

Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision*

Delillerin İbrazı ve İstinaf ile Temyizde Kontrolü

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich**

Abstract

Im Aufsatz wird dargestellt, welche Voraussetzungen für eine Beweisaufnahme erforderlich sind und wie die Beweiserhebung vor Gericht zu erfolgen hat. Einen anderen Schwerpunkt bildet die Würdigung der Beweismittel durch den Richter. In der Abhandlung wird auch auf die Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung hingewiesen.

Keywords: Beweismittel, Beweiserhebung, Berufungsgrund, Revisionsgrund, Beweisaufnahme.

Özet

Makalede delillerini ibrazında hangi koşullara uyulması gerekliliği ve delillerin mahkeme önünde nasıl sunulacağı hususları irdelenmektedir. Çalışmanın diğer bir ağırlık noktasını delillerin mahkemece ne şekilde değerlendirileceği oluşturmaktadır. Bu makalede aynen delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin sınırlarına da değinilmektedir.

* Dieser Vortrag wurde am 12.04.2016 an der juristischen Fakultät der Marmara Universität und am 13.04.2016 an der juristischen Fakultät der İstanbuler Universität gehalten.

** Juristische Fakultät der Universität Halle/Deutschland.

Anahtar kelimeler: Deliller, Delillerin İbrazı, İstinaf Sebebi, Temyiz Sebebi, Delillerin Kabulü.

A. Die Grundlagen der Beweiserhebung

In der Praxis wird in vielen Prozessen mehr über die Tatsachen gestritten als über ihre rechtliche Bewertung. Der Beweis dient der Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit bestimmter Behauptungen der Parteien. Die Partei, die ihre Behauptungen beweisen kann, wird in der Regel auch den Prozess gewinnen. Gegenstand des Beweises können nur **Tatsachen** sein, wobei darunter auch die einfachen Rechtsbegriffe fallen. Die Beweisaufnahme erfolgt durch Erhebung des im Beweisantritt benannten Beweises und Würdigung des Beweisergebnisses, was schließlich zur Entscheidungsreife des Rechtsstreits führt.

I. Voraussetzungen für eine Beweisaufnahme

1. Schlüssigkeit, Erheblichkeit, Beweisbedürftigkeit

Beweis ist zu erheben, wenn eine von einer Partei behauptete **Tatsache** von der anderen Partei hinreichend substantiiert **bestritten** wird und es auf diese Tatsache **für die Entscheidung des Gerichts ankommt**. Entscheidungserheblich ist eine Tatsache, wenn sie dazu beiträgt, dass das Vorbringen einer Partei schlüssig, und das der anderen Partei erheblich ist. Eine entscheidungserhebliche Tatsache ist demnach auch **beweiserheblich**. Zudem muss die Tatsache **beweisbedürftig** sein, das heißt sie darf nicht offenkundig (gerichtsbekannt oder notorisch, § 291 dZPO) sein. Offenkundig sind allgemein bekannte Daten und Fakten des Zeitgeschehens und feststehende geographische Gegebenheiten.¹ Ebenfalls offenkundig ist das amtliche Wissen des Richters.² Sind Beweiserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit gegeben, muss das Gericht die tatsächlichen Geschehnisse aufklären, indem es Beweise erhebt. Auf

¹ Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 470.

² Nicht das private Wissen des Richters, s. Lipp, Das private Wissen des Richters, 1995.

der Grundlage der Ergebnisse der Beweiserhebung wird der Rechtsstreit entschieden.

2. Beweisantritt oder Beweisaufnahme von Amts wegen

Die Beweisaufnahme wird im Regelfall eingeleitet durch einen Beweisantritt der beweisbelasteten Partei. Ist aber von der Partei kein Beweismittel angeboten, *kann*³ die **Beweisaufnahme auch von Amts wegen** erfolgen (§§ 142, 144, 448 dZPO). Nur beim **Zeugenbeweis** ist immer ein Beweisangebot der Partei erforderlich (§§ 273 Abs. 2 Nr. 4, 373 dZPO).

3. Kein Ermessen des Gerichts

Wenn das Gericht Beweiserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit der bestrittenen Tatsachen geprüft und bejaht hat, und die beweisbelastete Partei auch der **Beweis durch Benennung eines Beweismittels angetreten** wurde, *hat* das Gericht eine Beweisaufnahme vorzunehmen. Insoweit besteht ein – auch verfassungsmäßig verbürgter – Anspruch der Partei auf Beweisaufnahme.⁴ Dem Gericht steht kein Ermessen zu.

II. Die Beweiserhebung

Beispiel: Der Gebrauchtwagenhändler K verklagt den B auf Zahlung eines angeblich noch ausstehendem Kaufpreises für ein gebrauchtes Automobil in Höhe von 2000 €. K ist der Auffassung, insgesamt betrage sein Kaufpreisanspruch 7000 €. Vereinbart worden sei nämlich eine Zahlung in dieser Höhe, davon habe B aber nur 5000 € gezahlt. Als Zeugen für diese Vereinbarungen benennt K seine Ehefrau E, die bei den Gesprächen zwischen K und B in den Geschäftsräumen des K anwesend ge-

³ MünchKommZPO/*Fritsche*, 5. Auflage, §§ 142-144, Rn. 3-5; ggf. *muss* das Gericht sogar ohne Initiative der Partei tätig werden, wenn ihm eigene Sachkunde fehlt (Sachverständigenbeweis), BGH NJW-RR 2007, 357.

