

1

BGH, Urt. v. 21. März 1972 - VI ZR 211/70 OLG Hamm

LG Bielefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 211/70

URTEIL

Verkündet am

21. März 1972

Kriegl, Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Hedwig T [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED] AG., vertreten durch den Vor-
stand, E [REDACTED], B [REDACTED] P [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

15

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle sowie der Bundesrichter Dr. Bode, Prof. Dr. Nüßgens, Sonnabend und Schefen

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. September 1970 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

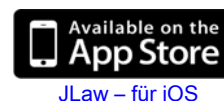
Tatbestand:

Die Klägerin ist am 23. Dezember 1965 gegen 17.00 Uhr in dem Kaufhaus der Beklagten in B [REDACTED] auf der Treppe, die vom Erdgeschoß in die im Untergeschoß liegende Lebensmittelabteilung führt, gefallen und hat sich dabei verletzt. Die Treppe ist fast 3 m breit. Ihre Stufen sind mit Mipolan belegt. An beiden Seiten ist ein festes Geländer mit einem breiten Handlauf angebracht.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt. Die Treppe



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



entspreche nicht den Anforderungen der maßgeblichen Bauordnung. Das Geländer sei zu hoch; es habe eine Höhe von 102 cm statt der vorgeschriebenen 90 cm. Kleine Personen wie sie, die Klägerin, könnten sich daher nicht darauf stützen. Auch sei der Handlauf zu breit. Man könne sich, zumal wenn man eine kleine Hand habe, nicht daran festhalten. Schließlich habe sich auf der glatt gebohnerten Treppe mit Schmutz vermischtes Schneewasser befunden. Die Treppe sei deshalb ungewöhnlich glatt gewesen. Das habe dazu geführt, daß sie, die Klägerin, ausgerutscht sei. Sie habe festes Schuhwerk getragen und vor dem Sturz die rechte Hand am Treppengeländer gehabt, um sich festzuhalten, sei aber trotzdem gefallen, und zwar acht Stufen tief bis zu dem ersten Treppenabsatz.

Mit der Klage hat die Klägerin von der Beklagten 11.850 DM Schadensersatz und ein angemessenes Schmerzensgeld sowie Zinsen aus beiden Beträgen verlangt. Ferner hat sie um die Feststellung gebeten, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr auch den künftigen Schaden aus dem Unfall zu ersetzen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet, daß der Sturz der Klägerin auf die Beschaffenheit der Treppe zurückzuführen sei und macht geltend: Die Treppe sei am 22. April 1964 vom Bauordnungsamt der Stadt B[REDACTED] unbeanstandet abgenommen worden. Sie habe allen an die Verkehrssicherheit zu stellenden Anforderungen entsprochen. Für das Treppengeländer sei keine bestimmte Höhe vorgeschrieben; es

diene nicht dazu, daß man sich darauf stütze. Der Handlauf sei seitlich eingewölbt; man könne sich daher trotz der Breite daran festhalten. Die Stufen seien nicht naß oder verschmutzt und auch nicht gebohnert gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin ihren Klageantrag erweitert. Sie hat jetzt Zahlung von 20.800 DM nebst Zinsen Schadensersatz und ein angemessenes Schmerzensgeld von mindestens 5.000 DM nebst Zinsen verlangt. Ferner hat sie ihren Feststellungsantrag wiederholt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche aus dem Berufungsrechtszug weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) und aus sonstigen Rechtsgrundlagen verneint, weil es nicht für bewiesen hält, daß sich die Treppe, auf der die Klägerin gestürzt ist, in einem verkehrswidrigen Zustand befunden hat. Diese Entscheidung hält gegenüber den Angriffen der Revision in allen Punkten einer rechtlichen Prüfung stand.

1. Zu Unrecht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung die Feststellungen zugrunde gelegt hat, die der Berichterstatter im Augenscheinstermin vom 30. Januar 1970 über die Beschaffenheit der Treppe getroffen hat. Der Berichterstatter war durch einen Beweisbeschluß des Senats damit beauftragt, den Augenschein einzunehmen (§ 372 Abs. 2 ZPO). Er hat das Ergebnis des Augenscheins, zu dem die Parteivertreter geladen und auch erschienen waren, in einem Vermerk niedergelegt. Die Parteien haben eine Abschrift des Vermerks erhalten. Sie haben dessen Inhalt nicht beanstandet.

