

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 69/67

### URTEIL

Verkündet am  
30. Januar 1970  
Z u g ,  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Humphrey L. G [REDACTED] aus G [REDACTED]/Westafrika,  
z.Zt. wohnhaft in A [REDACTED], Altersheim "Haus L [REDACTED]",  
gesetzlich vertreten durch seinen Pfleger, Rechtsanwalt  
Hans B [REDACTED], B [REDACTED], S [REDACTED]straße 11 - 12,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Stadt M [REDACTED], vertreten durch Oberbürgermeister  
Dr. R [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1970 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Simon, Dr. Girisch und Dr. Schönberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 5. April 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der vorliegenden Revision sowie des Revisionsverfahrens Ib ZR 71/65, soweit über diese Kosten nicht bereits entschieden worden ist - an den 9. Zivilsenat des Berufungsgerichts in Freiburg/Breisgau zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger stammt aus G (Westafrika) und hat mehrere Jahre in England studiert; er kam im Juli 1958 nach Deutschland, um sich als Elektro-Ingenieur weiter auszubilden, und arbeitete hier bei der Firma B, B & Cie. in M.

- 3 -

Am 31. Oktober 1958 kaufte der Kläger im Kaufhaus ● & ● B. in M., der früheren Beklagten zu 1, gegen Barzahlung einen Pullover. Beim Verlassen des Warenhauses verdächtigten ihn zwei Angestellte der Firma B. des Diebstahls, verfolgten ihn durch die Straßen bis zum Marktplatz und veranlaßten dort seine Festnahme durch die Polizei. Der Kläger wurde sodann auf der Polizeiwache durchsucht und, nachdem sich der Verdacht als unbegründet erwiesen hatte, alsbald wieder entlassen.

Er machte in der Folgezeit geltend, er habe bei diesen Vorfällen Mißhandlungen erlitten, die zu dauernden Gesundheitsschäden geführt hätten. Die festnehmenden Polizeibeamten, Bedienstete der jetzt noch allein im Verfahren verbliebenen beklagten Stadt, hätten ihn unter Anwendung des Polizeigriffs zur Wache gebracht; dort habe ihn ein Polizeibeamter, als er mit erhobenen Armen mit dem Gesicht zur Wand gestanden sei, am Nacken gefaßt und mit dem Kopf gegen die Wand gestoßen. In den nächsten Tagen habe er anhaltende Schmerzen in den Oberarmen, in den Schultergelenken und im Nacken verspürt; dazu seien noch heftige Kopfschmerzen gekommen. Später hätten sich die Beschwerden verschlimmert; es sei Schwerhörigkeit aufgetreten, seine Sehfähigkeit habe zusehends nachgelassen; nach einem Gutachten des Gesundheitsamtes A. vom 10. Oktober 1961 sei er zu 100 v.H. erwerbsunfähig, auf dem linken Auge praktisch blind, auf dem linken Ohr taub und auf dem rechten Ohr erheblich schwerhörig. Für diese Beschwerden sei die ihm am 31. Oktober 1958 zugefügten Mißhandlungen ursächlich.



Am 29. Juli 1960 schloß die beklagte Stadt mit dem Kläger einen Abfindungsvergleich, durch den sie sich verpflichtete, dem Kläger als Ausgleich für die Nachteile, die dieser durch den Vorfall vom 31. Oktober 1958 erlitten hat, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine Beihilfe von 20.000 DM zu gewähren und die Anwaltskosten zu übernehmen; in Ziff. 3 ist bestimmt, daß mit der Zahlung dieses Betrages alle Ansprüche für die Vergangenheit und Zukunft abgegolten sind, die der Kläger aus diesem Vorfall gegen die Stadt M. und alle an dem Vorfall Beteiligten erheben könnte.

Der Kläger hat ursprünglich den Standpunkt eingenommen, der Vergleich sei nicht wirksam zustande gekommen. Auf jeden Fall könne er weitere Ansprüche geltend machen, da zur Zeit des Vergleichsabschlusses die später eingetretene weitgehende Hör- und Sehschwäche sowie die dauernde Arbeitsunfähigkeit nicht vorausszusehen gewesen seien.

