

III ZR 197/60

Verkündet
am 5. Februar 1962
Scheibl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

088

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

In dem Rechtsstreit

des Arbeiters Hans P. in F./K.,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

das Land Schleswig-Holstein, vertreten durch den Innenminister,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 24. März 1960 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am Abend des 15. Mai 1958, des Himmelfahrtstages, bat der Gastwirt B. aus F. bei R. um polizeiliche Hilfe, weil es in seiner Wirtschaft zu Ausschreitungen gekommen war. Der hinzugeeilte Polizeiobermeister G. machte bei dem Versuch, den angetrunkenen Kläger aus der Gaststätte zu entfernen, von der Schußwaffe Gebrauch. Der Schuß verletzte den Kläger schwer; als Folge dieser Verletzungen stellte sich u.a. eine Querschnittlähmung ein, die den Kläger vom Nabel abwärts bewegungsunfähig machte.

Der Kläger verlangt Schadensersatz vom beklagten Land, weil nach seiner Darstellung und Auffassung der Polizeibeamte rechtswidrig und schuldhaft von der Waffe Gebrauch gemacht habe. Er hat die Verurteilung des beklagten Landes zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes, nebst Zinsen sowie die Feststellung beantragt, daß das Land verpflichtet sei, ihm allen aus der Verletzung entstandenen und entstehenden Schaden zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen sind.

Das Land hat Abweisung der Klage beantragt. Es ist dem Vortrag des Klägers entgegengetreten und hat ausgeführt, der Beamte habe in echter Notwehr rechtmäßig von seiner Waffe Gebrauch gemacht.

Die Klage ist in den beiden ersten Rechtszügen erfolglos geblieben. Der Kläger verfolgt mit seiner Revision den Klaganspruch weiter. Das Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision macht zunächst einen absoluten Revisionsgrund geltend, der ohne Sachprüfung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen würde. Sie rügt gemäß § 551 Nr. 1 ZPO eine vorschriftswidrige Besetzung des Berufungsgerichts, weil an der angefochtenen Entscheidung Landgerichtsrat Paulick als Hilfsrichter mitgewirkt habe; dieser Richter sei ebenso wie die Mehrzahl der anderen damals beim Oberlandesgericht beschäftigten Hilfsrichter mit Aufgaben betraut gewesen, die durch planmäßige Oberlandesgerichtsräte hätten erledigt werden müssen.

Der Senat hat insoweit folgenden Sachverhalt festgestellt: Landgerichtsrat Pa[REDACTED] war vom 15. Januar 1959 bis 31. März 1960 mit seiner Zustimmung als Hilfsrichter an das Oberlandesgericht abgeordnet. Außer ihm waren damals noch vier weitere Hilfsrichter am Oberlandesgericht tätig. Der Präsident des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts hat dargelegt, daß mit der Einberufung der Hilfsrichter nur ein vorübergehendes Bedürfnis nach zusätzlichen Richterkräften befriedigt werden sollte. Auf Grund der Geschäftszahlen von 1959 habe die Justizverwaltung für 1960 mit zusätzlichen Aufgaben vorübergehender Art aus den verschiedensten Rechtsgebieten gerechnet, insbesondere mit Sachen aus dem Bundesentschädigungsgesetz und Rückerstattungsverfahren, mit rund 65 Kartellsachen aus einem besonderen Vorfall, auslaufenden Beamtenprozessen sowie weiteren Rechtsstreitigkeiten aus Kriegsmaßnahmen. Etwa vier Hilfsrichter seien dafür notwendig gewesen; man habe fünf Hilfsrichter einberufen, um gleichzeitig die Ausfälle durch langfristige Erkrankungen, Abordnungen, Teilnahme von Richtern an Fortbildungslehrgängen, Beur-



laubungen usw. auszugleichen. - Der Auftrag an die Hilfsrichter werde dabei regelmäßig auf ein Jahr befristet, um den Richtern zugleich Gelegenheit zur Fortbildung zu geben. Für die Einberufung gerade des Landgerichtsrats Pa[REDACTED] sei die Erwägung entscheidend gewesen, daß er zum Kreis der Richter gehöre, die möglicherweise für eine Beförderung in Betracht kämen.

Die Rechtslage ist insoweit folgende: Die Oberlandesgerichte sind mit der erforderlichen Zahl von planmäßigen Richtern zu besetzen. Die Mitwirkung von Hilfsrichtern ist auf Fälle eines vorübergehenden Bedürfnisses zu beschränken. Die dauernd vorhandenen Aufgaben müssen nach dem Gerichtsverfassungsgesetz grundsätzlich durch planmäßig bei dem Gericht bestellte Richter wahrgenommen werden (BGHZ 20, 209; 20, 250; 22, 142; 34, 260).