Ein solcher Vermerk ist zwar kein den §§ 159 ff ZPO entsprechendes Protokoll, das den vollen Beweis der darin bezeugten Wahrnehmung erbringt. Das Fehlen der Protokollierung, insbesondere das Fehlen des Vorlesens und der Genehmigung durch die Beteiligten, nimmt aber dem Inhalt des Vermerks über einen Augenschein nicht jeden Beweiswert. Die Bedenken, die in der Rechtsprechung gegen die Verwertung eines Vermerks über die Aussage eines Zeugen oder eines Sachverständigen erhoben worden sind, treffen beim Vermerk über einen Augenschein nicht zu. Wird der Vermerk über einen Augenschein den Parteien übersandt und von ihnen nicht beanstandet, vielmehr zum Gegenstand ihres weiteren Prozeßvortrags gemacht, dann besteht im allgemeinen kein Grund zu der Annahme, der Vermerk gebe das Ergebnis des Augenscheins unrichtig oder unvollständig wieder. Daß dies hier der Fall gewesen sei, behauptet auch die Revision nicht. Das Berufungsurteil kann deshalb nicht auf dem gerügten Mangel des Protokolls beruhen

(vgl. die Urteile des BGH vom 21. November 1960
- VII ZR 235/59 - VersR 1961, 52 /547 und vom 7. No-
vember 1966 - II ZR 188/65 - VersR 1967, 25).

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe unzulässigerweise einen subjektiven Eindruck des Berichterstatters von der Eignung des Handlaufs der Treppe verwertet, kann ihr nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht hat sich in dieser Frage nicht auf einen Eindruck des Berichterstatters, sondern auf die in dessen Vermerk festgestellten genauen Maße des Handlaufs gestützt, deren Richtigkeit auch die Revision nicht bezweifelt.

Allerdings war der Berichterstatter vor der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts aus dem Senat ausgeschieden. Auch das zwang das Berufungsgericht jedoch nicht, die Augenscheinseinnahme zu wiederholen, nachdem die Parteien den Vermerk des Berichterstatters nicht beanstandet und zur Sache verhandelt hatten. Das Gesetz verbietet nicht, daß bei einem Richterwechsel eine frühere Beweisaufnahme verwertet wird (vgl. BGHZ 32, 233 /2347).

2. Das Berufungsgericht hat im einzelnen dargelegt, daß das Geländer der Treppe den gesetzlichen Vorschriften entsprach und nicht zu hoch war und daß auch der Handlauf des Geländers nicht zu beanstanden war. Diese Ausführungen geben keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Sie werden auch von der Revision nicht angegriffen.

3. Die Klägerin sieht die Hauptursache für ihren Sturz darin, daß sich auf der Treppe Schmutz und Schneewasser befunden habe und daß die Treppe deshalb glatt gewesen sei. Insoweit hat das Berufungsgericht zutreffend die Annahme abgelehnt, daß der erste Anschein für eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch die Beklagte spreche. Der Beweis des ersten Anscheins setzt einen Geschehensablauf voraus, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hinweist. Von einem solchen typischen Geschehensablauf kann hier keine Rede sein. Die Tatsache, daß die Klägerin auf der Treppe gefallen ist, drängt nicht ohne weiteres den Schluß auf, daß die Treppe nicht verkehrssicher gewesen sei. Es entspricht der Erfahrung, daß man auf einer Treppe auch durch Unachtsamkeit oder Ungeschicklichkeit zu Fall kommen kann. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht angenommen, daß der Klägerin die Regeln des Anscheinsbeweises nicht zur Seite stehen. Es war vielmehr ihre Aufgabe, den Beweis dafür zu erbringen, daß die Treppe nicht den an die Verkehrssicherheit zu stellenden Anforderungen entsprochen hat.

4. Es ist unstreitig, daß der Treppenboden mit Mipolan belegt war. Dieser Bodenbelag ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hinreichend gleitsicher. Die Gleit- und Trittsicherheit wird nach einem Anfeuchten des Bodens nicht geringer; sie ist vielmehr auf feuchtem Boden größer. Das hat das Berufungsgericht dem Gutachten entnommen, das der Ingenieur Wilhelm S. in dem Rechtsstreit 9 C 454/65 des Amtsgerichts Hamburg (9 S 85/66 LG Hamburg) erstattet hat. Die Akten dieses Prozesses waren wegen dieses Gutachtens beigezo-

gen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Hiernach war das Berufungsgericht befugt, bei seiner Entscheidung das Gutachten des Ingenieurs S. [REDACTED] im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten.

5. Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe § 161 ZPO verletzt, weil es die Aufzeichnungen des Berichterstatters über die Vernehmung der Klägerin und der Zeugen verwertet habe, obwohl sich die Richterbank bis zur letzten mündlichen Verhandlung verändert habe. Diese Rüge kann ebenfalls keinen Erfolg haben.

a) Soweit die Klägerin gehört worden ist, handelte es sich, wie in der Sitzungsniederschrift ausdrücklich vermerkt ist, um eine Anhörung nach § 141 ZPO. Sie erforderte keine Protokollierung. Die Protokollierung ist zwar für die Parteivernehmung zu Beweis Zwecken (§§ 445 ff ZPO), nicht aber für die Anhörung der Partei zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 141 ZPO) vorgeschrieben (Urteil des BGH vom 1. Dezember 1961 - VI ZR 60/61 - VersR 1962, 281). Während mit den Bekundungen der Zeugen, Sachverständigen und Parteien das Beweisergebnis festgehalten und nachprüfbar gemacht wird, dient die persönliche Anhörung nur der zweckdienlichen Ergänzung des Parteivorbringens (§ 139 ZPO), das auch sonst nicht im Protokoll erscheint. War aber eine Protokollierung nicht erforderlich, so kommt eine Verletzung des § 161 ZPO, der eine Ausnahme vom Protokollierungszwang vorsieht, nicht in Betracht.

b) Die Aussagen der in der Berufungsinstanz vernommenen Zeugen sind weder protokolliert noch im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegeben. Sie sind nur in einem vom Berichterstatter verfaßten Aktenvermerk niedergelegt, von dem die Parteien aber eine Abschrift erhalten haben und auf den im Tatbestand verwiesen wird. Gegen dieses Verfahren könnten Bedenken bestehen, weil nach der Beweisaufnahme ein Richterwechsel eingetreten ist, das Gericht also in der Verhandlung, die dem Urteilsspruch zugrunde liegt, anders besetzt war als in der Verhandlung, in der die Zeugen vernommen wurden (vgl. die Urteile des BGH vom 21. November 1960 - VII ZR 235/59 - VersR 1961, 52 /547 mit weiteren Nachweisen und vom 7. November 1966 - II ZR 188/65 - VersR 1967, 25 sowie Mezger, NJW 1961, 1701).

Die Revision kann aber auf einen solchen Verstoß gegen § 161 ZPO nicht gestützt werden, weil das angefochtene Urteil nicht auf diesem Mangel beruht (§ 549 ZPO). Die Aussagen der Zeugen waren schriftlich niedergelegt. Die Parteien haben Abschriften erhalten und konnten zu den Aussagen Stellung nehmen. Die Klägerin hat weder in der Berufungsinstanz noch mit der Revision geltend gemacht, daß die Aussagen der Zeugen von dem Berichterstatter in irgendeinem Punkte unrichtig oder unvollständig wiedergegeben worden seien oder daß Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestünden. Damit sind bei diesem Verfahren im vorliegenden Falle die gleichen Zwecke erfüllt worden, denen die Sitzungsniederschrift dient. Dann aber war das Unterbleiben der Protokollierung für die angefochtene Entscheidung nicht ursächlich im Sinne des § 549 ZPO.

6. Das Berufungsgericht hält nicht für bewiesen, daß die Treppe verschmutzt und deshalb glatt war. Seine Erwägungen zu dieser Frage liegen auf dem Gebiet der dem Tatrichter vorbehaltenen freien Würdigung des Verhandlungs- und Beweisergebnisses (§ 286 ZPO). Sie sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Unbegründet ist die Verfahrensrüge, mit der sich die Revision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht durch Beschluß vom 22. April 1970 der Klägerin zur Mitteilung der Anschrift des unbekannt verzogenen Zeugen Franz N. eine Frist bis zum 3. Juni 1970 gesetzt und die Klägerin nach fruchtlosem Ablauf der Frist mit diesem Beweismittel ausgeschlossen hat (§§ 356, 230, 231 ZPO).