Er hat deshalb im vorliegenden Verfahren von der Firma & B., der Stadt M. und dem kaufmännischen Angestellten der früheren Erstbeklagten, Remfort, Ersatz seines gesamten, ihm aus dem Vorfall vom 31. Oktober 1958 entstandenen Schadens verlangt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage gegen alle drei Beklagten abgewiesen. Durch Urteil vom 16. März 1966 - Ib ZR 71/65 - hat der erkennende Senat die Revision des Klägers zurückgewiesen, soweit sie die Abweisung der Klage gegenüber der Firma B. und gegenüber R. betraf. Soweit die gegen

die Stadt M. gerichtete Klage abgewiesen wurde, hat der Senat das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dabei ist in den Gründen des Revisionsurteils ausgeführt, der Abfindungsvergleich, mit dem alle Ansprüche des Klägers für Vergangenheit und Zukunft haben abgegolten werden sollen, sei zwar wirksam zustande gekommen. Das hindere den Kläger aber nicht, weitergehende Ansprüche aus dem Schadensereignis zu erheben, wenn beide Parteien bei Vertragsschluß von einem begrenzten Schadenskreis ausgegangen sind, der nachträglich eingetretene Schaden objektiv außerhalb des vorgestellten Schadenskreises liegt und subjektiv nicht voraussehbar war, und wenn endlich anzunehmen ist, daß die Parteien bei seiner Kenntnis nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs den Vergleich nicht geschlossen hätten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils

1. die beklagte Stadt zu verurteilen, an ihn
  - a) DM 22.500 nebst 4 v.H. Zinsen aus DM 450 seit dem 1. Dezember 1958 und jeweils 4 v.H. aus DM 450 pro Monat für die Zeit vom 1. Januar 1959 bis 31. Dezember 1962,
  - b) ein der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld zu bezahlen;
2. festzustellen, daß die beklagte Stadt verpflichtet ist, dem Kläger allen weiteren

aus dem Schadensereignis vom 31. Oktober 1958 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die Beklagte trat in allen Rechtszügen der Klage entgegen. Sie bestreitet, daß ihre Polizeibeamten den Kläger am 31. Oktober 1958 mißhandelt hätten; der Kläger sei einige Zeit nach dem Vorfall in den Städtischen Krankenanstalten M. unter Zuziehung eines Arztes aus Nigeria gründlich untersucht worden, wobei keine auf Mißhandlungen zurückzuführende physische Beeinträchtigung festgestellt worden sei.

Das Berufungsgericht hat nach der Zurückverweisung der Sache durch den erkennenden Senat die drei an den Vorgängen am 31. Oktober 1958 beteiligten Polizeibeamten durch den Einzelrichter vernehmen lassen und daraufhin die Berufung des Klägers erneut zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger wiederum Revision erhoben, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die vom Kläger jetzt noch geltend gemachten Schadensersatzansprüche nach den §§ 823, 839 BGB nur dann begründet sein könnten, wenn festzustellen wäre, daß der Kläger am 31. Oktober 1958 durch die beteiligten Polizeibeamten mißhandelt worden sei, daß dadurch die behaupteten Spätfolgen hervorgerufen worden seien und daß Schäden

in diesem Umfang und mit diesen Auswirkungen bei Vergleichsabschluß am 29. Juli 1960 nicht erkennbar gewesen seien. Die Beweislast für die Art und Schwere der behaupteten Mißhandlungen und für die Ursächlichkeit im Hinblick auf die behaupteten Spätfolgen trage der Kläger, zu dessen Gunsten allerdings die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Beweis des ersten Anscheins eingreifen könnten. Doch müsse dieser erste Anschein gegeben sein. Daran fehle es, da die vom Kläger behaupteten Mißhandlungen nicht festgestellt werden könnten.

Vielmehr sei nach den "bestimmten und glaubwürdigen" Aussagen der drei im Berufungsrechtszug vernommenen Polizeibeamten zur Überzeugung des Berufungsgerichts erwiesen, daß der Kläger von diesen Beamten weder durch Verdrehen der Arme, noch durch Nackenschläge oder durch Stoßen mit dem Kopf an die Wand mißhandelt worden sei.

Demgegenüber habe der Kläger zwei Tage nach dem Vorfall einem Arzt erklärt, er sei von zwei Männern überfallen worden. Einen Monat später habe er einem anderen Arzt erzählt, er sei beim Verlassen des Warenhauses mißhandelt und dabei u.a. an der Stirn und an der rechten Schläfenseite getroffen worden. Hätte er tatsächlich die behaupteten Mißhandlungen von den Polizeibeamten erlitten, sei es unverständlich, daß er bei den alsbald aufgesuchten Ärzten nicht davon gesprochen habe.

Darüber hinaus habe der Kläger etwa eine Woche nach dem 31. Oktober 1958 dieselbe Polizeiwache, auf der er mißhandelt worden sein wolle, wieder aufgesucht,

um sich bei der Ausfüllung von Umzugsformularen helfen zu lassen. Dort habe er den an seiner körperlichen Durchsuchung mitbeteiligten Zeugen K. [REDACTED] erkannt, habe ihn freundschaftlich begrüßt und sich, als dieser ihm die Formulare ausfüllte, obgleich er dafür gar nicht zuständig gewesen sei, für dessen Unterstützung bedankt. Es sei unglaublich, daß jemand, der in der vom Kläger behaupteten Weise von Polizeibeamten mißhandelt worden sein wolle, dieselbe Wache kurz danach zur Regelung privater Angelegenheiten freiwillig in Anspruch nähme.