Die Erklärung des Oberlandesgerichtspräsidenten ergibt mit ausreichender Deutlichkeit, daß Landgerichtsrat Pa[REDACTED] zur Bewältigung eines echten vorübergehenden Geschäftsandranges einberufen war, den die planmäßig angestellten Richter nicht bewältigen konnten. Allerdings wäre die Einberufung eines Hilfsrichters nicht schon deshalb zulässig, um den Ausfall von Richtern auszugleichen, der durch Krankheiten entstand, wie sie immer wieder vorkommen, oder einen Ausfall durch den regelmäßigen Erholungsurlaub, auf den alle Richter gesetzlichen Anspruch haben. Denn grundsätzlich muß die Vertretung verhinderter Richter durch die übrigen Richter des Gerichts erfolgen, und die Zahl der Planstellen muß auf diese zwangsweisen und ständigen, also dauernden und vorhersehbaren Verhinderungen Rücksicht nehmen. Die Erklärungen des Oberlandesgerichtspräsidenten ergeben aber insgesamt, daß er Hilfsrichter nicht etwa als Vertreter für Ausfall durch die üblichen Beurlaubungen, sondern we-

gen unvorhergesehener langfristiger Erkrankungen und der Häufung von Sonderurlauben einberufen hat. Ob allein Vermutungen und Erfahrungen über den längeren Ausfall von Richtern genügen, ein "vorübergehendes Bedürfnis" zur Abordnung von Hilfsrichtern zu bejahen, oder ob erst ^{tatsächliche} der/Eintritt solcher Krankheits- oder Abordnungsfälle ein "vorübergehendes Bedürfnis" begründet, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Senat entnimmt nämlich den Äußerungen des Oberlandesgerichtspräsidenten, daß schon die von ihm aufgeführten vorübergehenden einzelnen Belastungen die Einberufung von m e h r als vier Hilfsrichtern rechtfertigten, allerdings der fünfte Richter nicht voll ausgelastet gewesen wäre; unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, daß die Einberufung des fünften Hilfsrichters mitbestimmt wurde durch Vermutungen und Erfahrungen über den längeren Ausfall von Planrichtern.

Die vom Oberlandesgerichtspräsidenten im einzelnen aufgeführten Geschäfte sind solche, deren Bewertung als vorübergehende Belastung durch die Justizverwaltung nicht als fehlerhaft bezeichnet werden kann. Denn dabei muß beachtet werden, daß die Richter lebenslänglich angestellt werden müssen und unversetzbar sind; der Staat kann keine lebenslänglichen Richter für Aufgaben einstellen, die nach wenigen Jahren wegfallen. Zwar hat die Entwicklung seit Jahrzehnten gezeigt, daß immer wieder auf die Justiz neue vorübergehende Aufgaben zukommen, doch sind Art und Maß derartiger Sonderaufgaben nicht vorherschaubar. Wegen dieses Wechsels des Umfanges sind die Sonderaufgaben trotz des Umstandes, daß immer wieder Sonderaufgaben anfallen, jedenfalls solange als vorübergehende Belastungen anzusehen, als nicht übersehen wer-

den kann, ob bestimmte Sonderaufgaben für einen viele Jahre währenden Zeitraum anfallen werden. Geht man von diesem Begriff der "vorübergehenden Belastung" im Blick auf die der Justiz zufallenden Sonderaufgaben aus, so kann zur Zeit die Bewertung der hier in Frage stehenden Aufgaben als vorübergehende Belastung nicht beanstandet werden.

Unerheblich ist es entgegen dem Vortrag der Revision, daß kein Einzelerlaß des Justizministers vorlag, der die Einberufung des Landgerichtsrats Paulick aussprach. Nach den angestellten Erhebungen hatte der Minister den Oberlandesgerichtspräsidenten allgemein ermächtigt, nach Bedarf bis zu vier Hilfsrichter allgemein, und aus besonderem Anlaß auch den fünften Hilfsrichter einzuberufen. Diese dienstrechtlichen und haushaltsrechtlichen Erfordernisse sind für die Frage ohne Bedeutung, ob das Gericht vorschriftsmäßig besetzt war, weil das ordentliche Gericht jedenfalls die durch den Oberlandesgerichtspräsidenten ausgesprochene Abordnung, selbst wenn eine ausreichende Ermächtigung dafür fehlte, nach den Grundsätzen über die Wirkung fehlerhafter Verwaltungsakte hinzunehmen hat. Andererseits genügt die allgemeine Ermächtigung des Ministers zur Einberufung eines Hilfsrichters nicht, wenn im Einzelfall ein im Gesetz vorgesehener Grund dafür nicht vorliegt, also hier der mit den planmäßig angestellten Richtern nicht zu bewältigende Anfall vorübergehender Geschäfte. Immerhin würde es der leichteren Überprüfung dienen, wenn die Justizverwaltungen jede Einberufung eines Hilfsrichters unter Angabe der besonderen, gerade für diese Einberufung maßgeblichen Umstände genau begründen und begrenzen würden; denn wenn alle Hilfsrichter ohne nähere Begründung einberufen werden und die Zahl der vorübergehenden zusätzlichen Geschäfte nicht die Ver-

wendung aller Hilfsrichter rechtfertigt, ist der Bestand aller Urteile gefährdet, an dem auch nur einer dieser Hilfsrichter mitgewirkt hat, wenn der Grund seiner Einberufung nicht genau geklärt werden kann (BGHZ 22, 142).

Ohne Bedeutung ist es, daß Landgerichtsrat Pa[REDACTED] länger als ein Jahr abgeordnet war, denn das Gesetz schreibt insoweit keine Fristen vor. Allerdings liegt es im Interesse der Justizverwaltung, unter Umständen die Einberufung für kürzere Zeit auszusprechen, weil mit Wegfall des Einberufungsgrundes das Gericht vorschriftswidrig besetzt ist, auch wenn die Justizverwaltung diesen Wegfall nicht vorhersehen konnte.

Die Verfahrensrüge der nicht ordnungsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts ist demnach unbegründet.

II.

