

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VI ZR 128/68**URTEIL****Verkündet am**

19. Dezember 1969
K r i e g l
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kellners Egon S c h [REDACTED],
z.Zt. in H [REDACTED]-M [REDACTED], Am Ha [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

g e g e n

die Schleswig-Holsteinische Landesbrandkasse,
öffentlich-rechtliche Sachversicherungsanstalt,
vertreten durch ihren Vorstand, K [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Weber, Dr. Bode, Prof. Dr. Nüßgens, Sonnabend und Dunz

für R e c h t erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 31. Mai 1968 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 22. März 1961 wurde auf die H [REDACTED] Filiale der Schleswig-Holsteinischen Westbank ein Raubüberfall verübt, bei dem der Filialleiter Q [REDACTED] durch mehrere Pistolenschüsse des Täters schwer verletzt wurde. Als Täter dieses Bankraubes ist der Beklagte durch das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Hamburg vom 25. Januar 1962 als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit schwerem Raub zu 15 Jahren Zuchthaus und anschließender Sicherungsverwahrung verurteilt worden. Gleichzeitig wurde der Mitangeklagte Thomas B [REDACTED] wegen Begünstigung und Hehlerei zu einer Gesamtstrafe von 1 Jahr Gefängnis verurteilt. B [REDACTED] hat das Urteil nicht angefochten. Die Revision des Beklagten, der seine Täterschaft stets geleugnet hatte, ist durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. September 1962 (Az.: 5 StR 241/62) verworfen worden.

Die Klägerin hat als Sachversicherer der überfallenen Bank an diese zum Ersatz des Schadens 2.540 DM gezahlt. Sie macht unter Berufung auf § 67 VVG die angeblich auf sie übergegangenen Ersatzansprüche der Schleswig-Holsteinischen Westbank gegen den Beklagten geltend. Von ihm hat sie mit der Klage 2.540 DM nebst Zinsen verlangt.

Die Klägerin hat vorgetragen:

Der Beklagte sei der Täter gewesen. Seine Beute habe 16.000 DM betragen. Davon seien 13.460 DM durch die Polizei wieder herbeigeschafft worden, so daß der Bank ein Schaden von 2.540 DM entstanden sei.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat jede Beteiligung an dem Banküberfall bestritten und geltend gemacht: Das Urteil des Schwurgerichts sei unrichtig. Er sei nicht damit einverstanden, daß das Urteil und die Strafakten im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden. Zudem hat er die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klage abzuweisen, weiter.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält ebenso wie das Landgericht für bewiesen, daß der Beklagte den Raubüberfall auf die H. Filiale der Schleswig-Holsteinischen Westbank begangen hat.

Es hat offengelassen, ob der Beweis dafür, daß der Beklagte der Täter war, mit dem Landgericht schon aufgrund der Aussage des Filialleiters Q. als geführt angesehen werden kann. Q. ist vom Landgericht als Zeuge vernommen worden. Er will den Beklagten bei der Gegenüberstellung am Tage nach dem Überfall und bei späteren Gegenüberstellungen wiedererkannt haben und erklärte bei seiner Vernehmung, das Bild des Täters stehe ihm noch deutlich vor Augen.

Das Berufungsgericht hat seine Überzeugung, daß der Beklagte die Bank überfallen und beraubt hat, aufgrund von Indizien gewonnen, auf die sich die Klägerin hilfsweise berufen hatte. Es hat den Strafakten, die in beiden Vorinstanzen Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, entnommen, daß der vom Schwurgericht wegen Begünstigung und Hehlerei verurteilte Thomas B. mehrmals ausgesagt hat: Der Beklagte habe ihm am Abend des Tattages mit allen Einzelheiten von dem Raubüberfall auf die Bank berichtet und ihm den größten Teil des geraubten Geldes, etwa 14.000 DM, zur Aufbewahrung ausgehändigt. Einen geringen Teil des Geldes habe er, B., für sich verbraucht. Entsprechend der Weisung des Beklagten habe er bei der Commerzbank in St. P. ein Stahlfach gemietet und dort 11.000 DM eingelegt. Un-

streitig ist, daß das von Braun hinterlegte Geld in dem Stahlfach gefunden und der Bank übergeben wurde.