Auffällig sei ferner, daß der Kläger im Dezember 1960 als Ursache für seine Sehschwierigkeiten einen Unfall vor einem Jahre, also Ende 1959, und im Januar 1961 als Ursache der Gehörerkrankung einen Unfall vor zwei Jahren, also ebenfalls 1959 angegeben habe.

Die Darstellung der drei Polizeibeamten verdiene daher den Vorzug. Der Kläger könne auch nicht den Beweis des ersten Anscheins für einen Ursachenzusammenhang der Vorgänge bei seiner polizeilichen Festnahme am 31. Oktober 1958 und den jetzt von ihm behaupteten schweren Seh- und Hörstörungen erbringen.

II. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit mehreren Verfahrensrügen, denen im Ergebnis der Erfolg nicht versagt werden kann.

1. Zu Unrecht bemängelt die Revision allerdings, daß das Berufungsgericht die von ihm beigezogenen Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Mannheim 2 Js 114/59 verwertet hat. Spätestens mit der Bekannt-

gabe ihrer Beiziehung im Schlußtermin vor dem Oberlandesgericht am 15. März 1967 waren sie Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Anders ist die Mitteilung nicht zu verstehen. Der Kläger hätte sich deshalb gegen ihre Verwertung wehren müssen, wenn er sie gänzlich unberücksichtigt wissen wollte (§ 295 Abs. 1 ZPO).

2. Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß das angefochtene Urteil insofern verschiedene Verfahrensverstöße aufweist, als das Berufungsgericht das vorhandene Beweismaterial nicht erschöpfend gewürdigt und sich mit gewichtigen, für die Darstellung des Klägers sprechenden Umständen überhaupt nicht auseinandergesetzt, dagegen andere Einzelheiten unter Verletzung von allgemeinen Erfahrungssätzen einseitig zu seinen Lasten gewertet hat.

a) Schon die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung der Angaben, die der Kläger seinen Ärzten über die Ursache seiner Beschwerden gemacht hat, verstößt gegen allgemeine Erfahrungssätze.

Wenn der Kläger zu Dr. M. [REDACTED] gesagt hat (Bl. 50 der Strafakten), er sei von zwei Männern überfallen und geschlagen worden, so steht das durchaus im Einklang mit seiner sonstigen Darstellung von den Vorgängen am 31. Oktober 1958. Seine vorläufige Festnahme konnte sich nach der Lebenserfahrung für ihn ohne weiteres als ein Überfall mit anschließender Gewaltanwendung darstellen. Im übrigen hatte er Sprachschwierigkeiten mit Dr. M. [REDACTED] und wechselte aus diesem Grunde den Arzt (Bl. 55 der Strafakten). Er konnte von Dr. M. [REDACTED] also auch falsch verstanden worden sein.

Dr. L. [REDACTED] hat im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren (Bl. 46 der Strafakten) nur mitgeteilt, der Kläger habe ihm berichtet, er sei nach (nicht, wie im Berufungsurteil steht, bei) Verlassen eines Warenhauses von mehreren Personen mißhandelt und dabei an der Stirn und der rechten Schläfenseite heftig getroffen worden. Es ist nicht einzusehen, inwiefern das der Schilderung widersprechen sollte, die der Kläger auch in der Klage von dem Vorfall am 31. Oktober 1958 gibt. Daß er die Polizeibeamten nicht ausdrücklich erwähnt hat, kann keine entscheidende Rolle spielen.

Denn um die gleiche Zeit hat er sich - was das Berufungsgericht nicht erwähnt - gegenüber anderen Personen genauer über seine Erlebnisse an dem fraglichen Tage geäußert. So stimmt sein schriftlicher Bericht an die Firma B. [REDACTED], M. [REDACTED] vom 1. November 1958, also einen Tag nach dem Vorfall, nachdem er diesen noch am gleichen Tag dem Ausländerbetreuer S. [REDACTED] der Firma B. [REDACTED], B. [REDACTED] & Cie. gemeldet hatte (Bl. 60/61 und 64 der Strafakten), in den wesentlichen Punkten mit seinem Prozeßvortrag überein. Dr. O. [REDACTED], der ihn ersichtlich besser verstand, hat er anlässlich der Behandlung vom 10. November 1958 gerade von Mißhandlungen durch Polizeibeamte erzählt (Bl. 55 der Strafakten). Im wesentlichen die gleichen Angaben des Klägers sind in dem vertrauensärztlichen Gutachten der IVA vom 19. Dezember 1958 (Bl. 53 der Strafakten) festgehalten.