Die weiteren Rügen der Revision führen ebenfalls nicht zum Erfolg.

Das Oberlandesgericht hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Kläger, der bereits am Nachmittal des Himmelfahrtstages 1958 Alkohol genossen hatte, begab sich gegen 21 Uhr zusammen mit seinem Vater und seinem Schwager O[REDACTED] in die Gastwirtschaft Pau[REDACTED] in F[REDACTED], wo eine Tanzveranstaltung aus Anlaß des Ringreiterfestes stattfand. Hier machte er sich alsbald einer wiederholten Körperverletzung, der Beleidigung, des Hausfriedensbruchs

und der Bedrohung schuldig. Den Zeugen L■■■■, der die Bezahlung des Eintrittsgeldes verlangte, belästigte, beleidigte, stieß und schlug er. Einer dieser Schläge traf die an der Kasse sitzende 74-jährige Mutter des Gastwirts, die Zeugin Pau■■■■ so daß ihre Brille wegflog, ihre Nase blutete und ihr Gebiß sich verschob. Den Gastwirt B■■■■, der den Kläger darauf zum Verlassen der Wirtschaft aufforderte, schlug er beim gemeinsamen Hinausgehen mehrfach so, daß dessen Gesicht blutete, die Oberlippe aufgeschlagen wurde und er bei der Rückkehr "flog und zitterte". Auch andere junge Leute, die vor der Gastwirtschaft standen, erhielten vom Kläger Schläge. Der Kläger hatte sich damit nach der Auffassung des Berufungsgerichts als hemmungsloser, unbeherrschter, gewalttätiger Raufbold erwiesen, der über ungewöhnliche Körperkräfte verfügte und auf sie pochte. Nach der Rückkehr von draußen stellte sich der Kläger an die Theke, hinter der B■■■■ stand, beschimpfte ihn als Feigling und drohte, daß er ihn totschiagen werde. Sein Schwager O■■■■ erklärte auf plattdeutsch, er würde ihm beistehen und forderte unter Drohungen weiteren Cognac. Das alles führte dazu, daß von mehreren Seiten bei der Polizei fernmündlich Hilfe erbeten wurde.

Auf diese Anrufe eilte der Polizeiobermeister G■■■■ in die Gaststätte. Er betrat gegen 23.30 Uhr zusammen mit dem Gastwirt das sogenannte Clubzimmer, in dem der Kläger mit seinem Vater und seinem Schwager am Tische saß. Auf Veranlassung von G■■■■ forderte der Gastwirt nochmals alle drei zum Verlassen der Wirtschaft auf. Sie kamen der Aufforderung nicht sogleich nach, worauf der Beante seine Dienstpistole, einen Trommelrevolver, zog und zunächst den Kleinsten, nämlich O■■■■, nach draußen brachte. Dabei bemerkte er, O■■■■ solle ihn nicht anrühren, sonst schieße er.

G [REDACTED] begab sich dann in das Clubzimmer zurück und forderte nun den Kläger zum Verlassen der Wirtschaft auf. Dieser ging bis zum Schankraum mit, kehrte dann aber um, um angeblich seine Jacke zu holen; G [REDACTED] gestattete das und wartete. Inzwischen war O [REDACTED] von draußen wieder zurückgekommen; G [REDACTED] packte ihn darauf am Arm, um ihn wieder hinauszubringen. O [REDACTED] leistete Widerstand und wurde gegen den Beamten tätlich. G [REDACTED] versuchte, diesen Widerstand zu brechen. Es gab ein Handgemenge, in dem G [REDACTED] den O [REDACTED] mit seiner Pistole schlug. Jetzt mischte sich der Kläger in die Auseinandersetzung; er drang mit erhobenen Fäusten auf Gehrmann ein und versetzte ihm einen schweren Faustschlag ins Gesicht an den Unterkiefer. G [REDACTED] bekam noch weitere Schläge ins Gesicht und auf den Hinterkopf; er taumelte zwischen die Stühle an der Wand und hatte später eine leichte Gehirnerschütterung. Als bald nach dem ersten schweren Faustschlag durch den Kläger löste G [REDACTED] nach erneuter Warnung den Schuß, der den Kläger in den Oberarm traf und dann in den Brustkorb eindrang.

Das Berufungsgericht hat auf Grund dieses Sachverhalts eine Amtspflichtverletzung des Polizeibeamten G [REDACTED] mit folgenden Erwägungen verneint:

Das Land habe den ihm obliegenden Nachweis erbracht, daß der Beamte in berechtigter Notwehr und Nothilfe gehandelt habe, mindestens habe der Beamte ohne Fahrlässigkeit den Schuß zu seiner Verteidigung als nötig ansehen dürfen; der Kläger habe dagegen nicht den Nachweis erbracht, daß der Beamte bei Ausübung der Notwehr deren Grenzen überschritten habe. Für den Waffengebrauch der

Polizeibeamten habe damals in Schleswig-Holstein eine vorläufige Dienstanweisung vom 28. September 1950 gegolten, die u.a. den Schußwaffengebrauch zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs oder einer Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Beamten gegen einen Dritten gestattete; daneben habe noch die zum preußischen Polizeigesetz ergangene Ausführungsbestimmung des preußischen Innenministers vom 1. Oktober 1931 (MBliV S. 923) gegolten, die insbesondere die Zulässigkeit des Waffengebrauchs im Falle der Notwehr gestattete; die Dienstanweisung von 1950 habe diese Notwehrbefugnisse nicht eingeschränkt.

