dem Gendarmetiechauptwachtmeister R. ausgestellte gute Zeugnis über seine Dienst- und Pflichtauffassung günstig hervor. Vom Kläger nimmt es an, er habe sich in angriffslustiger Stimmung befunden. Den Beklagten erklärt es für glaubwürdig, den Kläger für völlig unglaubwürdig; ebenso hält es die Begleiter des Klägers, aber auch den Gastwirt D., für unglaubwürdig oder wenig glaubwürdig. Der größte Teil dieser Folgerungen des Berufungsgerichts beruht auf einer Bewertung der nach den Niederschriften über die Zeugervernehmungen sehr schwankenden unsicheren Zeugenaussagen unter Heranziehung von Angaben derselben Personen gegenüber Polizeiorganen in dem wegen des Vorfalls eingeleiteten Ermittlungsverfahren. Obgleich es hiernach auf die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Parteien und der Zeugen und damit auf den aus ihrer persönlichen Haltung und der Art ihrer Sachdarstellung zu gewinnenden per-

fönlichen Eindruck des Gerichts von den beteiligten Personen ganz wesentlich ankommen mußte, hat weder das Landgericht noch das Berufungsgericht die Parteien persönlich gehört oder auch nur einen einzigen Zeugen selbst vernommen. Die Vernehmung der sämtlichen zahlreichen Zeugen ist vielmehr, soweit sie überhaupt im Rechtsstreit erfolgt ist, im Wege von Rechtshilfeersuchen geschehen. Daß ein solches Verfahren dem das Prozeßrecht heute mehr denn je beherrschenden Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in jeder Weise widerspricht, ist der Revision zuzugeben. Dennoch kann ihre Rüge unter diesem Gesichtspunkte keinen Erfolg haben. Wie der erkennende Senat bereits in der in RRG. Bd. 149 S. 287 veröffentlichten Entscheidung vom 12. November 1935 (III 51/35) ausgesprochen hat, kann das Revisionsgericht mit Rücksicht auf die Bestimmungen in § 355 Abs. 2, § 548 ZPO. nicht nachprüfen, ob einer der Ausnahmefälle vorgelegen hat, in denen der Tatrichter nach § 375 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO. in Durchbrechung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit die Vernehmung der Zeugen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter anordnen darf. An dieser Entscheidung ist auch weiterhin festzuhalten; ob auch dann, wenn die Anordnung offensichtlich auf einem Mißbrauch des durch die erwähnten Vorschriften dem Prozeßgericht eingeräumten Ermessens beruhen würde oder weder den Akten und den in Frage kommenden Urteilen und Beweisbeschlüssen noch den obwaltenden Umständen eine der strengen Weisung des Gesetzes entsprechende Anwendung der Vorschriften entnommen werden könnte, braucht hier nicht entschieden zu werden. Es kommt darauf nicht mehr an, da im Hinblick auf die mangelnde Unmittelbarkeit des Verfahrens, insonderheit der Beweisaufnahme, einerseits und die oben wiedergegebene Beweislage andererseits das Berufungsgericht jedenfalls gehalten war, sich bei seiner Beweismwürdigung ganz streng im Rahmen des § 286 ZPO. zu halten und die Einhaltung dieser Grenzen in der Begründung des Urteils so deutlich zu machen, daß dem Revisionsgericht die Nachprüfung in dieser Hinsicht gewährleistet blieb. (Unter Würdigung der von der Revision erhobenen Verfahrensrügen wird weiter dargelegt, daß die Beweismwürdigung des Vorderrichters und die Urteilsgründe unter diesem Gesichtspunkte rechtlich nicht genügen.)