In diesen Zusammenhang gehören noch die vom Berufungsgericht als auffällig bezeichneten Angaben, die der Kläger in den Jahren 1960 und 1961 gegenüber zwei Ärzten über den Zeitpunkt der von ihm behaupteten

Gewaltanwendungen gemacht hat. Damals soll er (Bl. 23 u. 25 der grauen Anlagenmappe) den erlittenen "Unfall" nur ein bzw. zwei Jahre zurück-, also - wie das Berufungsgericht meint - in das Jahr 1959 verlegt haben. Dabei handelt es sich aber ersichtlich um Ungenauigkeiten, die erfahrungsgemäß in ärztlichen Attesten häufig vorkommen. Die beiden Arztberichte liegen im übrigen nur rund zwei Monate auseinander, weshalb die Angabe des Klägers gegenüber Dr. W. [REDACTED] im Januar 1961, er habe zwei Jahre zuvor ein Schädeltrauma erlitten, ziemlich nahe an den wirklichen Zeitpunkt herankommt. Der Kläger hat sich aber darüber hinaus, wie aus zahlreichen anderen ärztlichen Äußerungen hervorgeht, bis in das Jahr 1961 immer auf die gleichen von dem Vorfall vom 31. Oktober 1958 herrührenden Mißhandlungen durch Polizeibeamte berufen (Bl. 4, 6/7, 17, 27, 29 der grauen Anlagenmappe).

b) Weisen somit die Angaben des Klägers über seine Erlebnisse am 31. Oktober 1958 allenfalls geringfügige Ungenauigkeiten, keineswegs aber ins Gewicht fallende Widersprüche auf, so hätte das Berufungsgericht - wie die Revision zutreffend hervorhebt - auch die kurz nach dem Vorfall erhobenen objektiven ärztlichen Befunde nicht vollständig außer acht lassen dürfen, sondern hätte sie in seine Erwägungen über die Glaubwürdigkeit der Darstellung des Klägers oder der drei Polizeibeamten einbeziehen müssen. Außerdem wären die Befunde dafür von Bedeutung gewesen, inwieweit der erste Anschein für den vom Kläger behaupteten Sachverhalt spricht. Denn mittels Anscheinsbeweises kann nicht nur von einem feststehenden Ereignis auf den Zusammenhang mit einem eingetretenen Erfolg, sondern auch umgekehrt von einem eingetretenen Erfolg auf ein bestimmtes Ereignis als

Ursache geschlossen werden (BGH LM Nr. 26 zu § 286 (C) ZPO).

Schon Dr. M., in dessen Behandlung sich der Kläger bereits am 2. November 1958 begeben hatte, stellte aber nach seinem Attest vom 3. November 1958 (Bl. 1 der grauen Anlagenmappe) am "lk. Schultergürtel Prellungsfolgen und Hämatome" fest (vgl. auch Bl. 50 der Strafakten). Nur eine Woche später fand Dr. O. (Bl. 2 der grauen Anlagenmappe) noch schmerzhaft Muskelverhärtungen im Gebiet des linken Trapeziusmuskels vor. Am 2. Dezember 1958 mußte er eine Bindegewebsmassage absetzen, weil die Muskulatur oberhalb des linken Schulterblattes weiterhin schmerzhaft geschwollen war. Diese ärztlichen Feststellungen deuten in hohem Maße auf eine Gewalteinwirkung hin, die der Kläger erlitten hat. Die zeitliche Aufeinanderfolge legt auch nahe, sie mit den Vorgängen am 31. Oktober 1958 in Zusammenhang zu bringen. Das Berufungsgericht hätte deshalb im einzelnen darlegen müssen, warum es gleichwohl die Aussage der drei Polizeibeamten, es sei damals zu keinerlei Gewalthandlung gekommen, für glaubhaft hält. Das um so mehr als der Kläger von Anfang an behauptet und unter Beweis gestellt hatte - was die Beklagte übrigens nie bestritten hat -, daß er vor dem 31. Oktober 1958 völlig gesund gewesen sei.

c) Einen Verstoß gegen die Denk- und gegen allgemeine Erfahrungssätze stellt endlich dar, wie das Berufungsgericht den Besuch des Klägers auf der gleichen Polizeiwache etwa eine Woche später gewertet hat.

Der Kläger hat die Darstellung des Zeugen Kornmeier über die erneute Begegnung keineswegs zugegeben.