Der Kläger und O. [REDACTED] hätten gemeinschaftlichen fortgesetzten Hausfriedensbruch begangen; abgesehen von der Erfüllung weiterer Straftatbestände habe der im Hausfriedensbruch liegende Angriff fortgedauert, als der Beamte erschien. Der Beamte habe den Eheleuten B. [REDACTED] Nothilfe geleistet und sich in rechtmäßiger Ausübung des Amtes befunden, als er auf Verlangen des Gastwirts die störenden Gäste hinausbrachte. Seine Entscheidung, die Pistole zu ziehen, sei nicht schuldhaft falsch gewesen, weil er sich drei gefährlichen, angetrunkenen Personen gegenübergesehen habe; er habe sich in dieser Lage nicht mit der Benützung des Gummiknüppels zu begnügen brauchen. O. [REDACTED] habe erneut Hausfriedensbruch begangen und tätlichen Widerstand gegen G. [REDACTED] geleistet, als dieser ihn anpackte, um ihn wieder hinauszuschaffen. G. [REDACTED] habe das erforderliche Maß der Abwehr nicht überschritten, als er bei dem anschließenden Handgemenge mit der Pistole auf O. [REDACTED] schlug. Nunmehr habe sich der gewalttätige, unter starken Alkoholeinfluß stehende, kräftige Kläger eingemischt. Trotz einer nochmaligen Warnung G. [REDACTED]s,

er werde schießen, sei der Kläger mit Fäusten auf den Beamten losgegangen und habe ihm einen so schweren Schlag ins Gesicht versetzt, daß er zur Seite flog, ein Tisch verschoben wurde und der Beamte eine Gehirnerschütterung davontrug. Erst jetzt habe der Beamte geschossen; das sei berechnete Notwehr gewesen und habe das erforderliche Maß ebenfalls nicht überschritten. Der Beamte habe in dieser Situation Art und Richtung des Schusses nicht mehr anders wählen können.

Der Beamte hatte bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht erklärt, nach dem Schlag sei es wie ein Schleier vor seinem Gesicht gewesen und "wie ein Film vor seinem Auge gegangen", als ob er ausgeschaltet gewesen sei. Dazu bemerkt das Berufungsgericht, daß G. nach der Überzeugung des Oberlandesgerichts nicht etwa den Schuß im Zustande der Bewußtlosigkeit abgegeben habe, sondern allenfalls im Zustande verminderter Zurechnungsfähigkeit. Er habe vorher zweimal mit Kraft abdrücken müssen, weil er damit die Trommel des Revolvers habe weiterdrehen müssen, bevor sich ein Schuß lösen konnte.

III.

Die Revision wendet sich zunächst mit verschiedenen allgemeinen Verfahrensrügen gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts.

1. Die Revision stellt insbesondere zur Nachprüfung, ob die Aufnahme der Aussagen in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf Dima-fonplatte und deren Übertragung in eine Anlage zum Sitzungsprotokoll den Vorschriften der §§ 160 und 162 ZPO entspricht.

Das in den Akten befindliche Verhandlungsprotokoll, das der Form der §§ 159 - 161 ZPO entspricht, enthält nicht die Aussagen der vor dem Berufungsgericht vernommenen Zeugen und Sachverständigen, sondern folgenden Vermerk:

"Der Vorsitzende diktierte jeweils die Aussagen des Sachverständigen und der Zeugen auf Dimafonplatte. Die Aussage wurde den Vernommenen jeweilig vorgespielt und von ihnen genehmigt".

Als Anlage zum Protokoll befindet sich eine Übertragung von der Dimafonplatte, deren Richtigkeit der Vorsitzende und ein Justizangestellter bescheinigt haben.

Ein Verfahrensfehler liegt insoweit nicht vor:
Nach § 161 ZPO braucht das Berufungsgericht die Aussagen vernommener Zeugen und Sachverständiger nicht in das Protokoll aufzunehmen. Sie müssen dann aber, wie die Rechtsprechung in erweiternder Auslegung des § 313 ZPO annimmt, im Urteil wiedergegeben werden, und zwar möglichst im Tatbestand. Der Bundesgerichtshof hat darüber hinaus bereits für ausreichend erklärt, wenn stattdessen der Inhalt der Aussagen in einem Vermerk des Berichterstatters festgehalten wird, der sich bei den Akten befindet, auch wenn er den Parteien nicht zugänglich gemacht worden ist (BGHZ 21, 59; LM ZPO § 161 Nr. 5). Das vom Berufungsgericht hier angewandte Verfahren (siehe dazu Bergmann DRiZ 1960, 174) ist diesem letzterwähnten Verfahren sogar vorzuziehen, weil es zuverlässiger ist. Die Rüge ist deshalb unbegründet.

2. Die Revision beanstandet die Ablehnung eines Vertagungsantrages. Der Anwalt des Klägers hatte eine Vertagung vor dem Oberlandesgericht beantragt, um ihm Gelegenheit zu geben, zu dem Beweisergebnis Stellung zu nehmen, und mit Rücksicht darauf, daß er die Ladung des Sachverständigen nicht erfahren hatte.

Eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs würde vorliegen, wenn das Gericht dem § 227 ZPO zuwider einen Vertagungsantrag abgelehnt, also verkannt hätte, daß erhebliche Gründe für eine Vertagung sprachen. Derartige Gründe lagen jedoch nicht vor. Denn der Anwalt des Klägers war rechtzeitig zum Termin geladen und ihm war mitgeteilt worden, daß eine Beweisaufnahme stattfinden sollte, auch war er auf die vorläufige Dienstanweisung über den Waffengebrauch der Polizei vom 28. September 1950 hingewiesen worden. Durch ein Versehen der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts hatten die Anwälte nur nicht erfahren, daß auch ein Sachverständiger geladen war. Dieser Sachverständige wurde insbesondere über die Bewaffnung und den Waffengebrauch der Polizeibeamten in Schleswig-Holstein gehört. Seine Bekundungen waren nicht entscheidungserheblich, denn das Landgericht und das Oberlandesgericht haben ihre Entscheidungen übereinstimmend auf das allgemeine Notwehrrecht abgestellt; diese Fragen hatten die Parteien eingehend erörtert. Zwar muß der Tatrichter im Zweifel einem Vertagungsantrag stattgeben, wenn die überraschende Vernehmung eines ohne Benachrichtigung der Parteien geladenen Sachverständigen neue Umstände ergibt. Die Partei muß in solchen Fällen die Möglichkeit haben, die Angaben des Sachverständigen durch eigene Forschungen nachzuprüfen oder durch Sachkenner nachprüfen zu lassen. Im vorliegenden Fall war der Kläger aber durch die unterblie-

bene Benachrichtigung keinesfalls beschwert, weil der Sachverständige nichts wesentliches bekundet hatte. In einem solchen Falle gestattet schon § 272^b/Abs. 4 ZPO, von der Benachrichtigung der Parteien abzugehen, wenn sie "für die Wahrnehmung der Rechte der Parteien nicht wesentlich ist".

Die Revision verweist zur Begründung des Vertagungsanspruchs außerdem noch auf Umfang und Bedeutung des Beweisergebnisses, doch nötigten hier diese nicht zur Vertagung, weil die neue Beweisaufnahme an Umfang wesentlich geringer war als die Beweisaufnahme vor dem Landgericht und keine wesentlichen Veränderungen erbracht hatte; ein Rechtsanwalt am Oberlandesgericht muß einen derartigen Streitstoff ohne Vertagung in einer Verhandlung bewältigen können.

3. Das Berufungsgericht hat den Kläger sowie die Zeugen G [REDACTED], B [REDACTED] und O [REDACTED] vernommen, im übrigen jedoch von einer Beweisaufnahme abgesehen. Es hat zusammenfassend bemerkt, daß es bei Würdigung der Beweisaufnahme in allen wesentlichen Punkten zu den gleichen tatsächlichen Feststellungen wie das Landgericht gelange, nur insofern darüber hinausgehe, als es überzeugt sei, daß der Kläger den Schlag gegen G [REDACTED] geführt habe, unter dessen Wirkung dieser gegen einen Tisch flog und beinahe ganz zu Boden kam.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte im einzelnen darlegen müssen, welchen Feststellungen es sich angeschlossen habe, weil nur dann nachprüfbar sei, ob das Berufungsgericht seine Feststellungen ordnungsmäßig getroffen habe.

Diese Rüge geht fehl, denn das Berufungsgericht hat unabhängig von dieser allgemeinen Bemerkung seine Feststellungen über den Ablauf der einzelnen Ereignisse im Urteil ganz eingehend niedergelegt und dabei jeweils die maßgeblichen Beweismittel sowie die Gründe für seine Überzeugung dargelegt. Dieses Verfahren zeigt keinen Fehler.

4. Die Revision rügt als weiteren Verfahrensverstoß, daß das Berufungsgericht den Antrag auf nochmalige eidliche Vernehmung der Zeugen O■■■■■, Ka■■■■■, Sc■■■■■ und Frau M■■■■■ abgelehnt habe.

Die Revision irrt, soweit sie hier die Zeugen O■■■■■ und Frau M■■■■■ erwähnt, denn den Zeugen O■■■■■ hat das Berufungsgericht nochmals vernommen und Frau M■■■■■ ist niemals gehört worden, wie die Revision an anderer Stelle besonders gerügt hat. Zu den übrigen Zeugen hat das Berufungsgericht folgendes bemerkt: Es habe keine Veranlassung bestanden, dem Antrag auf nochmalige eidliche Vernehmung dieser Zeugen stattzugeben; weder sei eine Beeidigung nötig, um eine subjektiv wahrheitsgemäße Aussage herbeizuführen, noch erfordere die Bedeutung der Aussage eine Beeidigung; der Senat müßte dann alle Zeugen beeidigen, die zu der Szene an der Theke ausgesagt haben, ohne daß dabei größere Klarheit gewonnen würde; die Erinnerung der Zeugen würde nicht besser; alle objektiven Nachprüfungsmöglichkeiten seien schon ausgeschöpft.