⁴ Vgl. BVerfG NJW 2001, 2531; BGH NJW-RR 2008, 1380; BGH NJW 2002, 1340.

wesen sei. B hingegen trägt vor, von 7000 € sei lediglich in einem ersten Angebot des K die Rede gewesen; schließlich habe man sich auf einen Preis von 5000 € geeinigt, so dass alles bezahlt sei. Als Zeugen benennt er seinen Mitarbeiter M, der ihn bei den Verhandlungen begleitet habe.

Das Gericht erlässt einen Beweisbeschluss:

Es soll Beweis erhoben werden über die Frage, welchen Preis die Parteien für die Veräußerung des Pkw durch den Kläger vereinbart haben (Beweisthema, § 359 Nr. 1 dZPO). durch Vernehmung der Zeugin E – benannt vom Kläger – und durch Vernehmung des Zeugen M – benannt vom Beklagten – (Bezeichnung der Beweismittel und der beweisführenden Partei, § 359 Nr. 2, 3 dZPO).

Termin zur mündlichen Verhandlung und Durchführung der Beweisaufnahme wird bestimmt auf den 11. April 2016, 10 Uhr, Saal ... (§ 216 dZPO, vgl. auch §§ 332, 370 dZPO).

Die Zeugin E und der Zeuge M werden am 11. April 2016 von dem Gericht vernommen, das anschließend ihre Aussagen würdigt und sich von der Wahrheit der einen oder der anderen Behauptung überzeugt.

1. Anordnung der Beweisaufnahme

Die Beweisaufnahme wird gerichtlich angeordnet, entweder durch formlosen Beschluss des Gerichts (§ 273 dZPO) oder durch einen förmlichen Beweisbeschluss (§ 358 dZPO). Der **formlose Beschluss** erfolgt vor allem dann, wenn der Beweis sofort im Termin erhoben wird. Der **förmliche Beschluss** ist zu wählen, wenn eine Vertagung auf einen eigenen Termin zur Beweisaufnahme notwendig ist sowie im Falle der Parteivernehmung (§ 450 Abs. 1 dZPO) und bei der Beweisaufnahme vor der mündlichen Verhandlung (§ 358a dZPO). Im Beschluss sind insbesondere die streitigen Tatsachen (**Beweisthema**) und die **Beweismittel** zu bezeichnen (§ 359 dZPO).

2. Ablauf der Beweisaufnahme

Wie die **Beweisaufnahme abläuft**, hängt vornehmlich davon ab, welches Beweismittel genutzt wird. Zeugen und Parteien werden vernommen; Sachverständige erstatten ein Gutachten; bei Urkunden wird die in ihnen verkörperte Gedankenerklärung inhaltlich aufgenommen; Augenschein erfolgt durch sinnliche Wahrnehmung (Hören, Sehen, Riechen, Schmecken, Fühlen).

Die Beweisaufnahme findet **unmittelbar vor dem Prozessgericht** (§ 355 dZPO) oder vor einem beauftragten (§ 361 dZPO) oder ersuchten (§ 362 dZPO) Richter statt.⁵ Beide können an Stelle des für den Rechtsstreit zuständigen Prozessgerichts eine Beweisaufnahme durchführen (§ 355 Abs. 1 Satz 2 dZPO). Der beauftragte Richter gehört dabei dem Prozessgericht an und führt eine Beweisaufnahme an Stelle des gesamten Spruchkörpers durch. Der ersuchte Richter ist hingegen Mitglied eines auswärtigen Gerichts und soll vor Ort eine Beweisaufnahme durchführen, etwa einen auswärtigen Zeugen vernehmen. Beweisaufnahmen können außerdem grenzüberschreitend stattfinden.⁶ Dies geschieht im Wege der Rechtshilfe und innerhalb der EU nach der EU-Beweisaufnahmeverordnung 1206/2001⁷, die in der ZPO in den §§ 1072 ff. dZPO durchgeführt wird.

3. Die Beweiswürdigung

An die Beweisaufnahme schließt sich die Bewertung der erhobenen Beweise durch den Richter an (**Beweiswürdigung**). Entweder hält der Richter eine behauptete Tatsache dann für wahr, falsch oder unbewiesen. Im letzteren Fall des sog. „**non liquet**“ (= es ist nicht klar) kann er weder die Richtigkeit noch die Unwahrheit der Tatsache seinem Urteil zu Grunde legen, sondern hat nach Grundsätzen der **Beweislastverteilung**

⁵ BGH FamRZ 2007, 126; *Weth*, JuS 1991, 34; MünchKommZPO/*Heinrich*, 5. Auflage, § 355, Rn. 1; *Schreiber*, Jura 2009, 269, 271 m. w. N.; zur Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips vgl. BGH MDR 2013, 1184.

⁶ *Lützen*, Jura 2007, 201.

⁷ Vom 28.5.2001, ABl. EG 2001, L 174, S. 1.

zu entscheiden. Die beweisbelastete Partei verliert im Falle des „non liquet“ den Prozess. Ist die Streitsache nach der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung zur Entscheidung reif, ergeht ein Urteil, das in seinen Entscheidungsgründen auch die vom Gericht infolge der erhobenen Beweise für richtig erkannten Tatsachen einschließlich einer **Begründung, warum das Gericht von einem bestimmten Ergebnis der Beweisaufnahme ausgeht** (§ 286 Abs. 1 Satz 2 dZPO), enthält.

