

VI ZR 19/52

2339 003⁴⁹

Verkündet
am 29. Juni 1953
Malessa ap. Justizassistent
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

des Konrad G. [REDACTED] in I [REDACTED],
W [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Anschluß-
berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Maria H. [REDACTED] in M [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschluß-
berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. Mai 1953 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. Meiß und der Bundesrichter
Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar, Hanebeck und Dr. Bode

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München, an Stelle der Verkündung zugestellt am
31. Mai 1951, aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten des Revisions-
rechtszuges, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war während des letzten Weltkrieges Oberleutnant und Einheitsführer einer Festungsbaustoffkolonne, die zuletzt im Burgenland eingesetzt war. Dieser Einheit gehörte der Ehemann der Klägerin, Josef H., als Soldat an. Als sich Ende März 1945 die Russen näherten, entschloß sich der Beklagte, den erreichbaren Teil seiner Kolonne auf eigene Verantwortung nach Pfaffenhofen in Bayern, dem Standort des Ersatztruppenteils, zurückzuführen. Am 26. April 1945 bezog er mit seiner Einheit in Pyramoos, Landkreis Wasserburg a. Inn, Quartier. Er händigte den Soldaten seiner Einheit die Wehrpässe aus, entband sie vom Fahneneid und erlaubte ihnen, Zivilkleider anzulegen und nach Hause zu gehen, erklärte aber gleichzeitig, daß die Männer, die in Pyramoos blieben, weiterhin seinem Befehl unterstünden. Die Waffen ließ er durch den Wachtmeister B. einsammeln. Bei der Verteilung der Pferde wählte der Beklagte zwei für sich aus und stellte sie im G. ein, wo der Ehemann der Klägerin, H., und dessen Kamerad Franz G. einquartiert waren.

Am 1. Mai 1945 beauftragte der Beklagte seinen Quartiergeber, den Gastwirt Georg L., die beiden Pferde aus dem G. abzuholen und anderweitig unterzubringen. H. und G., die beide betrunken waren, hinderten L. dabei mit einem Wagscheit. Am Nachmittag desselben Tages berichtete H. dem Beklagten, dieser sei an die SS verraten worden. Der Beklagte flüchtete in den nahegelegenen Wald, kehrte aber nachts wieder nach Pyramoos zurück. Am 2. Mai morgens ging er mit Wachtmeister B. zum G.. Beide trugen Pistolen. Der Beklagte ließ auf dem G. H. und G. rufen. Er ging mit H. über den Hof des Anwesens und stellte ihn zur Rede. B. folgte in kurzem Abstand mit Greger. Im Verlauf einer kurzen Auseinandersetzung gab der Beklagte aus nächster Nähe

- 3 -

mit seiner Pistole drei Schüsse auf H. ab, durch die H. getötet wurde.

Der Beklagte ist wegen Totschlags zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren rechtskräftig verurteilt worden.

Die Klägerin hat mit der Klage rückständige Renten von 370 DM und eine laufende Rente von monatlich 100 DM ab 1. Juni 1946 bis zu ihrer Wiederverheiratung, längstens bis 31. Dezember 1973 verlangt. Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und sich auf Notwehr und Notstand, sowie vorsorglich auf vermeintliche Notwehr und mitwirkendes Verschulden des Getöteten berufen.

Das Landgericht hat der Klägerin 1 251,68 DM und eine Monatsrente von 76.- DM ab 1. Juni 1949 bis zur Wiederverheiratung, längstens aber bis zum 31. Mai 1967, zugesprochen. Es hat die Notwehrvoraussetzungen nicht für nachgewiesen erachtet und wegen eines mitwirkenden Verschuldens des Getöteten der Klägerin nur 4/5 des entstandenen Schadens zuerkannt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht dieses Urteil aufgehoben und den Beklagten nur verurteilt, an die Klägerin 926,19 DM sowie eine monatliche Rente von 50.- DM für die angegebene Zeit zu zahlen. Die Anschlußberufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er Abweisung der Klage erstrebt, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.



Entscheidungsgründe:

Über die Vorgänge, die der Tötung des Ehemannes der Klägerin vorausgingen, hat das Berufungsgericht folgende Feststellungen getroffen:

Am 29. April 1945 verlangte H. in betrunkenem Zustand von dem Wachtmeister B. seinen Karabiner, um sich gegen die anrückende SS zu verteidigen.