Die Fristsetzung war nach § 356 ZPO gerechtfertigt. Nach dieser Bestimmung ist, wenn der Aufnahme eines Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht, eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Daß der Vernehmung des Zeugen N. ein Hindernis entgegenstand, kann nicht zweifelhaft sein. Allerdings hat N. die Ladung zu einem früheren Termin - 16. März 1970 - unter der von der Klägerin angegebenen Anschrift P., B.-straße bei A. erhalten. Er ist aber zu dem Termin nicht erschienen. Auf die Ladung hin hatte N. das Gericht mit Schreiben vom 8. März 1970 gebeten, den Termin zurückzustellen, bis seine Entmündigung aufgehoben sei; erst dann sei er in der Lage und bereit, als Zeuge auszusagen. Auf die Mitteilung des Gerichts, daß er zum Termin vom 16. März 1970 unbedingt

erscheinen müsse, hatte er nochmals gebeten, den Termin zu verschieben. Obwohl das Gericht ihm darauf mitgeteilt hatte, daß die von ihm vorgetragenen Gründe nicht ausreichen, den Termin zu verlegen, daß er vielmehr erscheinen müsse, ist er im Termin ausgeblieben. Das Berufungsgericht hat darauf beschlossen, die Vormundschafts- und Entmündigungsakten über Franz N. beizuziehen, um ihn zum nächsten Termin zu Händen seines Vormunds laden zu lassen. Da Vormundschafts- oder Entmündigungsakten bei den in Betracht kommenden Amtsgerichten in Paderborn und Bielefeld nicht ermittelt werden konnten, hat das Berufungsgericht die Anwälte der Klägerin gebeten, die Aktenzeichen und die Gerichte anzugeben, damit eine ordnungsgemäße Ladung des Zeugen N. möglich werde. Den Anwälten war es nicht möglich, die Aktenzeichen zu nennen. Auf ihre Anregung hin hat das Berufungsgericht den Zeugen N. brieflich um Mitteilung gebeten, welches Gericht die Entmündigung ausgesprochen habe und die Vormundschaftssache bearbeite und unter welchem Aktenzeichen die Sachen geführt werden. Diese Anfrage blieb unbeantwortet. Darauf hat das Berufungsgericht den Zeugen Franz N. durch Beschluß vom 15. April 1970 zu einer Ordnungsstrafe von 50 DM und in die durch sein Ausbleiben verursachten Kosten verurteilt. Dieser Beschluß und die Ladung zum Termin vom 27. April 1970 konnten unter der Anschrift P. B.straße nicht an N. zugestellt werden. Die Zustellung kam zurück mit dem Vermerk: "Empfänger unbekannt verzogen"-. Auf eine Anfrage an Alfons A. mann in P., B.straße teilte dieser dem Berufungsgericht mit, daß die Post für Herrn N. bei ihm eingehe, daß ihm der ständige Wohnsitz des Franz N. aber nicht bekannt sei. Darauf hat das

Berufungsgericht der Klägerin durch den schon erwähnten Beschluß vom 22. April 1970 die Frist zur Beibringung der ladungsfähigen Anschrift des Zeugen N [REDACTED] gesetzt und gleichzeitig das Einwohnermeldeamt der Stadt P [REDACTED] gebeten, durch einen Außenbeamten überprüfen zu lassen, von wann bis wann Herr N [REDACTED] in P [REDACTED] gewohnt habe und was über seinen jetzigen Aufenthaltsort in Erfahrung gebracht werden könne. Das Ordnungsamt der Stadt P [REDACTED] teilte unter dem 29. April 1970 folgendes mit: "Beim hiesigen Einwohnermeldeamt, bei den Krankenkassen und beim Arbeitsamt ist N [REDACTED] nicht gemeldet. A [REDACTED] erklärte auf Befragen, daß N [REDACTED] jede Woche einmal an verschiedenen Tagen zu ihm nach Hause komme, um seine Post abzuholen. In seinem Hause habe er jedoch keine Wohnung. Er könne auch nicht angeben, wo N [REDACTED] jetzt wohnt. Seiner Meinung nach ist N [REDACTED] z.Zt. ohne festen Wohnsitz". Zum Termin vom 30. September 1970 wurde Franz N [REDACTED] unter der Anschrift P [REDACTED], B [REDACTED]straße ●, bei A [REDACTED] mit Zustellungsurkunde als Zeuge geladen. Bei dem Versuch der Zustellung wurde Neise nicht in der Wohnung angetroffen. Da eine Ersatzzustellung nach § 181 ZPO ebenfalls nicht möglich war, hat der Postbedienstete den Brief bei der Post in P [REDACTED] [REDACTED] niedergelegt und eine schriftliche Mitteilung über die Niederlegung in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abgegeben. Die bei der Post niedergelegte Ladung ist nicht abgeholt worden. Sie ist am 14. September 1970 mit dem Vermerk: "In P [REDACTED] nicht abgefordert" an das Oberlandesgericht zurückgelangt.