Wann der Richter eine unter Beweis gestellte Tatsache als wahr unterstellt, entscheidet er nach seiner **freien richterlichen Überzeugung** (§ 286 dZPO). Der Richter ist aber in einigen Fällen und vor allem bei bestimmten Urkunden an Beweisregeln gebunden (s. §§ 165, 314, 415ff., 182 Abs. 1 Satz 2 dZPO). Zudem darf seine Würdigung nicht gegen allgemein gültige und begründbare Denk- und Erfahrungssätze,⁸ naturwissenschaftliche Erkenntnisse und gesetzliche Vermutungen verstoßen.⁹ Irrationale Begründungen, warum er etwa eine bestimmte Zeugenaussage für falsch hält, sind nicht von der freien Beweiswürdigung erfasst.

Der Richter muss bei seiner Beweiswürdigung keine von allen Zweifeln freie absolute Gewissheit von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache erlangen.¹⁰ Andererseits reicht auch eine bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit keinesfalls aus. Die herrschende Meinung fordert für das **Beweismaß** deshalb zu Recht eine an Sicherheit grenzende, jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Wahrscheinlichkeit.¹¹

Herabgesenkt wird das Maß der erforderlichen Überzeugung im Anwendungsbereich des § 287 dZPO. Die Norm lässt sowohl für die Entstehung als auch die Höhe eines Schadens, nicht aber für das Vorliegen einer Rechtsgutverletzung, das Verschulden oder die Kausalität, eine **richterliche Schätzung** und damit ein geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit ausreichen.¹²

⁸ BGH NJW 1997, 2757; BGH NJW 2011, 1217, 1219.

⁹ Zimmermann, ZPO, 10. Auflage, § 286, Rn. 2; Hohlweck, JuS 2001, 584.

¹⁰ BGH NJW-RR 1994, 567, 568; BGH NJW 2015, 2111, 2112.

¹¹ Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 8. Auflage, § 286 Rn. 24; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 489 m.w.N.

¹² Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Auflage, § 287, Rn. 4; Stein/Jonas/Leipold, ZPO,

III. Abgrenzung: Freibeweis, Strengbeweis, Glaubhaftmachung

Grundsätzlich gelten im deutschen Zivilprozess die Regeln des **Strengbeweises**. Das bedeutet, dass die Beweisaufnahme nach einem bestimmten **förmlichen Verfahren** (§§ 355 ff. dZPO) ablaufen muss und nur durch die zugelassenen **fünf Beweismittel** erfolgen kann. In einigen Fällen ist auch im Zivilprozess der **Freibeweis** zugelassen. Dann besteht weder eine Bindung im Verfahren noch in den Beweismitteln an die Vorgaben des Strengbeweises:¹³ So lässt § 273 Abs. 2 Nr. 2 dZPO bei der Vorbereitung des Termins die Einholung amtlicher Auskünfte zu. § 495a dZPO erlaubt ein Verfahren vor dem Amtsgericht nach billigem Ermessen. Nach § 284 Satz 2 bis 4 dZPO kann das Gericht die Beweise auf geeignet erscheinende Art aufnehmen, wenn die Parteien damit einverstanden sind, z.B. Befragung von Zeugen oder Sachverständigen per E-Mail oder Telefonat.¹⁴ Bei der Ermittlung ausländischen Rechts ist das Gericht nach § 293 dZPO nicht auf die angebotenen Nachweise beschränkt, sondern kann auch eigene Literaturstudien betreiben oder Auskünfte bei inländischen oder ausländischen Institutionen einholen. Generell gilt der Freibeweis in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 29, 30 FamFG). Auch beim Freibeweis gilt, dass das Beweismaß die volle richterliche Überzeugung ist.¹⁵ Vor allem aus diesem Grund darf der Freibeweis nicht mit der **Glaubhaftmachung** verwechselt werden. Glaubhaftmachung meint eine (nur) überwiegende Wahrscheinlichkeit. Sie ist wegen der Eilbedürftigkeit zugelassen im Verfahren der einstweiligen Verfügung und des Arrests (§ 920 ZPO). Glaubhaftmachen kann man nach mit allen fünf Beweismitteln des Strengbeweises, aber auch mit der **eidesstattlichen Versicherung** (§ 294 dZPO).

22. Auflage, § 287, Rn. 13 ff., 43; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 490 ff.

¹³ *Schreiber*, Jura 2009, 269, 273; *Schilken*, FS Kollhosser 2004, Bd. 2, 649.

¹⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, § 110 Rn. 9; LG Saarbrücken NJW-RR 2010, 496.

¹⁵ BGH MDR 2000, 290; BGH NJW 1997, 3319; *Fölsch*, MDR 2004, 1029, 1030; *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2857, 2862.

B. Die Beweismittel des Strengbeweises

Die fünf Beweismittel des Strengbeweises sind der Augenschein (§§ 371ff. dZPO), der Zeuge (§§ 373ff. dZPO), der Sachverständige (§§ 402ff. dZPO), die Urkunde (§§ 415ff. dZPO) und die Parteivernehmung (§§ 445ff. dZPO).