H. und G. forderten am 1. Mai 1945 oder vorher von dem Kolonnenkoch G. und dem Unteroffizier N. Waffen. H. erklärte sein Verlangen mit den Worten, der "Alte" müsse weg. Er sprach ferner davon, daß er den Beklagten der SS melden wolle. H. und G. waren ange-trunken. Sie erhielten von G. und N. keine Waffe.

Am 1. Mai vertrieben H. und G. den Gastwirt L. vom G., als dieser im Auftrage des Be-klagten dessen Pferde holen wollte.

Am selben Tage war eine Abteilung SS in Pyramoos durchgezogen. H. berichtete dem Beklagten, dieser sei an die SS verraten worden. Der Beklagte floh in den Wald, kehrte aber nachts nach Pyramoos zurück. Die Gastwirtstochter Helene L. öffnete ihm die Haustüre. Helene L. hielt den Beklagten davon ab, sofort zu Huber zu gehen. Der Beklagte drohte damit, er werde H. ohne Gewissensbisse erschießen, wenn dieser ihn an die SS verrate und er zum Äußersten getrieben werde.

Den Hergang der Auseinandersetzung zwischen dem Be-klagten und H. stellt das Berufungsgericht wie folgt fest:

Der Beklagte ging mit H. auf dem Hof des Anwesens voraus. B. folgte im Abstand von zehn Schritten mit G. Der Beklagte wies H. in lautem Tone zurecht. Er hielt ihm vor, was er sich eigentlich erlaube. H. nahm daraufhin beide Hände aus der Tasche und ging auf den Beklagten drohend zu mit den Worten: "Das war einmal". Der Beklagte schoß nun auf H. und traf ihn am Bauch. H. stürzte, richtete sich aber sofort wieder auf und ging nochmals auf den Beklagten zu. Der Beklagte gab daraufhin noch weitere Schüsse auf H. ab, die dessen Tod herbeiführten.

1) Das Berufungsgericht beurteilt diesen Tatbestand dahin, daß H. einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegen den Beklagten gerichtet habe, indem er drohend auf ihn zugegangen sei, daß der Beklagte jedoch bei der Abwehr des Angriffs über die Grenzen der erforderlichen Verteidigung hinausgegangen sei (§ 227 BGB). H. sei völlig waffenlos gewesen und habe den Beklagten nur mit den Händen oder Fäusten angreifen können. Der Beklagte hätte diesem Angriff dadurch begegnen können, daß er ausgewichen wäre oder sich mit den Händen gewehrt hätte. Wenn er dabei in Bedrängnis geraten wäre, hätte er den etwa zehn Schritte hinter ihm stehenden Wachtmeister B. rufen können. Beiden gemeinsam wäre es auf jeden Fall gelungen, den Angriff abzuwehren. Außerstenfalls habe der Beklagte auch einen Schreckschuß abfeuern können. Bei dieser Sachlage habe daher keine Notwendigkeit bestanden, auf H. zu schießen oder ihn gar zu töten. Der Beklagte habe daher widerrechtlich gehandelt.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht dem Beklagten als Abwehrmaßnahmen gegen den Angriff des H. ein Ausweichen, eine Abwehr mit den Händen, ein Herbeirufen des

Wachtmeisters B. oder die Abgabe eines Schreckschusses zugemutet habe. Eine Abwehr mit den Händen, so führt die Revision aus, hätte vorausgesetzt, daß der Beklagte mit Bestimmtheit von der Waffenlosigkeit des H. Kenntnis gehabt habe. Der Beklagte habe sofort handeln müssen und nicht erst den Wachtmeister B. heranzurufen können. Auch ein Ausweichen habe die Lebensgefahr, in der er sich befunden habe, nicht beseitigen können. Ein solches Verhalten sei überdies nicht zumutbar gewesen. Der Beklagte habe ohne Aufgabe eines gerechtfertigten Ehranspruchs sich nicht zur Flucht zu entschließen brauchen.