Das zeigt keinen Rechtsfehler. Denn das Berufungsverfahren ist eine Fortsetzung der Verhandlung erster Instanz. Die vorangegangenen Prozeßhandlungen wirken vor dem Berufungsgericht fort, insbesondere also auch die Beweisaufnahme der ersten Instanz. Es unterliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsrichters, ob er eine Beweisaufnahme

wiederholen will. Dahingehört der Antrag, einen bereits vor dem Landgericht vernommenen Zeugen zu demselben Thema nochmals zu vernehmen (§ 398 ZPO). Auch die Entscheidung über die Beeidigung unterliegt gemäß § 391 ZPO dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Danach ist ein Zeuge nur zu verteidigen, wenn das Gericht dies mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind insoweit frei von Rechts- und Denkfehlern. Dabei war es kein Verstoß gegen das Verbot der Vorwegnahme einer Beweiswürdigung, daß das Berufungsgericht bemerkte, es würde auch durch eine Beeidigung aller Zeugen keine größere Klarheit gewonnen werden. Denn bei der Entscheidung der dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters obliegenden Frage, ob er einen Zeugen nochmals vernehmen oder einen schon vernommenen Zeugen verteidigen will, muß er notwendigerweise das bisherige Gesamtbild der Beweisaufnahme würdigen und seine Erfahrungen über den Wert wiederholter Vernehmungen von Zeugen über Vorgänge der hier behandelten Art verwerten. Diese beiläufige Bemerkung unter mehreren weiteren Erwägungen ist deshalb nicht zu beanstanden.

5. Die Revision rügt die fehlerhafte Ablehnung seines Antrages auf Vernehmung der Zeugin Frau M. [REDACTED]

Der Kläger hatte sich in der Berufungsbegründung auf Frau M. [REDACTED] als Zeugin dafür berufen, dem Kläger sei gar keine Zeit geblieben, der Aufforderung zum Weggehen Folge zu leisten; "Schuß und Anruf erfolgten praktisch gleichzeitig". Das Berufungsgericht hat diese Behauptung, Schuß und Anruf seien "praktisch gleichzeitig" erfolgt, als wahr so unterstellt, daß G. [REDACTED] "sehr schnell nach

dem Anruf" auch geschossen habe. Das wird dem Sinn des Beweisantrages noch gerecht. Die Revision hat nicht aufzeigen können, daß das Berufungsgericht sich mit dieser Wahrunterstellung in Widerspruch gesetzt hat. Insbesondere stand der Wahrunterstellung nicht die eindeutige und entscheidungserhebliche Feststellung entgegen, daß der Kläger vor dem Schuß den Beamten durch einen schnellen und schweren Faustschlag fast niederschlug.

Die Revision trägt weiter vor, daß der Kläger sich auf die Zeugin M. [REDACTED] schon im ersten Rechtszug für weitere Angaben berufen habe. Diese Anträge waren durch die andersartige Berufungsbegründung überholt. Der Kläger hatte auch nicht gerügt, daß insoweit ein im ersten Rechtszug angetretener Beweis nicht erhoben sei; auch deshalb entfiel ein Verfahrensfehler (BGHZ 35, 103).

6. Die Revision rügt weiter folgendes: Das Berufungsgericht habe erklärt, es habe erwogen, die gesamte Beweisaufnahme zu wiederholen; dann könne es nicht die erforderliche Überzeugung von der Richtigkeit der Feststellungen des Landgerichts gewonnen haben.

Das ist unrichtig, denn die Revision reißt einen einzelnen Satz aus längeren Erwägungen des Tatrichters heraus, mit denen das Berufungsgericht darlegt, daß es zu einer allgemeinen Wiederholung der Beweisaufnahme keinen Anlaß gesehen, sondern nur einige wenige wichtige Zeugen und den Kläger erneut gehört habe. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts zeigen keinen Ermessensfehler und lassen an keiner Stelle erkennen, daß das Oberlandesgericht etwaige Zweifel nicht überwunden habe. Soweit das Berufungsgericht die Entscheidung auf erwiesene oder fehlende

Feststellungen stützt, zeigt es an keiner Stelle, daß es sich etwa über die Pflichten eines Tatrichters geirrt hat.

Im übrigen hat der Tatrichter nicht einen mehr oder weniger hohen Grad von Wahrscheinlichkeit festzustellen, sondern zu entscheiden, ob er die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung erlangt hat oder nicht. Diese p e r s ö n l i c h e Gewißheit ist für die Entscheidung notwendig, aber auch genügend. Der Begriff der Überzeugung schließt die Möglichkeit eines anderen, sogar^{des}/gegen-
teiligen Sachverhalts begrifflich nicht aus. Denn im Bereich der vom Tatrichter zu würdigenden Tatsachen ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit ein absolut sicheres Wissen über den Tathergang verschlossen. Allein der Tatrichter hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt überzeugen kann (BGHSt 10, 208).

7. Im Zusammenhang mit der Frage der Notwehr hat die Revision dann drei weitere Verfahrensrügen erhoben:

a) Der Kläger hatte sich auf den Polizeimeister St. [REDACTED] zum Beweise dafür berufen, daß in F. [REDACTED] Wirtshausstreitigkeiten keine Seltenheit gewesen seien, wie G. [REDACTED] gewußt habe, doch hätten sich die Streiten-
den beim Auftauchen der Polizei stets beruhigt.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag nicht beschieden. Das ist ein Verfahrensfehler, doch kann das Urteil nicht darauf beruhen, weil diese Behauptung unerheblich war. Der Polizeibeamte G. [REDACTED] war vom Gastwirt und von Gästen eiligst zu Hilfe gerufen. Die Notwehrlage

für ihn ergab sich erst daraus, daß die streitenden Teile sich bei seinem Erscheinen gerade nicht beruhigten, sondern sogar gegen ihn tätlich wurden. Frühere andere Erfahrungen bei Wirtshausstreitigkeiten schlossen einen abweichenden Ablauf im Einzelfall und ein Entstehen einer Notwehrlage nicht aus.

b) Bei der Erörterung des Berufungsgerichts, daß G [REDACTED] nicht schuldhaft pflichtwidrig gehandelt habe, als er die Pistole zog, statt den Gummiknüppel zu nehmen, heißt es im Urteil: Daß ein Angriff nicht außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit gelegen habe, ergebe sich daraus, daß der Kläger bereits eine Autoritätsperson, nämlich den Wirt, geschlagen hatte.