I. Der Beweis durch Augenschein

Für den Beweis einer Tatsache kann es notwendig sein, sich eine Person, Sache, einen Vorgang oder Zustand¹⁶ oder eine örtliche Gegebenheit anzusehen, etwas zu berühren oder Geräusche oder Klänge akustisch wahrzunehmen. So wird etwa die Tatsache, dass der Friseur die Haare nicht blond, sondern grün gefärbt hat, schon dadurch bewiesen werden können, dass die missglückte Frisur vom Gericht in Augenschein genommen wird; eine umstrittene Verkehrsführung an einer Kreuzung kann durch Augenscheinseinnahme der entsprechenden Örtlichkeit, Lärmbelästigung durch Anhören vor Ort erkundet werden (**Ortstermin**); sogar ein Sachmangel kann in manchen Fällen schon durch sinnliche Wahrnehmung der angeblich mangelhaften Sache erkannt werden. Häufige Augenscheinobjekte sind zudem Fotos, die aber auch die Gefahr der Manipulation in sich bergen.¹⁷ Letztlich kann **Gegenstand des Augenscheins** jedes – auch unkörperliche – Objekt sein, das der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich ist.

Auch **elektronische Dokumente** (Dateien) sind beim Beweis durch Augenschein aufgeführt (§ 371 Abs. 1 Satz 2, 371a, 371b dZPO). Auf sie finden aber größtenteils die Regeln über den Urkundenbeweis entsprechende Anwendung.¹⁸ Seit dem E-JustizG von 2013¹⁹ gilt dies nicht

¹⁶ Schreiber, Jura 2009, 269 m.w.N.

¹⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Auflage, Übers § 371, Rn. 2.

¹⁸ Bergfelder, Der Beweis im elektronischen Rechtsverkehr, 2006; Czeguhn, JuS 2004, 124; Roßnagel/Fischer-Dieskau, NJW 2006, 806; Schemmann, ZJP 118 (2005), 161; zuletzt Müller, die Digitalisierung der Justiz in Deutschland, Diss., Halle 2015.

¹⁹ Änderung der §§ 371a und 371b durch E-Justiz-Gesetz vom 10.10.2013, BGBl I, S. 3786.

mehr nur für Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur, sondern etwa auch für die DE-Mail, und eine technikneutrale Formulierung ist offen für weitere Entwicklungen. Etwas seltsam verortet im Bereich des Augenscheinsbeweises ist die Untersuchung zur Feststellung der Abstammung nach § 372a dZPO, denn die Abstammung lässt sich schwerlich durch richterliche sinnliche Wahrnehmung einer **Blutprobe**, sondern nur durch deren sachverständige Untersuchung klären. Führt ein Sachverständiger (Arzt!) die Entnahme und Begutachtung durch, handelt es sich jedenfalls um einen Sachverständigenbeweis.²⁰ Bedeutung haben hier vor allem die Möglichkeiten, derartige Untersuchungen zwangsweise vorzunehmen (§ 372a Abs. 2 i.V.m. §§ 386 bis 390 dZPO).²¹

Der Beweis durch Augenschein wird nach § 371 Abs. 1 Satz 1 **angetreten**, indem der Gegenstand des Augenscheins und die Tatsache, die durch ihn bewiesen werden soll, bezeichnet werden. Er wird **erhoben** durch sinnliche Wahrnehmung in Form von Anschauen, Hören, Riechen, Schmecken, Fühlen. Kann die beweisantretende Partei das Augenscheinobjekt nicht vorlegen, weil es sich nicht in ihrem Besitz findet, kann das Gericht dem Besitzer die Herbeischaffung des Gegenstandes aufgeben (§§ 371 Abs. 2, 144 dZPO). Deshalb ist der Beweisantritt durch einen entsprechenden Antrag an das Gericht zu ergänzen. Weigert sich der Prozessgegner, das Augenscheinobjekt zugänglich zu machen, kann dies nach in der freien Beweiswürdigung zu dessen Ungunsten berücksichtigt werden (§ 371 Abs. 3 dZPO). Ist das Gericht allein nicht in der Lage, aus dem Augenscheinobjekt Schlussfolgerungen zu ziehen, weil ihm dazu die Sachkunde fehlt, kann es nach § 372 Abs. 1 einen Sachverständigen hinzuziehen. Solange der Sachverständige dabei bloßer Gehilfe bleibt, handelt es sich um einen Augenscheinsbeweis; führt er selbst die Augenscheinseinnahme durch und erstattet dann darüber ein Gutachten, handelt es sich um einen Sachverständigenbeweis.

²⁰ Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 515.

²¹ Zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 5, 13.

II. Der Zeugenbeweis

Ein Zeuge schildert seine individuellen Wahrnehmungen von Tatsachen. Der Zeugenbeweis wird nach § 373 dZPO **angetreten** durch Benennung der Person, die Zeuge sein soll, und Bezeichnung der Tatsachen, die durch seine Aussage bewiesen werden sollen. Der Beweis wird **erhoben** durch Vernehmung des Zeugen über seine Wahrnehmungen.²²

Ein Zeuge ist verpflichtet, bei Gericht zu **erscheinen** (§§ 377, 380 dZPO), **auszusagen** (§§ 395ff. dZPO) und seine Aussage auch zu **beidigen** (§§ 391ff. dZPO). Die in § 383 genannten Personen (vor allem Angehörige und Geheimnisträger) können aus persönlichen Gründen **verweigern, als Zeuge auszusagen**. Auch sachliche Gründe können ein Zeugnisverweigerungsrecht begründen (§ 384 dZPO): Wenn der Zeuge selbst oder sein Angehöriger durch die Aussage einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden erleidet (etwa Schadensersatzansprüche gegen ihn), er mit seiner Aussage möglicherweise strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt würde oder ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis offenbaren würde.