Hiernach steht fest, daß N [REDACTED] nicht als Zeuge vernommen werden konnte. Eine zwangsweise Vorführung (vgl. § 380 Abs. 2 ZPO) kam nicht in Betracht, weil der Aufenthaltsort N [REDACTED]s nicht bekannt war und auch nicht ermittelt werden konnte.

Die Revision bezweifelt nicht, daß der Aufnahme dieses Beweises ein Hindernis im Sinne des § 356 ZPO entgegenstand. Sie meint aber, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß es sich um ein Hindernis von ungewisser Dauer gehandelt habe. Die Weigerung des Zeugen und seine Gründe seien bekannt gewesen. Es sei damit zu rechnen gewesen, daß N[REDACTED] sich bis zur Aufhebung der Entmündigung der Vernehmung entziehen werde. § 356 ZPO sei nicht dazu da, in einem solchen Falle einer Partei das einzige Beweismittel eines Zeugen abzuschneiden. Zumindest habe das Berufungsgericht nähere Feststellungen treffen müssen, bevor es ein Hindernis von ungewisser Dauer bejahte. Es habe geraume Zeit abwarten müssen, ehe es ein Hindernis von ungewisser Dauer habe annehmen können.

Diese Rüge greift nicht durch. Da nicht feststand, ob und wann N[REDACTED] jemals als Zeuge vernommen werden konnte, kann nicht zweifelhaft sein, daß ein Hindernis von ungewisser Dauer vorlag. Fraglich kann allenfalls sein, ob hier einer der Fälle vorliegt, für die § 356 ZPO eine Fristsetzung vorsieht. Aber auch das ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen. Ist ungewiß, ob und wann ein Zeuge vernommen werden kann, so ergibt sich ein Widerstreit zwischen dem Interesse der beweispflichtigen Partei an der Berücksichtigung des Beweismittels und dem Interesse des Gegners an einer baldigen Entscheidung. Dem Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen dient die Fristsetzung des § 356 ZPO, indem sie der beweisführenden Partei Gelegenheit gibt, das Hindernis zu beseitigen und die Gegenpartei vor unzumutbaren Verzögerungen schützt (Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, 19. Aufl. § 356 Anm. I 1 und OLG Celle, NJW 1953, 991). Ein solcher Interessenkonflikt ist auch

gegeben, wenn ein Zeuge zwar zunächst erreichbar ist, sich dann aber der Vernehmung entzieht und selbst durch den Versuch einer zwangsweisen Vorführung nicht dazu gebracht werden kann, vor Gericht zu erscheinen. Auch in einem solchen Falle ist es geboten, durch eine Fristsetzung zur Behebung des Hindernisses den Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu dem es dem Prozeßgegner zuzumuten ist, auf die das Verfahren abschließende mündliche Verhandlung zu warten.

Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht noch weitere Feststellungen hätte treffen und noch längere Zeit hätte warten müssen. Sie vermag nicht anzugeben, was das Gericht weiter hätte unternehmen sollen und hat auch nicht vorgetragen, was die beweispflichtige Klägerin unternommen hat, um die Vernehmung N[REDACTED]s zu ermöglichen. Sie hatte Neise schon in ihrer Berufungsbegründung vom 2. Juni 1969 als Zeugen benannt, hatte also bis zum Ablauf der Frist am 3. Juni 1970 genügend Zeit, N[REDACTED] zum Erscheinen vor Gericht zu bewegen oder seinen Aufenthalt ermitteln zu lassen. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen angenommen hat, daß der Beklagten eine weitere Verzögerung nicht zuzumuten sei, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden. Im übrigen hat die Klägerin auch von der Möglichkeit, nach § 224 Abs. 2 ZPO eine Verlängerung der Frist zu beantragen, keinen Gebrauch gemacht.

War die Fristsetzung aber nach § 356 ZPO berechtigt, so hat der fruchtlose Ablauf der Frist zur Folge, daß die Klägerin mit dem Beweismittel ausgeschlossen ist (§§ 230, 231 ZPO).

7. Das Berufungsurteil enthält auch sonst keinen Rechtsfehler. Daher war die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Pehle

Dr. Bode

Nußgens

Sonnabend

Scheffen