Ferner hat das Berufungsgericht aufgrund der im Strafverfahren eingeholten Gutachten des Sachverständigen für Kriminaltechnik Bo[REDACTED] und des Sachverständigen Dr. Gr[REDACTED] vom Bundeskriminalamt die Überzeugung gewonnen, daß die Pistole, mit der der Täter die Bank überfallen und den Filialleiter Q[REDACTED] angeschossen hat, dieselbe Waffe ist, aus welcher der Beklagte unstreitig etwa eine Woche vor der Tat in dem Lokal "Bei J[REDACTED]" mehrere Schüsse abgegeben hat. Das ist von den Sachverständigen aufgrund eines Vergleichs der in beiden Fällen vorgefundenen Patronenhülsen festgestellt worden. Das Berufungsgericht führt aus: Der Täter habe also bei dem Überfall auf die Bank mit einer Waffe geschossen, die der Beklagte etwa eine Woche vor der Tat in Besitz gehabt habe. Dessen Einlassung im Schwurgerichtsverfahren, er habe die Waffe in der Zwischenzeit veräußert, sei im Strafverfahren durch die Aussage des Zeugen D[REDACTED] widerlegt worden. Eine andere Erklärung für einen Besitzverlust an der Waffe habe der Beklagte nicht gegeben. Im jetzigen Verfahren sei er der Behauptung der Klägerin, er sei am Tage des Banküberfalls noch im Besitz der Pistole gewesen, nicht spezifiziert entgegengetreten. Sein bloßes Bestreiten reiche hierzu nicht aus.

Nach der Ansicht des Berufungsgerichts begründen diese Indizien eine Wahrscheinlichkeit für die Täterschaft des Beklagten von so hohem Grade, daß sie nach der Lebenserfahrung praktisch der Gewißheit gleichzusetzen sei. Die Gewißheit, daß der Beklagte der Täter gewesen sei, wäre, wie das Berufungsgericht weiter er-

wägt, nur erschüttert, wenn er aus zeitlichen Gründen unmöglich am Tatort gewesen sein könne. Das lasse sich jedoch nicht feststellen.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält sich im Rahmen der dem Tatrichter zukommenden freien Würdigung des Prozeßstoffes (§ 286 ZPO). Sie hält gegenüber den Angriffen der Revision einer rechtlichen Prüfung stand.

Die mittelbaren Beweisanzeichen, die für die Überzeugung des Berufungsgerichts maßgebend waren, rechtfertigen den Schluß, daß der Beklagte den Raubüberfall auf die Bank begangen hat. Das zweifelt auch die Revision nicht an. Sie wendet sich nur gegen die Art und Weise, wie das Berufungsgericht die tatsächlichen Feststellungen getroffen hat, auf denen seine Entscheidung beruht.

1. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung den Inhalt der Strafakten verwertet hat, obwohl der Beklagte dem ausdrücklich widersprochen hatte. Sie meint: Damit sei der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verletzt worden. Die Zeugenaussagen aus dem Strafverfahren hätten gegen den Widerspruch des Beklagten auch nicht im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden dürfen. Das Berufungsgericht sei vielmehr verpflichtet gewesen, die Zeugen, besonders den Zeugen B■■■■, im jetzigen Verfahren zu vernehmen.

Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, daß Niederschriften über Zeugenvernehmungen aus einem anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden

können. Das ist auch dann zulässig, wenn die Gegenpartei der Verwertung der Protokolle widerspricht, denn die Führung des Urkundenbeweises bedarf grundsätzlich nicht des Einverständnisses der Gegenpartei (RGZ 105, 219, 221 und RG JW 1935, 2953). Indessen gilt insoweit die Einschränkung, daß keine Partei gehalten ist, den Urkundenbeweis schlechthin statt des Zeugenbeweises gelten zu lassen. Vielmehr kann jede Partei die Vernehmung des in einem anderen Verfahren vernommenen Zeugen über eine erhebliche Behauptung dadurch erzwingen, daß sie dessen Vernehmung nach § 373 ZPO beantragt. In einem solchen Falle kann die Vernehmung nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß bereits das Protokoll über die Vernehmung in dem anderen Verfahren vorliege (BGHZ 7, 116; RG aaO; BarbG NJW 1968, 957 Nr. 24; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 286 ZPO Anm. III 4; Wieczorek, ZPO § 286 Anm. C III b 2, 4-6; Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 286 Anm. 4 B). Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze berücksichtigt. Es hat mit Recht für entscheidend gehalten, daß der Beklagte keinen Antrag gestellt hat, den Thomas B. als Zeugen zu vernehmen. Unter diesen Umständen war das Berufungsgericht durch den bloßen Widerspruch des Beklagten gegen die Verwertung der Strafakten nicht gehindert, die Niederschriften über die Vernehmung des Thomas B. aus dem Strafverfahren im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten.

Allerdings bietet die Vernehmung der Zeugen durch das Gericht im allgemeinen eine größere Gewähr für die richtige Feststellung des streitigen Sachverhalts als die urkundenbeweisliche Verwertung der Vernehmungsniederschriften aus einem anderen Verfahren. Da der

Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme den Belangen der Prozeßparteien dient, haben sie es aber in der Hand, auf die Durchführung dieses Grundsatzes ganz oder teilweise zu verzichten. Von dieser Möglichkeit hat die Klägerin Gebrauch gemacht. Sie hat sich zum Beweis für die hier in Betracht kommenden Behauptungen (Geständnis des Beklagten gegenüber B. und Übergabe des geraubten Geldes an ihn) in erster Linie auf die Protokolle über die Vernehmung des B. aus dem Strafverfahren berufen (Urkundenbeweis) und nur hilfsweise beantragt, B. auch im Zivilprozeß als Zeugen zu vernehmen. In einem solchen Falle kann der Beweisgegner sich nicht darauf beschränken, daß er der Verwertung der Strafakten widerspricht. Er muß vielmehr, wenn er die Vernehmung des Zeugen erreichen will, nach § 373 ZPO verfahren, sich also zum Gegenbeweis auf den vom Beweisführer benannten Zeugen berufen. Das hat der Beklagte nicht getan. Er hat offensichtlich bewußt davon abgesehen, die Vernehmung des Thomas B. zu beantragen, weil er damit gerechnet hat, der Zeuge werde seine Aussage aus dem Strafverfahren wiederholen, den Beklagten also erneut belasten, wie er das in der Parallelsache 3 O 105/64 LG Hamburg getan hat, in der die Berufsgenossenschaft den Beklagten verklagt hatte. Bei dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, daß das Berufungsgericht den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verletzt habe.

2. Ebensowenig sind Bedenken dagegen zu erheben, daß das Berufungsgericht die Gutachten der Munitionssachverständigen aus dem Schwurgerichtsverfahren bei seiner Entscheidung herangezogen hat. Ihre Verwertung im Wege des Urkundenbeweises war ebenfalls ohne die

Zustimmung des Beklagten zulässig (Urteil des BGH vom 8. November 1955 - I ZR 12/54 - LM § 286 ZPO E Nr. 7). Einen Antrag, die Sachverständigen zu vernehmen, hat der Beklagte nicht gestellt. Er hat auch nicht beantragt, einen anderen Sachverständigen zu hören.