Über die Zeugenvernehmung wird ein Protokoll erstellt (§§ 159ff. dZPO). Für seine Auslagen und Aufwendungen wird ein Zeuge entschädigt (§ 401 dZPO).

Der **sachverständige Zeuge** i.S.d. § 414 dZPO (z.B. Arzt am Unfallort) ist trotz der Regelung im Sachverständigenbeweis ein Zeuge und kein Sachverständiger, denn er bekundet seine Wahrnehmungen – in den Sinnen geschärft durch seine Sachkunde – und nimmt keine Bewertung vor. Aus diesen Gründen kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

Der **Zeuge vom Hörensagen** ist ein Zeuge, der über Äußerungen anderer Personen zu den zu beweisenden Tatsachen vernommen wird.

²² Zum Ablauf der Vernehmung und zur Vernehmungspsychologie Schellhammer, Zivilprozess, 15. Auflage, Rn. 615–627.

Er ist ein „normaler“ Zeuge, dessen Vernehmung auch zulässig ist, gegebenenfalls aber geringeren Beweiswert hat.²³

Der Zeugenbeweis kann nicht durch eine **schriftliche Zeugen-erklärung** ersetzt werden. Ein solches Schriftstück ist vielmehr als Urkundenbeweis einzuführen und kann nicht als Zeugenbeweis gewertet werden.²⁴ Falls beantragt, ist deshalb (nochmals) eine gerichtliche Zeugenvernehmung vorzunehmen.

Wer Partei ist, kann nicht Zeuge sein.

Beispiele: Da der **einfache Nebenintervenient** nicht Partei ist, kann er Zeuge sein. Der **einfache Streitgenosse** ist zwar Partei seines eigenen Prozessrechtsverhältnisses, kann aber bei dem oder den anderen Streitgenossen Zeuge sein, wenn er über Tatsachen vernommen werden soll, die ausschließlich die anderen Streitgenossen betreffen.²⁵ **Notwendige Streitgenossen** sind als Partei zu vernehmen (vgl. § 449 dZPO). Gesetzliche **Vertreter einer prozessunfähigen Partei** werden – obwohl sie nicht Partei sind – nach § 455 Abs. 1 dZPO anstelle der prozessunfähigen Partei als Partei vernommen.

Auch die **Organe eines Vereins oder einer Gesellschaft** sind als Partei zu vernehmen. Der Geschäftsführer einer GmbH kann also nicht Zeuge sein, wohl aber ein GmbH-Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist; dasselbe gilt für die Unterscheidung zwischen dem Vorstandsvor-

²³ BGH NJW 2009, 3306; BGH NJW 2006, 3416, 3418; BGH NJW 1986, 1541; *Schreiber*, Jura 2009, 269, 271.

²⁴ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Auflage, § 286, Rn. 11 m.w.N.; *Huber*, JuS 2003, 907; vgl. auch OLG Koblenz MDR 2006, 771; im Urkundenprozess (§§ 592 ff.) kann ein solches Schriftstück auch nicht als Urkunde eingesetzt werden, da es die unmittelbare Beweiserhebung ersetzen und damit die Umgehung der Vorgaben des Urkundenprozesses ermöglichen würde: (str.) wie hier auch BGH JR 2008, 420 m. Anm. *Looff*, JR 2008, 402; Thomas/Putzo/Reichold ZPO, 37. Auflage, § 592, Rn. 7; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 74. Auflage, § 592, Rn. 13 m.w.N.

²⁵ Musielak/Voit/Huber, 13. Auflage, ZPO § 449, Rn. 1; *Zimmermann*, ZPO, 10. Auflage, § 61, Rn. 3; im Einzelnen str., vgl. MünchKommZPO/Schultes, 5. Auflage, § 61 Rn. 8.

sitzenden einer AG und dem Aktionär oder dem Vereinsvorstand und dem Vereinsmitglied, soweit nicht Vorstandsmitglied.²⁶

Als Zeuge wird hingegen etwa vernommen der Insolvenzschuldner im Prozess des Insolvenzverwalters, da dieser Partei ist. Dasselbe gilt für andere **Parteien kraft Amtes** (Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter). Auch der materielle Rechtsinhaber bei der gewillkürten und gesetzlichen Prozessstandschaft ist Zeuge, weil Partei der **Prozessstandschaftler** ist.

III. Der Beweis durch Sachverständige

Der Sachverständige schildert nicht nur seine eigenen Wahrnehmungen, sondern nimmt **fachliche Wertungen vor und zieht Schlüsse**. Er ist deshalb im Gegensatz zu Zeugen austauschbar,²⁷ weil vornehmlich die Sachkunde und nicht die individuelle Wahrnehmung gefragt ist.

Der Beweis durch Sachverständige wird **angetreten**, indem die zu begutachtenden Punkte bezeichnet werden (§ 403 dZPO). Damit ist auch gemeint, dass die Partei anzugeben hat, zu welchem Ergebnis ihrer Ansicht nach der Sachverständige kommen soll,²⁸ denn nur damit kann sie deutlich machen, welche Tatsachen sie durch den Sachverständigen beweisen will. Die Auswahl des Sachverständigen erfolgt durch das Gericht (§ 404 dZPO).

Legt eine Partei ein **Privatgutachten** vor, so ist dies nur Parteivortrag. Nur wenn beide Parteien einverstanden sind, kann es im Wege des Urkundenbeweises oder Sachverständigenbeweises (vgl. § 404 Abs. 4) verwertet werden.²⁹ Die öffentliche Bestellung eines Gutachters spielt insofern eine Rolle, als ein solcher Gutachter bei einem gerichtlichen Auftrag verpflichtet ist, das Gutachten zu erstellen (§ 407).