Er hat sich nur nicht mehr zur Beweisaufnahme geäußert. Deshalb ist durchaus zweifelhaft, ob er als Farbig den Zeugen überhaupt wiedererkannt hat. Wenn er aber den Polizeibeamten für eine Gefälligkeit in Anspruch nahm, wobei die Ausfüllung von Meldeformularen nach dem Umzug schwerlich als eine "private Angelegenheit" bezeichnet werden kann, so war es geradezu selbstverständlich, daß er sich dabei freundlich verhielt. Jedenfalls spricht dieser Umstand nicht gegen ihn. Im übrigen wußte er von erheblichen Gesundheitsschäden, die die von ihm behaupteten Mißhandlungen hervorrufen konnten, damals noch nichts.

Halten somit sämtliche vom Berufungsgericht gegen die Darstellung des Klägers und für die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen verwendeten Einzelumstände einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand und hat das Berufungsgericht außerdem das ihm zur Verfügung stehende Beweismaterial nicht voll ausgeschöpft, so fehlt es an einer geschlossenen tatrichterlichen Würdigung, wie sie als Grundlage für den Erlaß eines Urteils gefordert werden muß.

3. Die Revision beanstandet außerdem, daß die Vernehmung der Polizeibeamten durch den Einzelrichter und nicht vor dem Senat des Berufungsgericht durchgeführt worden ist. Die Rüge greift insofern durch, als das Berufungsgericht nach Lage des Falles die Beweisaufnahme vor dem voll besetzten Senat hätte wiederholen müssen.

a) Nach den §§ 348, 350, 523 ZPO war die Bestellung eines Einzelrichters im Berufsrechtszug an sich

zulässig. Dieser konnte auch nach pflichtgemäßem Ermessen (BGHZ 40, 179, 182) einzelne Beweise erheben (§ 349 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Da er, solange das Verfahren bei ihm anhängig war, selbst das "Prozeßgericht" verkörperte, konnten sich die Parteien gegen eventuelle Überschreitungen seiner Befugnisse nur durch einen Antrag auf Wiederholung der Beweisaufnahme vor dem Kollegium wenden, die nach § 398 ZPO wiederum im Ermessen des voll besetzten Gerichts lag (BGHZ 32, 233, 237).

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme kann aber nach § 295 ZPO geheilt werden. Das ist die ganz überwiegende Meinung in der Rechtsprechung (BGHZ 40, 173; 23, 207; BGH FamRZ 1965, 137) und im Schrifttum (Johannsen in Anm. zu IM Nr. 7 zu § 355 ZPO; Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts, S. 121; Rosenberg, Lehrbuch § 75 I 2; Baumbach/Lauterbach, Anm. 2 D zu § 295 und 3 zu § 375 ZPO; Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 355 ZPO; Zöller/Stephan, Anm. 3 b zu § 295, 1 zu § 349 und 2 zu § 355 ZPO; a.A. Stein/Jonas/Pohle, Anm. II 2 a zu § 295 und III zu § 355 ZPO und E. Peters, Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß, S. 103), der auch der erkennende Senat beitrifft.

Der Kläger hat in dem auf die Beweisaufnahme durch den Einzelrichter folgenden Termin vor dem voll besetzten Senat des Berufungsgerichts keine Einwendungen gegen das bis dahin eingeschlagene Verfahren erhoben. Damit ist ihm die Rüge, das Berufungsgericht habe gegen § 355 Abs. 1 ZPO verstoßen, auch im Revisionsrechtszug versagt, wobei dahingestellt bleiben kann (wie in BGHZ 40, 179), ob der Kläger daran nicht schon nach Abs. 2 dieser Vorschrift gehindert ist.

b) Unabhängig davon kann die unterlassene Zeugenvernehmung durch den voll besetzten Senat jedoch einen Verstoß gegen § 286 ZPO darstellen, nämlich dann, wenn das Berufungsgericht eine Feststellung getroffen hat, die es nicht nach dem in dem Vernehmungsprotokoll niedergelegten Beweisergebnis, sondern nur auf Grund einer vor ihm erfolgten Beweisaufnahme hätte treffen können (vgl. Johannsen aaO). Diese Rüge wird von einem nach § 295 ZPO zu unterstellenden Verzicht nicht erfaßt, da die Feststellungen des Berufungsgerichts erst mit dem Erlaß seines Urteils erkennbar waren und sich die Anwälte des Klägers vorher auf eine Verwertung der Beweisprotokolle in der geschehenen Weise nicht einzustellen brauchten.

Das Berufungsgericht hat nun die Aussagen der drei Polizeibeamten als "bestimmt und glaubwürdig" bezeichnet und deshalb keinen Anlaß gesehen, sie in Zweifel zu ziehen. Zu dieser Feststellung stand ihm lediglich die Niederschrift des Einzelrichters über die vor ihm durchgeführte Beweisaufnahme zur Verfügung. Wenn aber Zeugenangaben als "bestimmt" angesehen werden sollen, so kann sich das sowohl auf den Tonfall, indem sie gemacht wurden, wie auf die ihnen zugrunde liegende unerschütterbare Haltung beziehen. Beides sind Eigenheiten aus der Person der Zeugen, die durchaus für deren Glaubwürdigkeit von Bedeutung sein können, die aber, jedenfalls unter den ganz besonderen Umständen wie sie im Streitfall vorliegen, nur nach einer persönlichen Gegenüberstellung der Zeugen vor den entscheidenden Richtern sachgerecht zu beurteilen sind.