Diese Rüge geht fehl. Welche Verteidigungsmaßregel zur Anwendung eines Angriffs erforderlich ist und ob die tatsächlich ergriffene hierzu notwendig war, ist nach der objektiven Sachlage zu beurteilen, ohne daß es darauf ankommt, was der Angegriffene selbst für erforderlich erachtet (RGZ 84, 306; RGR Kom z BGB 10. Aufl § 227 Anm 3). Es ist festgestellt, daß H. ohne Waffe war und daß er den Beklagten mit den Händen oder Fäusten angreifen wollte. In einer solchen Situation können nur besondere Umstände die Tötung des Angreifers mit der Schußwaffe rechtfertigen. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß solche Umstände hier nicht gegeben sind. Daß H. ihm an Körperkraft und Gewandtheit überlegen gewesen sei, behauptet der Beklagte selbst nicht. Gewiß konnte von ihm nicht verlangt werden, daß er die Flucht ergriff. Das Berufungsgericht hat ihm auch offensichtlich keine Flucht, sondern nur für den Notfall ein vorübergehendes Ausweichen zugemutet. Das ist, besonders angesichts der Anwesenheit des zur Hilfe bereiten Wachtmeisters B., rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat bei dem festgestellten Sachverhalt ohne Rechtsirrtum angenommen, daß es zur Abwehr des Angriffs objektiv nicht erforderlich war, auf H. zu schießen.

Da nur die zur Abwehr objektiv erforderliche Handlung in § 227 BGB ihre Rechtfertigung findet, ist die Rechtswidrigkeit der Tötung mit Recht bejaht worden.

2) Aber nur eine schuldhafte Überschreitung der berechtigten Notwehr kann eine Schadensersatzpflicht nach § 823 BGB begründen (RG JW 1911, 578; RG WarnRspr 1928 Nr 75). Dabei hat der Täter, um seine Schadensersatzpflicht zu widerlegen, die Entschuldigbarkeit seines Irrtums nachzuweisen (RGZ 88, 118 1207; RG LZ 1921 Sp 218; RG WarnRspr 1930 Nr 102). Er muß daher beweisen, daß er sich zu der gewählten Art der Verteidigung ohne Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) für befugt halten durfte.

Das Berufungsgericht hält die Schuld des Beklagten nicht für ausgeschlossen. Es führt aus, der Beklagte habe selbst gesehen, daß H. keine Waffe gehabt habe. Der Beklagte habe daher bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ohne weiteres erkennen können, daß ein Waffengebrauch nicht notwendig gewesen und seine Abwehr über die Grenzen der zulässigen Verteidigung hinausgegangen sei.

Gegen diese Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe schuldhaft die erforderlichen Notwehrmaßnahmen überschritten, wendet sich die Revision.

a) Sie macht zunächst geltend, dem Beklagten sei bekannt gewesen, daß H. von den Zeugen G., N. und B. Waffen verlangt und gedroht habe, den Beklagten umzulegen. Bei dieser Situation könne man schwerlich vom Beklagten verlangen, daß er es bei dem Angriff des H. darauf habe ankommen lassen müssen, ob dieser zu einer Waffe greifen würde oder nicht.

Diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat zwar festgestellt, daß Huber von den genannten Zeugen Waffen verlangt und gedroht hatte, den Beklagten zu töten. Es ist aber nicht festgestellt worden, daß dies dem Beklagten bekannt war. Das konnte das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ohne Rechtsverstoß dahingestellt sein lassen. Denn angesichts seiner Feststellung, der Beklagte habe gesehen, daß H. ohne Waffen gewesen sei, konnte es auf diese Kenntnis des Beklagten hier nicht ankommen. Selbst wenn er von der Drohung des H. Kenntnis hatte, konnte diese den Gebrauch der Schußwaffe und die Abgabe der tödlichen Schüsse gegenüber dem waffenlosen H. nicht rechtfertigen.

b) Nun greift die Revision zwar auch die Feststellung des Berufungsgerichts an, der Beklagte habe gesehen, daß H. ohne Waffen gewesen sei. Sie meint, das Berufungsgericht habe diese Feststellung nur damit begründet, daß man eine Pistole nicht in der geschlossenen Hand verbergen könne. Man könne sie aber anderweit verbergen, und damit habe der Beklagte bei den vorausgegangenen Drohungen und Verschaffungsversuchen des H. rechnen können.

Auch dieser Angriff der Revision kann jedoch keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß H., bevor er drohend auf den Beklagten losging, beide Hände aus der Tasche genommen hatte. Angesichts dieser Feststellung ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe gesehen, daß H. seinen Angriff ohne Waffe gegen ihn richtete, nicht zu beanstanden.

c) Der Hinweis der Revision, der Beklagte sei nach dem Vorausgegangenen erregt gewesen; er habe den Angriff des H. als einen solchen auf sein Leben gewertet und in Furcht und Schrecken gehandelt, kann ebenfalls nicht zum Erfolg führen.

Geht der Täter in Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinaus, so schließt dies allein im Sinne des Zivilrechts weder die Widerrechtlichkeit der Notwehrüberschreitung noch die Schuld des Täters aus, denn § 227 BGB kennt keinen dem § 53 Abs 3 StGB entsprechenden Schuldausschließungsgrund. Der Beklagte kann sich nur durch den Nachweis entlasten, daß er sich auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für berechtigt halten dürfte, auf H. zu schießen. Daß ein solcher Ausschluß der Fahrlässigkeit nicht dargetan ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen.

3) Das Berufungsgericht hat die Tatsache, daß H. gedroht hat, den Beklagten an die SS zu verraten, unter dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen Notstandes (§ 54 StGB) geprüft. Es meint, bei Ernstlichkeit dieser Drohung habe für den Beklagten die Gefahr bestanden, daß er in allernächster Zeit von der SS für sein eigenmächtiges Handeln zur Verantwortung gezogen worden sei. Es habe also eine gegenwärtige Gefahr für seinen Leib oder sein Leben bestanden. Ob ein Notstand im Sinne des § 54 StGB vorlag, kann unerörtert bleiben, denn auch beim Vorliegen eines strafrechtlichen Notstandes wäre die Widerrechtlichkeit der Handlung nicht ausgeschlossen (Schwarz, Strafgesetzbuch 14. Aufl § 54 Anm 4). Eine solche Drohung, die H. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 1. Mai 1945 gegenüber den Zeugen G. und N. ausgesprochen hat und nach der Behauptung des Beklagten auch bei der Auseinandersetzung vom 2. Mai 1945 vorgebracht hat, könnte jedoch unter den Verhältnissen, wie sie in den Tagen des zu Ende gehenden Krieges bestanden, auch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegen den Beklagten und die Angehörigen seiner Einheit enthalten haben und daher auch unter dem Gesichtspunkt der Notwehr (§ 227 BGB) von Bedeutung sein.

Ob auch insoweit ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorgelegen hat, kann jedoch auf sich beruhen, da hinsichtlich dieses Angriffs die sonstigen Notwehrvoraussetzungen nicht behauptet sind. Der Beklagte hat, da er mit seiner Berufung auf Notwehr das Fehlen der Rechtswidrigkeit einwendet, die Voraussetzungen der Notwehr zu beweisen (RGZ 159, 235 [240]). Er mußte daher auch Tatsachen vortragen und notfalls beweisen, aus denen sich ergibt, daß es zur Abwendung eines derartigen Angriffs erforderlich war, den H. zu töten. Solche Tatsachen sind jedoch nicht vorgebracht worden.

Nach alledem hat das Berufungsgericht mit Recht eine nach § 823 bestehende Schadensersatzpflicht des Beklagten bejaht.

4) Es hat der Klägerin jedoch nur 2/3 des entstandenen Schadens zugesprochen, weil es ein mitwirkendes Verschulden des Getöteten aus folgenden Gründen für gegeben hält:

H. habe am Tage vor der Tat den Zeugen L. mit Gewalt daran gehindert, die Pferde des Beklagten abzuholen. Er habe den Beklagten dadurch in Schrecken versetzt, daß er ihm mitgeteilt habe, der Beklagte sei an die SS verraten worden. Wenn dies nur ein Scherz gewesen sei, so sei es ein sehr gefährlicher Scherz gewesen. Wenn der Beklagte auch diese Äußerungen später als Scherz erkannt habe, so habe er daraus doch den Schluß ziehen können, daß H. mit dem Gedanken eines Verrats an die SS spiele. Tatsächlich habe der Beklagte auch befürchtet, daß H. mit der SS in Verbindung stehe. Es könne dahingestellt bleiben, ob sich diese Befürchtung nur auf die Mitteilung vom 1. Mai gestützt oder ob der Beklagte zur Zeit der Tat davon gewußt habe, daß H. von G., N. und B. Waffen gefordert und mit einem Verrat gedroht hatte. H. habe auch sonst ein Ver-

halten an den Tag gelegt, das den Beklagten habe in Erregung versetzen und reizen müssen. Er sei ständig betrunken gewesen, auch habe er dem Beklagten bei dem Wortwechsel vom 2. Mai unnötige Widerreden gegeben und ihn beleidigt. H. habe durch dieses Verhalten selbst die Gefahr geschaffen, der er schließlich erlegen sei. Er habe schuldhaft mit dazu beigetragen, daß der Beklagte gegen ihn zur Waffe gegriffen habe. Es sei daher gerechtfertigt, dem H. 1/3 und dem Beklagten 2/3 des entstandenen Schadens zuzurechnen.

Die Revision rügt mit Recht Verletzung des § 254 BGB.

Die Verteilung der Verantwortlichkeit im Rahmen des § 254 BGB gehört zwar im wesentlichen der dem Tatrichter obliegenden Würdigung an; sie ist aber im Revisionsrechtszuge nachprüfbar, soweit sie auf rechtsirrtümlichen Erwägungen beruht oder wenigstens mit der Möglichkeit eines Rechtsirrtums zu rechnen ist (Urteile des erkennenden Senats vom 17. Dezember 1952 -VI ZR 52/52 - und vom 16. Januar 1953 -VI ZR 60/52 -).

Das Berufungsgericht hat bei seinen Ausführungen über den strafrechtlichen Notstand eine Fahrlässigkeit des Beklagten darin gesehen, daß er die Möglichkeit, die durch einen Verrat an die SS drohende Gefahr durch die Festnahme des H. zu beseitigen, nicht erkannt habe. Das beruht insofern auf einem Irrtum, als der Beklagte damit rechnen mußte, daß H., wie die Revision zutreffend geltend macht, sich auch nach einer Festnahme durch Lärm oder auf sonstige Weise einer durchziehenden oder sich im Ort aufhaltenden SS-Einheit bemerkbar machen konnte. Daß der Beklagte die vom Berufungsgericht erwähnte Möglichkeit nicht in Erwägung gezogen hat, kann ihm daher nicht als Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden. Ob und welche andere Maßnahmen zu Gebote standen, um

einen in der ausgesprochenen Drohung liegenden etwaigen Angriff abzuwehren und ob sie für den Beklagten ohne Sorgfaltsverletzung erkennbar waren, kann in diesem Zusammenhang auf sich beruhen. Entscheidend ist hier, daß dieses vom Berufungsgericht angenommene Verschuldensmoment nicht gegen den Beklagten verwertet werden kann.

Ferner hat das Berufungsgericht dahingestellt sein lassen, ob der Beklagte bei der Auseinandersetzung vom 2. Mai bereits wußte, daß H. am Vortage Waffen verlangt und damit gedroht hatte, den Beklagten zu töten. Eine Abwägung des beiderseitigen ursächlichen Verschuldens ist aber ebenso wie ihre rechtliche Nachprüfung durch das Revisionsgericht regelmäßig erst dann möglich, wenn das Maß des beiderseitigen Verschuldens feststeht. Ebenso wie dabei eine bloße Unterstellung nicht oder nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen genügt (RGZ 147, 144 148; RGR Kom z BGB 10. Aufl § 254 Anm 4), können auch Tatsachen, die das Maß des einer Partei zur Last zu legenden Verschuldens beeinflussen können, nur unter besonderen hier nicht gegebenen Umständen dahingestellt bleiben. Wenn der Beklagte Kenntnis davon hatte, daß H. Waffen verlangt und mit der Tötung des Beklagten gedroht hatte, so könnte dieses zwar, wie bereits festgestellt wurde, das Verschulden des Beklagten nicht ausschließen. Dieser Umstand könnte aber Einfluß auf das Maß des Verschuldens haben und möglicherweise dem Berufungsgericht Anlaß geboten haben, das Verschulden des Beklagten in einem milderem Lichte erscheinen zu lassen.

Hiernach besteht aus doppeltem Grunde die Möglichkeit, daß das Berufungsgericht sich bei Abwägung des beiderseitigen Verschuldens von irrigen Vorstellungen über Art und Um-

fang des dem Beklagten zur Last zu legenden Verschuldens hat leiten lassen. Daher war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Meiß

Hanebeck

Dr. Kleinewefers

Dr. Bode

Dr. Gelhaar