Die Revision meint, dieser Hinweis trage nicht die Annahme, daß G [REDACTED] mit Widersetzlichkeiten oder Tötlichkeiten durch den Kläger habe rechnen müssen.

Die Rüge geht fehl, denn die Bemerkung des Berufungsgerichts ist nur eine Erwägung im Rahmen längerer Erörterungen. Sie knüpft an die Feststellung an, G [REDACTED] habe gesehen, daß Frau Pau [REDACTED] und der Wirt bereits blutig geschlagen waren; ihr schließt sich die Ausführung an, der Ablauf der Dinge habe die Annahme bestätigt. Der von der Revision beanstandete Satz war in diesem Zusammenhang unbedenklich; die Verletzung von Denkgesetzen ist nicht erkennbar, so daß die Revision insoweit nur die Beweiswürdigung angreift, ohne Rechtsfehler aufzuzeigen.

c) Die Revision sieht einen Beweisfehler in folgendem: Die Annahme, der Schuß sei erst nach dem Schlag durch den Kläger gefallen, sei unrichtig, weil sich dann der Kläger in unmittelbarer Nähe G [REDACTED]s befunden haben müßte; die

Kleidung des Klägers habe aber keinen Brandring gezeigt.

Das Berufungsgericht hat diese Frage geprüft, insbesondere an Hand der Lichtbilder, des Einschusses und des Schußverlaufes. Es hat keine Feststellungen getroffen, daß die Pistole im Augenblick des Schusses so dicht am Körper des Klägers war, daß sich ein Brandring hätte zeigen müssen. Dann sind Verletzungen von Denkgesetzen oder ein Verfahrensfehler insoweit nicht ersichtlich.

d) Im Berufungsurteil heißt es an einer Stelle, der Beamte habe auf den Angreifer gezielt, ~~da~~ n n er habe ihn in den Arm getroffen. Die Revision meint, das sei ein Denkfehler, weil die Tatsache, daß der Kläger in den Arm getroffen ist, keinen gezielten Schuß voraussetze.

Richtig ist, daß die Tatsache einer Verletzung zunächst nur ergab, daß der Beamte geschossen hatte. Gewiß konnte ein Schuß, der in der Handgemenge den Kläger traf, auch ungezielt und versehentlich getroffen haben. Aber dieser eine von der Revision beanstandete Satz ist wieder aus dem Zusammenhang gelöst. Er findet sich in dem Teil des Urteils, in dem das Berufungsgericht die Frage behandelt, ob der Beamte etwa durch den Schlag des Klägers bereits bewußtlos geworden war und noch den für die Notwehr erforderlichen Verteidigungswillen hatte. Die Erörterungen erstrecken sich fast über eine ganze Seite. Nach dem Zusammenhang ist dabei das Wort "denn" nicht grammatikalisch wörtlich zu nehmen. Der Satz soll nur bedeuten, daß das Gericht bei der Frage, ob der Beamte noch vom natürlichen Willen gelenkte Handlungen vornehmen konnte, immerhin auch den Erfolg berücksichtigt hat. Das Berufungsgericht hat also die Tatsache, daß der Beamte den Kläger

getroffen hatte, neben anderen Umständen als unterstützenden Beweisgrund dafür verwertet, daß der Beamte gezielt hat. Eine derartige Überlegung und Folgerung fiel in den Bereich der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung.

Die Revision kann mit derartigen Rügen keinen Erfolg haben. Man kann Rechtsfehler nicht dadurch aufzeigen, daß man einzelne grammatikalische Ungenauigkeiten, Interpunktionsfehler, Ausdrucksfehler oder einzelne falsche Begriffe und unscharfe Folgerungen aus einem umfangreichen Urteil herausgreift; bei jeder einzelnen Rüge darf der Zusammenhang mit dem gedanklichen Aufbau des Urteils und dem Gesamtergebnis der Beweisaufnahme nicht aus dem Auge gelassen werden.

IV.

Die sachlichen Angriffe der Revision führen ebenfalls nicht zum Erfolg.

1. Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsurteils ist richtig. Der Kläger kann Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB und Art. 34 GG nur verlangen, wenn der Polizeibeamte schuldhaft seine Amtspflichten dem Kläger gegenüber verletzt, insbesondere wenn er gegen die Bestimmungen über den Waffengebrauch durch Polizeibeamte verstoßen hat. Die Rechtswidrigkeit des Tuns und damit eine Haftung entfallen insbesondere, wenn der Schuß kraft Notwehr des Beamten rechters war. Dabei hat das Berufungsgericht in Anwendung irrevisiblen Landesrechts ausgeführt, daß die damaligen Ministerialerlasse über den Waffengebrauch in Schleswig-Holstein das Notwehrrecht für Polizeibeamte beim Waffengebrauch

nicht eingeschränkt hatten. Notwehr wiederum ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden (§ 227 BGB).