Denn die Beklagte hat nach Abschluß der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen immerhin die beträcht-

liche Summe von 20.000,-- DM an den Kläger gezahlt und in den bisherigen Instanzen mit Nachdruck eigentlich nur darum gekämpft, daß mit diesem Betrag alle denkbaren Ansprüche des Klägers abgegolten sind. Ferner sind die drei Polizeibeamten richterlich erstmals acht Jahre nach dem Vorfall vernommen worden, ein Zeitraum, in dem das Erinnerungsvermögen des Menschen erfahrungsgemäß erheblich nachläßt. Um so überraschender sind die sehr ins Einzelne gehenden Angaben der Zeugen vor dem Einzelrichter des Berufungsgerichts. Sie sind ausführlicher als ihre Stellungnahmen in dem gegen sie im Jahre 1958 eingeleiteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, in dem sie unter dem Druck eines bevorstehenden Disziplinar- oder sogar Strafverfahrens gestanden haben.

Dabei fällt auf, daß alle drei Zeugen erstmals vor dem Einzelrichter des Berufungsgerichts angegeben haben, ein Anschlag des Klägers mit dem Kopf an die Wand sei schon deshalb nicht möglich gewesen, weil zwischen ihm und der Wand stets einer der Beamten gestanden habe. Abgesehen davon, daß es nicht recht verständlich ist, warum die Zeugen mit diesem für ihre Entlastung äußerst wichtigen Umstand erst jetzt hervortreten, steht die neue von ihnen behauptete Tatsache im Widerspruch dazu, daß sich der Kläger, als er sich gegen die körperliche Durchsuchung wehrte, mit dem Blick zur Wand stellen mußte, um den ungestörten Ablauf der angeordneten Maßnahme zu gewährleisten. Dazu hätte keinerlei Anlaß bestanden, wenn sich ohnehin ein Beamter vor und einer hinter ihm befunden hätte. Die Durchsuchung wäre im Gegenteil dadurch erheblich erschwert, wenn nicht überhaupt unmöglich gemacht worden, daß in dem nur 2,30 bis 2,50 m breiten Gang

drei erwachsene Personen (der Kläger und zwei Polizeibeamte) quer zu den Wänden hintereinander bzw. einander gegenübergestanden hätten. Den Kläger gegen die Wand zu stellen, hatte für die tätigwerdenden Polizisten nur einen Sinn, wenn der Kläger dadurch in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt wurde. Das aber setzte voraus, daß er sich mit den Händen an der Wand abstützte oder doch mindestens, daß er unmittelbar an der Wand stand.

Damit hätte sich das Berufungsgericht auseinanderzusetzen müssen, ehe es die Aussagen der drei Zeugen für glaubwürdig hielt. Denn bei derart einmütigen, nach so langer Zeit erstmals aufgestellten widersprüchlichen Behauptungen läßt sich nach der Lebenserfahrung der Verdacht einer Absprache der drei Zeugen nicht von der Hand weisen, wenn man in Betracht zieht, was für sie auf dem Spiel steht, falls sich tatsächlich eine Gewaltanwendung gegenüber dem Kläger herausstellt. Zumindest war ein erhebliches Mißtrauen gegen ihre Glaubwürdigkeit am Platze, das das Berufungsgericht ersichtlich nicht hat walten lassen, wenn es sich nicht einmal durch den voll besetzten Senat einen persönlichen Eindruck von den Zeugen verschafft, geschweige denn die Aussagen im einzelnen hinreichend gewertet hat.

Dabei war von vornherein schon insofern besondere Vorsicht geboten, als die drei Polizeibeamten überhaupt nur als Zeugen auftreten konnten, weil für eine von ihnen begangene Amtspflichtverletzung nach Art. 34 GG an ihrer Stelle in jedem Falle die Beklagte haftet, ohne deren Eintrittspflicht sie, gegen die sich nach wie vor die eigentlichen Vorwürfe richten, sich, wie der Kläger, in der Rolle einer Prozeßpartei befänden.

III. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der erneuten Behandlung des Falles wird über die erörterten Beanstandungen hinaus folgendes zu beachten sein:

1. Das Berufungsgericht hat bislang ersichtlich allein die Feststellung einer vorsätzlichen Mißhandlung des Klägers durch die drei vernommenen Zeugen ins Auge gefaßt. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an, wie überhaupt von untergeordneter Bedeutung ist, ob der Kläger eine Mißhandlung im Sinne einer den Polizeibeamten bewußt gewordenen Gewaltanwendung erlitten hat.