²⁶ MünchKommZPO/Damrau, 5. Auflage, § 373, Rn. 10 f.

²⁷ Schreiber, Jura 2009, 269, 271.

²⁸ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Auflage, § 403, Rn. 1.

²⁹ Im Einzelnen str., dazu Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 530 m.w.N.

Der Sachverständigenbeweis wird **erhoben** durch schriftliches (§ 411 dZPO) oder mündliches (§§ 407, 409 dZPO) Gutachten. Ansonsten gelten die Regeln über den Zeugenbeweis (§ 402 dZPO). Häufig wird der Sachverständige auch bei einem schriftlichen Gutachten noch zum Termin geladen (vgl. §§ 411 Abs. 3, 402, 397 dZPO) und dort angehört. Für die Würdigung des Gutachtens sollte es eine stärkere Spezialisierung und Fachkunde der Richter geben, vor allem, um methodische Fehler des Gutachters zu erkennen. Zumindest wenn das Gutachten widerspruchsfrei, methodisch korrekt, vollständig und auf der Grundlage des richtigen Sachverhalts ergangen ist,³⁰ wird das Gericht dem Gutachten folgen. Andernfalls kann es seine Bedenken im Termin erörtern und ggf. ein zweites Gutachten (§ 412 dZPO) beauftragen.³¹

Gutachten aus anderen Verfahren können im Wege des Urkundenbeweises eingeführt werden (§ 411a dZPO).³² Sie können den Sachverständigenbeweis nur unter engen Voraussetzungen - notwendig ist Deckungsgleichheit der Beweisthemen - ersetzen.³³

IV. Der Beweis durch Urkunden

Jedes Schriftstück, das einen Gedanken beinhaltet, ist im Zivilprozess eine Urkunde. Diese Definition enthält die entscheidenden Merkmale für eine Urkunde: Die **Verkörperung von Gedanken** und die **Schriftlichkeit**.³⁴ Gleichgültig ist, ob die Urkunde von vornherein zum Beweis bestimmt oder zufällig entstanden ist, welches Material sie hat, ob sie unterschrieben ist oder nicht.

Der Beweis durch Urkunden wird durch Vorlage der Originalurkunde **angetreten** (§ 420 dZPO).³⁵ Beglaubigte Kopien sind bei öffentlichen

³⁰ Schreiber, Jura 2009, 269, 271.

³¹ Schellhammer, Zivilprozess, 15. Auflage, Rn. 662 f.

³² Fölsch, MDR 2004, 1029; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2857.

³³ BGH MDR 2008, 915; Fölsch, MDR 2004, 1029, 1030; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2006, 495.

³⁴ Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 539; Hennings/Feige JA 2012, 128; Schreiber, Jura 2009, 269, 272, auch zur Abgrenzung vom strafrechtlichen Urkundenbegriff.

³⁵ BGH NJW 1992, 829.

Urkunden möglich (§ 435 dZPO). Der Urkundenbeweis kann auch von Amts wegen erhoben werden, nachdem das Gericht die Urkunde angefordert hat (§§ 142, 143, 273 Abs. 2 Nr. 1 dZPO).³⁶ Der Urkundenbeweis wird **erhoben**, indem das Gericht in die Urkunde Einsicht nimmt und den Inhalt der Urkunde aufnimmt. Durch Vorlage einer Originalurkunde wird allerdings der Urkundeninhalt vielfach unstreitig, so dass sich die Beweiserhebung erübrigt.³⁷

Die Beweiserhebung durch Urkunden unterscheidet sich insofern vom Augenschein als es beim Urkundenbeweis entscheidend auf den Inhalt des erklärten Gedankens ankommt. Beim Augenschein hingegen zählt die sinnliche Wahrnehmung des Augenscheinsobjekts.

Urkunden haben eine **Beweiskraft**, die Regeln für die Beweiswürdigung vorgibt und insofern zu einer Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung führt. Dabei ist zwischen **Privaturkunden** (§ 416 dZPO) und öffentlichen Urkunden (§§ 415,³⁸ 417,³⁹ 418⁴⁰ dZPO) zu unterscheiden: Öffentliche Urkunden begründen dabei vollen Beweis des in ihnen beurkundeten Vorgangs, unterzeichnete! Privaturkunden beweisen nur, dass der Aussteller eine Erklärung eines bestimmten Inhalts abgegeben hat, nicht aber, dass dieser Inhalt der Wahrheit entspricht (§ 416 ZPO). Das muss der Richter eigenständig würdigen.

Beispiel: Legt eine Partei einen privatschriftlichen und unterschriebenen Kaufvertrag vor, wird damit bewiesen, dass die enthaltenen Erklärungen auch durch den/die unterschreibenden Aussteller abgegeben wurden. Gegenstand der freien Beweiswürdigung bleibt allerdings, ob die Erklärung zugegangen ist, und ob ihr Inhalt (Kaufvertrag und nicht etwa Miete oder Schenkung) richtig ist.

³⁶ BGHZ 173, 23.

³⁷ *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 538; *Schreiber*, Jura 2009, 269, 272.

³⁸ Beurkundung von fremden Willenserklärungen durch Behörden.

³⁹ Eigene Erklärungen der Behörde.

⁴⁰ Niederschriften von Wahrnehmungen von Mitgliedern der Behörde (Abs. 1) oder von Dritten (Abs. 2), Hk-ZPO/*Eichele*, 6. Auflage, § 418, Rn. 1; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 543.