Allerdings ergibt sich aus den Gutachten der Sachverständigen zunächst nur, daß der Beklagte bei der Schießerei im Lokal "Bei J■■■■" im Besitz der Pistole war, die etwa eine Woche später bei dem Überfall auf die Bank benutzt wurde. Das bedeutet aber entgegen der Meinung der Revision nicht, daß dieses Indiz deshalb wertlos sei, weil der Beklagte bestritten hat, am Tage des Banküberfalls noch im Besitz der Waffe gewesen zu sein. Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung des Prozeßstoffes mit Recht auch berücksichtigt, daß der Beklagte im jetzigen Zivilprozeß keine Angaben über den Verbleib der Waffe gemacht hat. Er hat zwar im Strafverfahren behauptet, er habe die Pistole durch Vermittlung des dort vernommenen Zeugen D■■■■ an einen Gast mit dem Vornamen Paul verkauft. Diese Behauptung ist aber, wie auch die Revision zugibt, durch Deichmann nicht bestätigt und vom Beklagten im jetzigen Verfahren nicht mehr aufgegriffen worden. Da weder der Beklagte noch die Klägerin den angeblichen Vermittler D■■■■ als Zeugen benannt haben, war es dem Berufungsgericht verwehrt, Deichmann zu vernehmen (§ 373 ZPO). Die Revision rügt daher zu Unrecht, daß das Berufungsgericht insoweit § 286 ZPO verletzt habe.

3. Die Revision greift auch die Ausführungen an, mit denen sich das Berufungsgericht im einzelnen zu der Darlegungslast des Beklagten geäußert hat. Es mag sein, daß es die Anforderungen an dessen Pflicht zu einem substantiierten Bestreiten zum Teil überspannt hat. Das gilt besonders für seine Ansicht, das Landgericht habe der Klage ohne eine Beweisaufnahme stattgeben und sich dabei allein darauf stützen können, daß der Beklagte seiner Darlegungspflicht nicht nachgekommen sei. Indes bedarf diese Frage keiner abschließenden Klärung, denn das Berufungsgericht hat seine Überzeugung, daß der Beklagte die Bank überfallen und beraubt hat, ohne die Darlegungslast des Beklagten zu verkennen, auf Tatsachen gestützt, die rechtlich einwandfrei festgestellt sind und den Schluß auf die Täterschaft des Beklagten rechtfertigen.

4. Das Berufungsgericht hatte nach seiner freien Überzeugung (§ 286 ZPO) zu entscheiden, ob die Beweiskraft der Indiztatsachen durch das weitere Vorbringen des Beklagten erschüttert wurde. Seine Annahme, daß dies nicht der Fall sei, ist als tatrichterliche Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht verweist mit Recht auf die Widersprüche in dem eigenen Vorbringen des Beklagten. Es konnte bei einem Sachverhalt, wie er hier festgestellt ist, von einer weiteren Beweisaufnahme absehen, ohne hierdurch gegen das Verfahrensrecht zu verstoßen.

III. Die Revision beanstandet schließlich, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Einrede der Verjährung auseinandergesetzt und deshalb gegen § 551 Nr. 7 ZPO verstoßen.

Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Das Landgericht hat in seinem Urteil angenommen, daß die Einrede der Verjährung nicht durchgreift, weil ein Ersatzpflichtiger, der wie der Beklagte durch eine unerlaubte Handlung etwas auf Kosten des Verletzten erlangt, nach § 852 Abs. 2 BGB auch nach der Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist. Der Beklagte hat das landgerichtliche Urteil in diesem Punkte nicht angegriffen und ist im Berufungsrechtszug nicht mehr auf die Einrede der Verjährung zurückgekommen. Hiernach hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, jedenfalls nicht die Verpflichtung, sich mit der Einrede der Verjährung auseinanderzusetzen.

Damit erweist sich die Revision des Beklagten in allen Punkten als unbegründet.

Dr. Weber

Sonnabend

Dr. Bode

Dunz

Nußgens