

BUNDESGERICHTSHOF^{2213 066}

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 216/63

URTEIL

Verkündet am

22. Dezember 1964

Kriegl,

Justizobersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Wilhelm W [REDACTED], L [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers, Anschluß-
berufungsbeklagten und Revisionsklä-
gers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

den Optiker Wilhelm F [REDACTED] in B [REDACTED],
O [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, An-
schlußberufungskläger und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Bode, Heinrich Meyer und Dr. Nüßgens

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 22. Juli 1963 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte fuhr am 11. Dezember 1959 gegen 17.15 Uhr auf seinem Motorroller von Osterode kommend über die Hauptstraße in Lasfelde. Zur gleichen Zeit trat der Kläger, der sein Fahrrad rechts neben sich führte, aus seinem Grundstück Haus Nr. 40, das sich - in Fahrtrichtung des Beklagten - auf der rechten Straßenseite befindet, und schritt quer über die Fahrbahn der Hauptstraße. Hierbei wurde er von dem Beklagten angefahren.

Der Kläger hat vorgetragen, er habe vor Betreten der Fahrbahn die Radbeleuchtung eingeschaltet und sich überzeugt, daß kein Fahrzeug in der Nähe sei. Aus Richtung

Osterode sei auch bis zur Milchbank, d.h. über 117 Meter kein Fahrzeug zu erblicken gewesen, aus der Gegenrichtung sei überhaupt kein Fahrzeug gekommen. Er habe die Fahrbahn ungehindert völlig überquert, sich sodann nach links - Richtung Osterode - gewendet und sei bereits einige Schritte in dieser Richtung gegangen, als ihn der Beklagte angefahren habe. Dieser habe ohne Grund die für ihn linke Seite der Fahrbahn benutzt, sei auch zu schnell und unaufmerksam gefahren.

Der Kläger hat Ersatz von Vermögensschaden verlangt, auf die er gezahlte 7.500 DM anrechnet. Er hat außerdem ein angemessenes Schmerzensgeld sowie die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihm zum Ersatz aller weiteren Unfallschäden verpflichtet ist, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen sind.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und entgegnet, er sei nur mit etwa 35 km/st bei Abblendlicht gefahren. Um mehrere Moped- und Radfahrer zu überholen, habe er mehr zur Straßenmitte fahren müssen, sei aber stets noch auf der für ihn rechten Seite der Fahrbahn verblieben. Der Zusammenstoß habe etwa auf der Fahrbahnmitte stattgefunden. Der Kläger habe nicht auf den horannahenden Verkehr geachtet und daher den Unfall grob fahrlässig verschuldet.

Das Landgericht hat den allgemeinen Zahlungsanspruch zur Hälfte dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den weitergehenden Zahlungsanspruch sowie den Schmerzensgeldanspruch abgewiesen. Über den Feststellungsanspruch hat es noch nicht entschieden.

Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Auf die Anschlußberufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Zahlungsklage ganz abgewiesen. Es hat ausgeführt, dem Beklagten sei ein Verschulden nicht nachgewiesen, den Klä-



ger treffe dagegen ein für den Unfall überwiegend ursächliches Eigenverschulden, das zu einer Herabminderung der Haftung des Beklagten auf 30 % des Schadens führen müsse; durch die bereits geleistete Zahlung von 7.500 DM seien mehr als 30 % des Vermögensschadens gedeckt.

Auf die Revision des Klägers hat der erkennende Senat das Berufungsurteil insoweit aufgehoben, als der allgemeine Zahlungsanspruch abgewiesen worden ist, und die weitergehende Revision zurückgewiesen. Im Umfang der Aufhebung hat er die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nach erneuter Verhandlung hat das Oberlandesgericht die Klage abermals ganz abgewiesen, soweit sie noch nicht rechtskräftig abgewiesen war.

Mit der Revision erstrebt der Kläger volle Zuerkennung des allgemeinen Zahlungsanspruchs. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Der erkennende Senat hat das erste Berufungsurteil aufgehoben, weil auf die getroffenen Feststellungen ein mitwirkendes Verschulden des Klägers nicht gestützt werden könne. Das Berufungsgericht habe sich nicht darüber ausgesprochen, an welcher Stelle der Fahrbahn der Kläger angefahren worden sei; es habe die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Kläger hart an der linken Gosse - in der Fahrtrichtung des Beklagten - angefahren worden sei; es habe insbesondere die Behauptung des Klägers nicht behandelt, er habe sich nach Überquerung der Fahrbahn nach links gewendet und sei vor dem Unfall noch

einige Schritte in dieser Richtung weitergegangen. Treffe diese Behauptung zu, dann sei der Beklagte noch weiter als 40 m entfernt gewesen, als der Kläger die Fahrbahn betreten habe; dann habe dieser aber annehmen dürfen, er werde den gegenüber liegenden Fahrbahnrand erreichen, ohne den Beklagten zu gefährden.

Das Berufungsgericht hat ohne erneute Beweisaufnahme abermals ein mitwirkendes Verschulden des Klägers bejaht und dieselbe Schadensteilung vorgenommen wie im ersten Urteil. Es hat festgestellt, der Kläger sei angefahren worden, als er vom gegenüberliegenden Fahrbahnrand noch mindestens 1,60 m entfernt gewesen sei. Er habe daher beim Betreten der Fahrbahn nicht mehr damit rechnen dürfen, daß er sie noch ohne Gefährdung des Beklagten überschreiten könne.

2. Der Beweismwürdigung hat das Berufungsgericht außer den Strafakten und der Beweisaufnahme des Landgerichts die Aussagen der im ersten Berufungsverfahren vernommenen Parteien zugrundegelegt, die im Tatbestand des ersten Berufungsurteils niedergelegt sind und im zweiten Berufungsverfahren Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme, wie von den Parteien beantragt, hat das Berufungsgericht nicht für erforderlich gehalten, weil alle Unfallzeugen vom Landgericht an der Unfallstelle sowie die Parteien vom Senat selbst eingehend vernommen worden und im Hinblick auf die seit dem Unfall verflossene Zeit von 3 1/2 Jahren keine genaueren Angaben von Beweiswert als die bisher gemachten zu erwarten seien.

Von den Richtern, die bei dem ersten Berufungsurteil und der vorangegangenen Parteivernehmung mitgewirkt hatten, haben beim Erlass des zweiten Berufungsurteils zwei nicht mehr teilgenommen. Die Revision rügt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (IV ZR 55/51 vom 8. November 1951, LM § 1421 BGB Nr. 1; III ZR 206/60

vom 15.3.1962, LM § 161 ZPO Nr. 8) Verletzung des § 161 ZPO, weil nach dieser Vorschrift die Verwertung einer nichtprotokollierten Aussage nach Richterwechsel unzulässig sei.

Ob das Berufungsgericht gegen § 161 ZPO verstoßen hat, kann indes dahingestellt bleiben; denn die Rüge könnte nur Erfolg haben, wenn das Urteil auf dem gerügten Verstoß beruht. Es handelt sich nämlich nicht um einen absoluten Revisionsgrund im Sinne des § 551 ZPO, der eine unwiderlegbare Vermutung für die Ursächlichkeit der dort angeführten Verstöße statuiert (vgl. die von der Revision angezogene Entscheidung LM § 1421 BGB Nr. 1; Wieczorek, § 161 ZPO Anm. C II; RGZ 150, 330, 337). Im vorliegenden Fall ist jedoch auszuschließen, daß das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des § 161 ZPO beruhen kann. Dem Berufungsgericht lag eine im Tatbestand des ersten Berufungsurteils Wort für Wort niedergelegte Aufzeichnung der Parteiaussagen vor, gegen deren Richtigkeit und Vollständigkeit weder im ersten Revisionsverfahren noch im zweiten Berufungsverfahren noch im gegenwärtigen Revisionsrechtszug irgendwelche Bedenken erhoben worden sind. Sie war auch Gegenstand der letzten Tatsachenverhandlung. Es muß danach davon ausgegangen werden, daß die Niederschrift im Tatbestand des ersten Berufungsurteils die Aussagen der Parteien inhaltlich richtig und vollständig wiedergibt, somit einer protokollierten Aussage gleichwertig ist. Dann war aber das Unterbleiben der Protokollierung für die angefochtene Entscheidung nicht ursächlich im Sinne des § 549 ZPO.

Im übrigen handelt es sich bei dem zweiten Berufungsverfahren nach Zurückverweisung um eine Fortsetzung des ersten, so daß nach § 398 ZPO eine wiederholte Vernehmung nicht erforderlich war (vgl. BGH VII ZR 235/59 v. 21. No-

vember 1960, LM § 355 ZPO Nr. 6).

3. Die Revision beanstandet noch, daß das Berufungsgericht den Gehweg, über den der Kläger nach Überquerung der Fahrbahn gegangen sein will, mehrfach als "Bürgersteig" bezeichnet hat. Auch diese Rüge greift nicht durch. Es liegt, wie der Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsurteils zeigt, ~~allenfalls~~ ein Vergreifen im Ausdruck vor, es spricht aber nichts dafür, daß sich das Berufungsgericht über die Natur jenes Weges eine falsche Vorstellung gebildet hätte. Es kommt auf diese Frage auch nicht an, weil das Berufungsgericht festgestellt hat, daß der Kläger bereits angefahren worden ist, als er noch mindestens 1,60 m vom gegenüberliegenden Fahrbahnrand entfernt war.

4. Eine Verletzung des § 565 ZPO liegt entgegen der Meinung der Revision nicht vor; denn das Berufungsgericht hat die im ersten Revisionsurteil gewünschte nähere Feststellung des Unfallortes durch tatrichterliche Schlüsse aus den ihm vorliegenden Verhandlungsergebnissen vornehmen können.

Die Revision war nach allem mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Engels Hanebeck Dr. Bode Meyer Dr. Nußgens