Diese Beweisregeln gelten nur, wenn die Urkunde **echt** (§§ 437ff. dZPO) und nicht mangelbehaftet (§ 419 dZPO) ist. Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht vom angeblichen Aussteller stammt. Bei Streit über die Echtheit der Unterschrift kommt eine Schriftvergleichung durch einen Sachverständigen in Betracht.

V. Der Beweis durch Parteivernehmung

Der Beweis durch Parteivernehmung wird erhoben, wenn die beweisbelastete Partei beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen (§ 445 Abs. 1 ZPO). Vernommen wird dann die **Gegenpartei**. Er kann auch angetreten werden, wenn eine Partei die Vernehmung der beweispflichtigen Partei beantragt und die andere damit einverstanden ist (§ 447 dZPO). Vernommen wird dann die **beweispflichtige Partei**.

Das zeigt, dass die Parteivernehmung für die beweisbelastete Partei häufig wenig hilfreich ist, denn der zu vernehmende Gegner hat originäres Interesse am eigenen günstigen Prozessausgang und wird zum Einverständnis mit der Vernehmung der beweisbelasteten Partei kaum bereit sein. Die Problematik der Parteivernehmung zeigt sich also darin, dass einerseits beide Parteien den Sachverhalt am Besten kennen und die Wahrheit sagen müssen (§ 138 Abs. 1 dZPO), andererseits in eigener Sache nicht neutral sind.⁴¹ Deshalb ist die Parteivernehmung ein **subsidiäres Beweismittel**,⁴² das nur in Betracht kommt, wenn der Beweis durch andere Beweismittel nicht vollständig erbracht werden kann (§§ 445 Abs. 1, 448 ZPO). Falls die beweisbelastete Partei ohne die Parteivernehmung in Beweisnot gerät, etwa beim zu beweisenden Inhalt von „Vier-Augen-Gesprächen“, ist eine amtswegige Anordnung geboten.⁴³

Für die Beweiserhebung gelten im Wesentlichen die Regelungen der Vernehmung von Zeugen (§ 451 dZPO). Die Beweiserhebung er-

⁴¹ Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 549; Schreiber, Jura 2009, 269, 273.

⁴² Kritisch etwa Coester-Waltjen, ZJP 113 (2000), 269.

⁴³ BVerfG NJW 2001, 2531; BGH WM 2006, 551; OLG Frankfurt, MDR 2013, 107.

folgt also durch Vernehmung der Partei. Wer Zeuge ist, kann allerdings nicht als Partei vernommen werden.

Die Parteivernehmung ist nicht mit der **Parteianhörung** zu wechseln. Nur die Parteivernehmung ist ein Beweismittel. Die Parteianhörung ist hingegen Teil der Vorträge, Behauptungen und des Bestreitens der Parteien und kann insofern nur Anlass für eine Beweiserhebung werden.⁴⁴

C. Das selbständige Beweisverfahren

Im selbständigen Beweisverfahren (§§ 485ff. dZPO) kann eine der späteren Parteien Beweise schon vor Beginn eines Rechtsstreits sichern und damit eine Beweisaufnahme vorwegnehmen. Damit kann gegebenenfalls sogar ein Prozess vermieden werden. Auch die Verjährung wird durch ein solches Verfahren gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB).⁴⁵ Falls es anschließend zum Prozess kommt, kann dieser wegen des vorweggenommenen Verfahrens beschleunigt ablaufen.⁴⁶ Das selbständige Beweisverfahren bietet nämlich die Möglichkeit, die in ihm erhobenen **Beweise auch für einen späteren Prozess zu benutzen**: Sie sind in einem anschließenden Prozess denjenigen Beweiserhebungen gleichzustellen, die vor dem Prozessgericht erfolgt sind (§ 493 Abs. 1 dZPO). Das Verfahren entspricht in den Regeln und Beweismitteln grundsätzlich denjenigen des Klageverfahrens (vgl. § 492 dZPO).

⁴⁴ Coester-Waltjen, ZZP 113 (2000), 269; Lange, NJW 2002, 476.

⁴⁵ BGH NJW 2011, 594; BGH NJW-RR 2013, 1169.

⁴⁶ Huber, JuS 2004, 214.

D. Die Überprüfung einer Beweisaufnahme in der höheren Instanz

I. Die Berufung

In **tatsächlicher Hinsicht** ist das Berufungsgericht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden (§§ 513 Abs. 1 2. Alt., 528, 529, 531–533 dZPO).⁴⁷ Der Rechtsstreit ist unter Zugrundelegung der vom Gericht des ersten Rechtszugs **festgestellten Tatsachen** und **neuen zugelassenen Prozessstoffs** neu zu verhandeln (§§ 529, 531 dZPO).

Die Überprüfung ist in tatsächlicher Hinsicht also nur in sehr engem Umfang möglich, da die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen grundsätzlich auch in der Berufungsinstanz verbindlich bleiben.⁴⁸

Einzelheiten sind in Deutschland lebhaft umstritten.⁴⁹ Man sollte wie folgt differenzieren:

Die Parteien kann die Richtigkeit **der in erster Instanz getroffenen Tatsachenfeststellungen angreifen** (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Nur wenn sich Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen ergeben, wiederholt das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme.⁵⁰

Ausnahmsweise können **neue, das heißt erst in der Berufungsinstanz vorgetragene, Tatsachen** berücksichtigt werden (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. 531 dZPO).⁵¹ § 531 Abs. 1 dZPO meint dabei den Fall, dass ein bestimmter Tatsachenvortrag schon in erster Instanz zurückgewiesen

⁴⁷ Deubner, JuS 2005, 799.

⁴⁸ BGH NJW 2005, 1583.

⁴⁹ S. etwa BGH NJW 2004, 2152; BGH 2004, 1876; Deubner, JuS 2005, 799; Gaier, NJW 2004, 110; ders., NJW 2004, 2041; Gehrlein, MDR 2004, 661; Meller-Hannich, NJW 2006, 3385; H. Roth, JZ 2005, 174; ders., JZ 2006, 9; Rixecker, NJW 2004, 705; Stackmann, NJW 2007, 9.

⁵⁰ BGH NJW 2005, 830; BGH NJW 2005, 1583, 1584; Manteuffel, NJW 2005, 2963.

⁵¹ Längsfeld, JA 2013, 362, 366 f.

wurde (§ 296 dZPO). Erfolgte diese Zurückweisung zu Recht, bleibt es beim Ausschluss dieses Tatsachenstoffs. Erfolgte sie zu Unrecht, ist das neue Vorbringen zuzulassen. Darüber hinaus ist neuer Tatsachenstoff nur zuzulassen, soweit dies durch besondere Gründe gerechtfertigt ist (§ 531 Abs. 2 ZPO).⁵² Entweder muss ein Gesichtspunkt betroffen sein, der vom erstinstanzlichen Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wurde (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 dZPO), oder es muss um Tatsachen gehen, die infolge eines Verfahrensmangels (§ 531 Abs. 2 Nr. 2 dZPO) oder ohne Nachlässigkeit (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 dZPO) in erster Instanz nicht geltend gemacht wurde. Eine Chance im Anwendungsbereich des § 531 Abs. 2 dZPO hat der Rechtsmittelführer etwa, wenn bestimmte Tatsachen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im erstinstanzlichen Verfahren entstehen, oder ein Beweismittel oder eine Tatsache ihm erst dann bekannt werden (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 dZPO). Unstreitiges Vorbringen ist zudem immer zuzulassen.⁵³ Ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, das in erster Instanz schon hätte vorgebracht werden können, kann hingegen niemals bis zur zweiten Instanz „aufgespart“ werden. Es ist dann nach der engen Präklusionsregel endgültig ausgeschlossen.

Kommt das Gericht nach Neuverhandlung des Rechtsstreits unter Zugrundelegung der vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen und neuen zugelassenen Prozessstoffs zum Ergebnis, dass die Berufung begründet ist, benennt § 538 dZPO zwei verschiedene Entscheidungsmodi: Das Berufungsgericht hebt das erstinstanzliche Urteil auf und verweist den Rechtsstreit **in die erste Instanz zurück** oder es **entscheidet selbst in der Sache**. Dabei ist das Verbot der „reformatio in peius“ zu beachten. Eine **unbegründete Berufung** hingegen wird zurückgewiesen, entweder durch Urteil oder durch Beschluss (§§ 523 Abs. 1 Satz 2, 522 Abs. 2 dZPO). Dagegen ist die gegebenenfalls eine Revision eröffnet.

⁵² BT-Drs. 14/4722, S. 101.

⁵³ BGH NJW 2005, 291; BGHZ 177, 212; *Deubner*, JuS 2005, 512.

II. Revision

Der Rechtsstreit wird ausschließlich im Rahmen einer **Rechtskontrolle** verhandelt (§§ 559, 545 bis 547 dZPO). In tatsächlicher Hinsicht kann die Revision das Berufungsurteil nicht überprüfen. Es ist an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden. Neue Tatsachen können in aller Regel nicht mehr vorgebracht werden. Der Tatsachenstoff ist also derjenige, den der Rechtsstreit zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz hatte. Das Revisionsgericht darf nur dasjenige Parteivorbringen heranziehen, welches sich aus dem Berufungsurteil oder den Sitzungsprotokollen ergibt (§ 559 Abs. 1 dZPO). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich gerade gegen die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts ein begründeter Revisionsangriff richtet (§ 559 Abs. 2 dZPO). Zudem können ausnahmsweise neue Tatsachen berücksichtigt werden, wenn sie die von Amts wegen zu beachtenden Sachentscheidungsvoraussetzungen oder die Zulässigkeit der Revision betreffen.⁵⁴

Kommt das Gericht nach Neuverhandlung des Rechtsstreits unter Zugrundelegung der bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens festgestellten Tatsachen zum Ergebnis, dass die **Revision begründet** ist, ist das angefochtene Urteil ganz oder zum Teil aufzuheben (§ 562 dZPO). Für das weitere Verfahren gibt es zwei verschiedene Entscheidungsmodi (§ 563 dZPO): In der Regel wird der Rechtsstreit an das Berufungsgericht **zurückverwiesen**, wobei dann das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung der Klage an die Entscheidung des Revisionsgerichts gebunden ist. Ausnahmsweise kann das Revisionsgericht auch **selbst entscheiden**, wenn der Rechtsfehler (lediglich) in einem Subsumtionsfehler bestand und weitere Sachaufklärung nicht erforderlich ist (vgl. § 563 Abs. 3 dZPO). Dann ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif und kann vom Revisionsgericht in der Sache entschieden werden. Dabei ist jeweils das Verbot der *reformatio in peius* zu beachten.

⁵⁴ Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 943.