Der Gedankengang des Berufungsgerichts ist dabei folgender: G [REDACTED] hat geschossen, als der Kläger ihn mit einem Faustschlag fast niederschlug. Dieser Angriff des Klägers war rechtswidrig, obwohl er erst erfolgte, nachdem G [REDACTED] den Schwager des Klägers mit der Pistole geschlagen hatte. Denn gegenüber O [REDACTED] hatte sich G [REDACTED] wieder in Notwehr befunden, weil O [REDACTED] den Beamten ebenfalls rechtswidrig angegriffen hatte. Das ist rechtsfehlerfrei.

2. Abwegig ist die Auffassung der Revision, beim Eintreffen von G [REDACTED] habe äußerlich Ruhe geherrscht, es habe kein Anlaß bestanden, die Pistole zu ziehen, und erst das Ziehen der Pistole habe eine Gefahr verursacht; O [REDACTED] sei kein polizeipflichtiger Störer gewesen.

Damit geht die Revision an eindeutigen tatsächlichen Feststellungen vorbei: Der Beamte war aus der Gastwirtschaft von mehreren Seiten dringendst um Hilfe gebeten worden; er stellte beim seinem Eintreffen fest, daß der gewalttätige, angetrunkene Kläger mehrere Personen in der Gastwirtschaft blutig geschlagen hatte, das Hausverbot des Wirtes mißachtete und diesen bedrohte, wobei sein Schwager O [REDACTED] ihn als Mittäter unterstützte.

Die Polizei ist befugt, zur Verhinderung von Straftaten einzuschreiten, und ist dabei berechtigt, die nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um weitere oder drohende Straftaten angetrunkener Personen in einer vollbesetzten Gastwirtschaft zu verhindern. G [REDACTED]

■ befand sich also in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes, als er versuchte, den O ■ unter Anwendung körperlicher Gewalt beschleunigt aus der Gastwirtschaft hinauszubringen, nachdem dieser dem Verbot des Gastwirts und des Polizeibeamten zuwider wieder zurückgekommen war. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben - insbesondere durch die Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts - cindeutig, daß der Gastwirt in Gegenwart des Polizeibeamten auch O ■ aufgefordert hatte, die Wirtschaft zu verlassen. O ■ handelte also widerrechtlich, als er gegen den in rechtmäßiger Amtsausübung befindlichen Polizeibeamten tätlich wurde. G ■ durfte sich dieses tätlichen Angriffs mit Gewalt, also durch den Schlag mit einer Pistole erwehren. Er durfte diese Gewalt auch anwenden, um die Durchsetzung seiner rechtmäßigen Amtshandlung zu erzwingen. Der Kläger, der nunmehr seinem Schwager zu Hilfe eilte, handelte ebenfalls rechtswidrig und nicht in Nothilfe für O ■, als er den Polizeibeamten mit einem schweren Faustschlag niederschlug. G ■ befand sich nunmehr in rechtmäßiger Notwehr, als er auf den Kläger schoß. Art und Richtung des Schusses sind in keiner Weise zu beanstanden, denn das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.

Das Berufungsgericht hat im einzelnen und ohne Rechtsverstoß dargelegt, daß bei der Lage, in der sich der Beamte gegenüber den drei angetrunkenen, gefährlichen, untereinander verwandten, straffällig gewordenen Gästen befand, seine Maßnahmen vor dem Faustschlag durch den Kläger angemessen und erforderlich waren und kein Übermaß darstellten. Dabei ist dem Berufungsgericht insbesondere zuzustimmen, daß weder Mißbrauch noch Übermaß vorlag, als G ■ nicht den Gummiknüppel benutzte, sondern im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens sich

entschloß, die Pistole zu ziehen und damit zu warnen. Das Berufungsgericht hat sich insoweit dem Sachverständigen Moll angeschlossen, der es ebenfalls als richtig bezeichnet hat, in einem geschlossenen Raum bei mehreren möglichen Gegnern die Pistole gebrauchsfertig zu machen, und nicht den Gummiknüppel. Entscheidend blieb aber die Tatsache, daß der Kläger den Beamten bei rechtmäßiger Ausübung seines Amtes rechtswidrig angriff und mit einem schweren Faustschlag fast niederschlug; diesen brutalen und gefährlichen Angriff durfte der Beamte mit der Waffe abwehren.

Zu Unrecht meint der Kläger auch jetzt noch, der Beamte habe nicht in Notwehr gehandelt, weil er bewußtlos gewesen sei, also seinerseits keinen Verteidigungswillen mehr gehabt habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger sich überhaupt darauf berufen könnte, weil er es war, der durch seinen rechtswidrigen Faustschlag die Bewußtseinsminderung des Beamten vorsätzlich verschuldet hatte. Die Erwägungen des Berufungsgerichts genügen jedenfalls zur Bejahung des für eine Notwehr ausreichenden natürlichen Verteidigungswillens bei G [REDACTED] im Augenblick des Schusses.

3. Ansprüche aus Aufopferung bestehen für den Kläger dann ebenfalls nicht, weil rechtmäßige Maßnahmen der Polizei gegenüber einem polizeilichen Störer keinen Aufopferungstatbestand bilden, sondern den Störer nur rechtmäßig in die Schranke der für ihn und alle geltenden Gesetze verweisen (BGHZ 5, 144/151). Der Kläger hat also die bedauerlichen schweren Folgen des Schusses alleine verschuldet.

Die Revision muß daher mit der Kostenfolge des
§ 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler