

VI ZR 90/53

Verkündet am 23. Juni 1954
 [REDACTED], 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 minderjährigen Paul W [REDACTED], gesetzlich vertreten durch seinen Vater, Kraftfahrer Paul W [REDACTED] in T [REDACTED],

— Klägers, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungsklägers und Revisionsklägers,

— Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] —

g e g e n

den minderjährigen Albert A [REDACTED], gesetzlich vertreten durch seinen Vater, Brauer Michael A [REDACTED] in T [REDACTED], H [REDACTED] strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Anschlußberufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

— Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] —

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1954 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Meiß und der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar, Hanebeck und Dr. Haus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München, dessen Formel den Parteien an Stelle der Verkündung am 20. Januar 1953 zugestellt worden ist, aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1937 geborene Kläger und der am [REDACTED] 1938 geborene Beklagte spielten am 24. März 1948 mit anderen Jungen im L[REDACTED]wald in T[REDACTED]. Der Beklagte hatte eine Gummischleuder bei sich. Ein mit dieser Schleuder abgeschossener Stein traf den Kläger so unglücklich in das rechte Auge, daß der Kläger die Sehkraft auf diesem Auge fast völlig eingebüßt hat.

Der Kläger hat gegen den Beklagten und dessen Vater Klage erhoben und ein angemessenes Schmerzensgeld sowie die Feststellung begehrt, daß sie als Gesamtschuldner verpflichtet seien, ihm den gesamten aus dem Vorfall vom 24. März 1948 entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 800 DM verurteilt und festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger zwei Drittel des Schadens zu ersetzen, der dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß der Beklagte am 24. März 1948 beim Spielen den Kläger mit einem Stein ins rechte Auge traf. Die weitergehende Klage gegen den Beklagten und die Klage gegen den Vater des Beklagten hat es abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen und die Anschlußberufung des Klägers, mit der dieser Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 1.294 DM und Feststellung der vollen Schadensersatzpflicht des Beklagten begehrt hat, zurückgewiesen.

- 3 -

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche gegen den Beklagten weiter, wobei er die Höhe des Schmerzensgeldes in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Die Revisionssumme ist erreicht. Der erkennende Senat geht davon aus, daß angesichts der eingetretenen körperlichen Behinderung des Klägers dieser in Zukunft einen monatlichen Verdienstausschlag und Mehraufwand haben wird, der für die Streitwertberechnung mit rund 50 DM zu veranschlagen ist. Der Feststellungsanspruch ist hinsichtlich der Zulässigkeit der Revision daher mit 6.000 DM zu bewerten (BGHZ 1, 43). Hierzu tritt noch der Wert des Schmerzensgeldanspruchs, den der Senat mit 1.200 DM angenommen hat, und der bezifferte Anspruch auf Zahlung von 94 DM.

Die Revision ist daher zulässig.

2. Die ergänzende Revisionsbegründung des Klägers vom 15. Juni 1953 ist am selben Tage bei dem Bundesgerichtshof eingegangen, also innerhalb der bis zum 18. Juni 1953 verlängerten Revisionsbegründungsfrist. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung sind deshalb die in der ergänzten Revisionsbegründung enthaltenen weiteren Verfahrensrügen, die in einer der Vorschriften des § 554 Abs 3 Nr 2 b ZPO entsprechenden Weise begründet sind, nicht unbeachtlich.



3. Allerdings ist die in der schriftlichen Revisionsbegründung erhobene Rüge der Verletzung des § 309 ZPO, die damit begründet war, daß bei dem Erlaß des Urteils nicht dieselben Richter mitgewirkt haben wie in dem Verhandlungstermin vom 19. November 1952, in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat mit Rücksicht auf das in BGHZ 11, 27 [29 ff.] abgedruckte Urteil des Senats ausdrücklich fallengelassen worden, so daß es keines Eingehens auf diese Rüge bedarf.

4. Ob die Revision mit ihrer Rüge durchdringen könnte, die Anordnung des schriftlichen Verfahrens sei deshalb unzulässig gewesen, weil sie nur eine Umgehung der §§ 300 Abs 1, 310 ZPO bezweckt habe (vgl dazu Stein-Jonas-Schönke, ZPO 17. Aufl § 128 Anm VIII 2 und Baumbach-Lauterbach, ZPO 22. Aufl § 128 Anm 4 B), kann auf sich beruhen bleiben, weil das angefochtene Urteil ohnehin wegen eines anderen Verfahrensverstosses aufgehoben werden muß,

5. Die Revision erblickt nämlich mit Recht einen wesentlichen Verfahrensmangel darin, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung die von ihm im Armenrechtsprüfungsverfahren eingeholte schriftliche gutachtliche Äusserung des Landgerichtsarztes, Obermedizinalrat Dr. Ar[REDACTED], vom 28. Juli 1952 zugrunde gelegt hat, obwohl diese als schriftliches Gutachten zu wertende Äusserung weder in dem Termin vom 19. November 1952 Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen noch den Parteien abschriftlich mitgeteilt worden ist. Wenn es auch nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht im Armenrechtsprüfungsverfahren ein

schriftliches Gutachten eingeholt hat (vgl. § 118 a Abs 1 Satz 3 ZPO), und das Berufungsgericht auch nicht gehindert war, dieses Gutachten im nachfolgenden Prozeßverfahren im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten (Stein-Jonas-Schönke § 118 a Anm I 3), so mußte doch dieses Gutachten ordnungsgemäß als Prozesstoff in das Verfahren eingeführt werden. Die Prozeßakten ergeben nicht, daß den Parteien das Gutachten des Sachverständigen bekannt war, als sie sich mit schriftlicher Entscheidung einverstanden erklärten, denn aus der in der Sitzung vom 19. November 1952 aufgenommenen Niederschrift ist nicht zu entnehmen, daß das Gutachten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden ist. Aus der Niederschrift ergibt sich nicht einmal, daß in diesem Termin mündlich verhandelt worden ist. Ebensowenig ist aus den Akten ersichtlich, daß die Parteien Abschrift des Gutachtens erhalten haben oder ihnen in sonstiger Weise von seinem Inhalt Kenntnis gegeben worden ist. Beweisergebnisse, die den Parteien unbekannt sind, dürfen aber auch im Verfahren nach § 128 Abs 2 ZPO nicht zur Grundlage einer Entscheidung gemacht werden. Dies würde gegen den Grundsatz verstossen, daß die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Demgemäß kann auch im Fall der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung das Gericht eine ihm vorliegende Urkunde - hier das im Armenrechtsprüfungsverfahren eingeholte schriftliche Gutachten des Sachverständigen - nur dann verwerten, wenn die Parteien in entsprechender Anwendung des § 362 Abs 2 ZPO hierüber Nachricht erhalten haben (Stein-Jonas-Schönke § 432 Anm II 2 und § 285 Anm III 2), damit ihnen Gelegenheit zur schriftsätzlichen Äusserung und zur Stellung ihnen nunmehr notwendig erscheinender Anträge auf

Erhebung neuer Beweise oder Ergänzung der Beweisaufnahme gegeben ist.

6. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist dieser Verfahrensverstoß nicht durch Rügeverzicht gemäß § 295 ZPO geheilt worden. Einen solchen Verzicht will die Revisionserwiderung daraus herleiten, daß die Parteien im Termin vom 19. November 1952 den Antrag auf schriftliche Entscheidung gestellt haben, obwohl ihnen bekannt gewesen ist, daß das Berufungsgericht im Armenrechtsprüfungsverfahren durch Beschluß vom 14. Februar 1952 die Einholung einer gutachtlichen Äusserung des Landgerichtsarztes angeordnet hatte. Sie meint, die Parteien hätten davon ausgehen müssen, daß der Beschluß auch ausgeführt worden sei, und es sei daher Sache der Parteivertreter gewesen, sich durch Einsichtnahme in die Gerichtsakten von dem Inhalt des Gutachtens zu überzeugen, bevor sie den Antrag auf schriftliche Entscheidung stellten. Diesen Erwägungen kann nicht gefolgt werden. Es bedarf nicht der Prüfung, ob der hier in Frage stehende Verfahrensmangel, der darin besteht, daß die Klage abgewiesen ist, ohne daß der Kläger in sachlich gebotenem Umfang rechtliches Gehör gehabt hat, überhaupt gemäß § 295 Abs 1 ZPO geheilt werden kann, oder ob er zu den unverzichtbaren Verfahrensmängeln gehört (vgl. RGZ 93, 152 [155]; Stein-Jonas-Schönke § 295 Anm II 2 a), denn ein ausdrücklicher Verzicht ist nicht erfolgt und auch ein Verzicht durch Unterlassung der Rüge des Verfahrensmangels liegt nicht vor. Die unzulässige Einführung der gutachtlichen Äusserung des Sachverständigen in dem Rechtsstreit im Wege des Urkundenbeweises ist hier nämlich erst durch den Erlaß des ange-

fachtenen Urteils erfolgt. Mit dem Erlaß des Urteils war aber das Verfahren im zweiten Rechtszuge abgeschlossen, damit entfiel die Möglichkeit einer Rüge des Verfahrensmangels gegenüber dem Berufungsgericht. Eine Heilung des Verfahrensverstosses durch Unterlassung der Rüge des Verfahrensmangels gegenüber dem Berufungsgericht ist somit hier nicht eingetreten.

7. Da nicht auszuschliessen ist, daß das Urteil des Berufungsgerichts auf dem dargelegten Verfahrensmangel beruht, muß es aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, ohne daß es eines Eingehens auf die von der Revision erhobenen Sachrügen bedarf. Der Kläger ist nicht gehindert, das Vorbringen seiner Revisionsbegründung dem Berufungsgericht in der neuen Verhandlung vorzutragen, insbesondere kann er nunmehr auch geltend machen, daß der Beklagte unter dem Gesichtspunkt des § 829 BGB schadenersatzpflichtig sei.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist aus Zweckmässigkeitsgründen dem Berufungsgericht überlassen worden.

Meiß Dr. Kleinewefers Dr. Gelhaar Hanebeck Dr. Hauß