Denn eine schuldhafte Amtspflichtverletzung, auf die die Klage nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG gestützt werden kann, liegt bereits in der Anordnung der körperlichen Durchsuchung des Klägers als solcher. Wie für alle Staatsakte gilt auch für Strafverfahrensmaßnahmen nach § 102 StPO der Grundsatz der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit (KMR Anm. 8 zu § 102 u. Anm. 4 Vorbem. § 94 StPO; vgl. dazu ganz allgemein BGHZ 4, 302, 308; 18, 366, 368; BGH NJW 1964, 198). Dieser Grundsatz ist hier dadurch verletzt worden, daß die Polizeibeamten sofort zur körperlichen Durchsuchung des Klägers geschritten sind, noch bevor sie die sehr viel näher liegende, aber weniger in die Freiheits-sphäre des Klägers eingreifende und damit insgesamt weniger einschneidende Maßnahme trafen, sich die von ihm mitgeführte Einkaufstasche zeigen zu lassen, die den gekauften Pullover mit Kassenzettel zutage gefördert und damit jede weitere Amtshandlung erübrigt hätte.

Daß beim Verdacht eines Warenhausdiebstahles die Untersuchung einer Tasche, die der Verdächtige bei sich hat, seiner körperlichen Durchsuchung vorausgehen muß, liegt so klar auf der Hand, daß ihre Unterlassung ohne weiteres als fahrlässig bezeichnet werden muß, zumal wenn - wie hier - gar keine besondere Gefahr mehr drohte. Auf Angaben Dritter über den Inhalt der Tasche durften sich die Polizeibeamten dabei nicht verlassen. Wenn jedoch Polizeioberkommissar S. bei seiner Vernehmung durch den Einzelrichter des Berufungsgerichts ausgesagt hat, er sei nicht an die Einkaufstasche des Klägers gegangen, weil die Leute von B. erklärt hätten, der Kläger müsse die Pullover am Körper tragen, denn in der Tasche sei nur der gekaufte Pullover, das hätten sie schon während des vorausgegangenen Handgemenges festgestellt, so steht das in Widerspruch zu den Angaben der Angestellten M. und R. von der Firma & B. im Strafverfahren (Strafakten Bl. 40 R, 41 R), wonach diese die Verfolgung des Klägers gerade deshalb aufgenommen haben, weil sie seine Tasche nicht vorher einsehen konnten.

Ist bereits in der Anordnung der sofortigen körperlichen Durchsuchung des Klägers eine schuldhaft Amtspflichtverletzung des aufsichtsführenden Polizeibeamten zu erblicken, so bedarf es keiner weiteren, etwa in einer körperlichen Mißhandlung durch einen Beamten bestehenden Amtspflichtverletzung mehr, um die Haftung der beklagten Stadt für die dem Kläger entstandenen Schäden herbeizuführen. Diese müssen vielmehr lediglich im Sinne der adäquaten Ursächlichkeit (BGHZ 3, 261) überhaupt auf die Durchsuchungsmaßnahme

zurückzuführen sein. Die Körperverletzung, die die Gesundheitsschäden des Klägers bewirkt haben soll, bildet dabei nur noch ein Glied in der Ursachenkette, dem keine selbständige Bedeutung mehr zukommt. Sie braucht nicht unbedingt in einer (vorsätzlichen) Mißhandlung bestanden zu haben, ist aber andererseits nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß eine solche Mißhandlung verneint wird.

Da eine unzulässige körperliche Durchsuchung durch die Polizei ohne weiteres geeignet ist, Gegenwehr hervorzurufen, die ihrerseits wieder zu Körperverletzungen verschiedenster Art führen kann, würde es im vorliegenden Falle an der Ursächlichkeit im Sinne der auch vom Bundesgerichtshof (aaO) vertretenen Adäquanztheorie nicht fehlen. Selbst wenn man den Aussagen der vernommenen Polizeibeamten folgt, ist es zu solchen Abwehrhandlungen des Klägers gegen eine Leibesvisitation gekommen, die zur Folge gehabt haben sollen, daß ihm die Hände hochgehalten werden mußten und einer der Beamten seine Beinstellung korrigiert hat. Daß dabei der Kläger mit dem Kopf gegen die Wand stieß, kann den an einer Durchsuchung beteiligten Polizeibeamten durchaus entgangen sein.

2. Darüber, ob das angenommen werden kann bzw. sogar muß und ob damit die vom Kläger behaupteten Gesundheitsschäden einschließlich der aufgetretenen Spätfolgen auf die schuldhaft rechtswidrige Anordnung der körperlichen Durchsuchung des Klägers zurückzuführen sind, hat das Berufungsgericht bei erneuter Behandlung der Sache unter eingehender Würdigung des gesamten Streitstoffes und sorgfältiger Abwägung aller

Umstände des Falles zu entscheiden. Dabei wird es zu beachten haben, daß nur der Ablauf des Geschehens, das den sog. "konkreten Haftungsgrund" bildet (einschließlich der Frage, ob der Ersatz Begehrende von dem schadensstiftenden Ereignis überhaupt betroffen worden ist), nach den strengen Anforderungen des § 286 ZPO zu beweisen ist. Dagegen kommt dem Geschädigten für die Feststellung des Ursachenzusammenhangs zwischen dem "konkreten Haftungsgrund" und dem Eintritt des Schadens (auch etwaiger Spätfolgen) die den Tatrichter freier stellende, ihn grundsätzlich sogar von der Beweislast unabhängig machende Beweiserleichterung des § 287 ZPO zu Hilfe (BGHZ 4, 192, 196; 7, 198, 203; 7, 287, 295; 29, 393, 398; BGH NJW 1969, 1708; 1968, 985, 2991; 1958, 1579, LM Nr. 19, 28 zu § 286 (B) ZPO; Nr. 11 zu § 9 StVO; VR 1960, 369; 1965, 91).

Wie bereits angedeutet, machen es die Angaben des Klägers unmittelbar nach dem Vorfall in Zusammenhang mit den von ihm vorgelegten Attesten in hohem Maße wahrscheinlich, daß der Kläger bei seiner körperlichen Durchsuchung am 31. Oktober 1958 in einer seine Gesundheit nicht unerheblich beeinträchtigenden Weise verletzt worden ist. Mit diesem Umstand wird sich das Berufungsgericht im einzelnen auseinanderzusetzen haben. Im übrigen verweist der Senat, um Wiederholungen zu vermeiden, für die erneute Beweiswürdigung bzw. die evtl. weitere Beweiserhebung durch das Berufungsgericht auf die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des ersten Revisionsurteils unter Ziff. II 2 (S. 14 ff).

Sollten die bisher vorliegenden Umstände für das Berufungsgericht noch nicht ausreichend erscheinen,

wird es nach der ganz besonderen Gestaltung des Streitfalles erwägen müssen, ob es nicht die Vernehmung des Klägers als Partei gemäß § 448 ZPO zu den maßgebenden Vorgängen anzuordnen hat. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind an sich erfüllt. Gleichwohl steht es grundsätzlich im Ermessen des Tatrichters, ob und in welchem Umfang er von der ihm insoweit gebotenen Möglichkeit Gebrauch machen will, seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache zu bilden (RGZ 144, 321, 323). Je nach Lage des Einzelfalles kann aber in der Unterlassung einer Parteivernehmung ein Ermessensfehler gesehen werden (BGH LM Nr. 2 zu § 448 ZPO). Daran wäre durchaus zu denken, wenn - wie hier - ein Urteil allein auf die keineswegs widerspruchsfreien Aussagen von Zeugen gestützt werden soll, die nur aus förmlichen Gründen nicht selbst als Partei im Prozeß auftreten müssen und andererseits der Kläger seine Sachdarstellung im wesentlichen nie gewechselt hat, es sich also geradezu aufdrängt, auch ihn über die gleichen von ihm unmittelbar miterlebten Vorgänge verantwortlich zu hören, zumal bereits in dem Einstellungsbeschluß der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Mannheim vom 31. Juli 1959 (Bl. 63, 66 Strafakten) hervorgehoben worden ist, daß die Sachdarstellung des Klägers nicht unglaubhaft erscheine, ihre Richtigkeit nur nicht mit solcher Sicherheit festgestellt werden könne, daß sie Grundlage einer Anklage zu sein vermöchte. Zumindest müßte unter den gegebenen Umständen im einzelnen dargelegt werden, warum gerade von seiner Vernehmung abgesehen wird.

Schließlich eröffnet der neue Verfahrensabschnitt für den Kläger prozeßrechtlich die Möglichkeit zu über-

prüfen, ob und inwieweit er an seinen Beweisanträgen im ersten Berufungsverfahren festhalten will, wonach Kriminalrat B. aus M. bestätigt haben soll, daß der Kläger anlässlich seiner körperlichen Untersuchung am 31. Oktober 1958 mißhandelt worden sei (vgl. hierzu die Behauptungen und Beweisangebote GA III 61, 62).

IV. Nach alledem war auf die Revision des Klägers das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanzen, soweit darüber noch nicht entschieden worden ist - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland      Alff      Simon      Girisch      Schönberg