

## F. Beweisrecht

**Literatur:** *Kaiser*, Beweisrecht in der zivilrechtlichen Urteilklausur, JA 2004, 390; *Klose*, Das Beweisverfahren – das Zentrum des Zivilprozesses, NJ 2023, 243; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984; *Prütting*, Grundprobleme des Beweisrechts, JA 1985, 313; *Schreiber*, Die Beweismittel im Zivilprozess, JURA 2009, 269.

Aus dem materiellen Recht ist Ihnen der Subsumtionsvorgang vertraut (s. Abb. 23): Nur wenn alle Merkmale der abstrakt im Gesetz formulierten Norm im Realen vorliegen, gilt die jeweilige Rechtsfolge. Im Prozess darf demnach das Gericht einem gestellten Antrag nur stattgeben, wenn es überzeugt ist, dass die für die Anwendung einer Rechtsnorm erforderlichen Tatsachen vorliegen. Diese sind anders als in materiellrechtlichen Klausuren in der Praxis regelmäßig streitig. In geschätzt 70 % aller Verfahren sind die Gerichte mit voneinander abweichenden Sachverhaltsdarstellungen konfrontiert.<sup>1</sup>

Die Überzeugung vom Vorliegen bestimmter Tatsachen gewinnt das Gericht durch den Beweis. Die Beweisaufnahme ist zentraler Bestandteil des Erkenntnisverfahrens.

### § 21 Die Informationsbeschaffung für das Verfahren

**Literatur:** *Drenckhahn*, Urkundsvorlagepflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform, 2007; *Goldkamp*, Akteneinsicht beim Gegner? Die Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO, ZAP 2019, 355; *Gottwald*, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, 2013, S. 301; *Katzenmeier*, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei, JZ 2002, 533; *Kapoor*, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, 2009; *Kuhn/Löhr*, Die Urkundenvorlage nach § 142 ZPO im Spannungsfeld zwischen Sachverhaltsaufklärung und Beibringungsgrundsatz, JR 2011, 369; *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im Zivilprozess und im Rechtsmittelverfahren, 1989; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht im Zivilprozess, 1976; *Yoshida*, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, 2001.

Der Kläger braucht für eine erfolgreiche Klage (z.B. bei der Formulierung der Klageschrift gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2) und bei der Stellung von Beweisanträgen, der Beklagte für eine erfolgreiche Verteidigung umfassende Informationen über den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt. Das Gericht, das mit der Klage als einer **Rechtsbehauptung** konfrontiert ist, benötigt ebenfalls Informationen, um seiner Rolle als neutraler Entscheider nachkommen zu können. 1

Die ZPO überlässt die Beweisbeschaffung den Parteien, sieht allerdings vor, dass die Beweisaufnahme im Verfahren selbst (§ 279 Abs. 2) unter richterlicher Leitung und Kontrolle, z.T. auch aufgrund richterlicher Initiative (z.B. §§ 142 Abs. 1, 143 Abs. 1) erfolgt. Dies entspricht der Dispositionsbefugnis der Parteien: Wenn es ihnen überlassen ist, einen Streit überhaupt vor Gericht zu bringen, ihn fortzuführen oder zu beenden, so ist es schlüssig, ihnen auch die Informationsbeschaffung zu überlassen. Das jeweils am positiven Ausgang des Verfahrens orientierte eigennützige Verhalten der Parteien fördert nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Beibringung von Infor- 2

<sup>1</sup> *Nack*, Der Indizienbeweis, MDR 1986, 366.

mationen durch die Parteien, die ihnen günstig sind. Die Folge ist jedoch, dass der Zivilprozess nicht an der Ermittlung einer objektiven, sondern nur einer formellen **subjektiven Wahrheit** orientiert ist.

- 3 Die ZPO enthält **keine allgemeine Aufklärungspflicht** als prozessuale Pflicht einer Partei, der anderen alle relevanten Informationen zu vermitteln, die diese nicht hat.<sup>2</sup> Diese Entscheidung ist schon in Deutschland nicht unumstritten<sup>3</sup> und auch keineswegs zwingend, wie der Blick auf das wohl bekannteste Gegenstück zur deutschen Beweisaufnahme, das *pretrial-discovery*-Verfahren, zeigt. Im US-amerikanischen Prozessrecht besteht eine umfassende Garantie des Zugangs zu Informationen und Beweisen der Gegenseite. Das *discovery*-Verfahren ist der eigentlichen Hauptverhandlung vorgeschaltet und dient dazu, die notwendigen Tatsachen in Erfahrung zu bringen. Das Verfahren obliegt den Anwälten unter geringster richterlicher Kontrolle und führt zur Preisgabe auch interner Informationen und Geschäftsgeheimnisse durch die Vorlagepflicht von Aktenmaterial und Dokumenten.<sup>4</sup>
- 4 In Deutschland enthält das materielle Recht zahlreiche **materiellrechtliche Ansprüche** auf Auskunft, Rechnungslegung und Vorlage von Belegen, nicht nur in BGB und HGB, sondern auch in dem Studenten weniger bekannten Gesetzen wie dem Arzneimittelgesetz, dem PatG und dem MarkenG.<sup>5</sup> Zusätzlich erkennt die Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich einen **Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben** (§ 242 BGB) an.<sup>6</sup>
- 5 Das Gericht kann unabhängig von einem Vorlageanspruch nach materiellem Recht anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter Urkunden oder andere Unterlagen in ihrem Besitz, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorzulegen hat (§ 142 Abs. 1). § 142 Abs. 1 räumt dem Gericht Ermessen ein. Die Handhabung des durch § 142 Abs. 1 eingeräumten Ermessens ist einer revisionsgerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen. Das Revisionsgericht hat aber anhand des Urteilsspruchs zu prüfen, ob der Tatrichter überhaupt von dem Ermessen Gebrauch gemacht hat.<sup>7</sup> Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gem. §§ 383–385 berechtigt sind. 2019 versuchten zwei internationale Investmentfonds die Robert Bosch GmbH zu verpflichten, Dokumente vorzulegen. Diese benötigten sie in einem Schadensersatzprozess gegen Porsche im Zusammenhang mit dem Dieselabgaskandal. Das OLG Stuttgart nahm an, dass sich Bosch auf ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 384 Nr. 1 berufen könne.<sup>8</sup>
- 6 Prozessual fördert die Pflicht der Parteien zum substantiierten Vortrag (§ 138 Abs. 3) die Informationsvermittlung. Auch das selbstständige Beweisverfahren (§ 485) kann

2 BGH, Urteil vom 7.12.1999, Az.: XI ZR 67/99 = NJW 2000, 1108, 1109; BGH, Urteil vom 17.10.1996, Az.: IX ZR 293/95 = NJW 1997, 128, 129; R/S/G, ZPR, § 110 Rn. 8.

3 Gottwald, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, S. 301, 313 im Anschluss an Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien, S. 85 ff.

4 Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren, S. 66 ff.; rechtsvergleichend Gottwald, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, S. 301 ff.

5 §§ 259, 260, 371, 402, 666, 667, 681, 687, 713, 716, 809 (dazu BGH, Urteil vom 8.1.1985, Az.: X ZR 18/84, BGHZ 93, 191, 198), 810, 985 mit 952, 1144, 1840, 2130, 2218, 2314 BGB; §§ 87 c, 101 f., 118, 166, 233 HGB; § 84 a AMG; § 140 b PatG; § 19 MarkenG.

6 Seit RG, Urteil vom 4.5.1923, Az.: II 310/22, RGZ 108, 1, 7; BGH, Urteil vom 24.3.1994, Az.: I ZR 42/93 = BGHZ 125, 322 = NJW 1994, 1958; BGH, Urteil vom 7.6.1971, Az.: I ZR 32/70 = BGHZ 56, 256 = NJW 1971, 2021; BGH, Urteil vom 23.2.1995, Az.: I ZR 75/93 = NJW 1995, 1965.

7 BGH, Urteil vom 26.6.2007, Az.: XI ZR 277/05 = ZIP 2007, 1543, 1546.

8 OLG Stuttgart, Beschluss vom 1.3.2019, Az.: 1 W 41/18 = BeckRS 2019, 3952.

zur Klärung der Tatsachengrundlage beitragen (s.u. § 23 Rn. 47 ff.). Nach § 144 Abs. 1 S. 1 kann das Gericht die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

## § 22 Notwendigkeit und Gegenstand des Beweises

- 1 Gegenstand des Beweises sind **Tatsachen**, grds. nicht Rechtsverhältnisse und auch nicht Rechtssätze.<sup>1</sup>
- 2 Nicht streitige, zugestandene und nicht wirksam bestrittene Tatsachen bedürfen des Beweises nicht. Sie hat der Richter seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Grundsätzlich müssen alle entscheidungserheblichen bestrittenen Tatsachen bewiesen werden. Das gilt **nicht** bei

- offenkundigen Tatsachen (§ 291)

Offenkundige Tatsachen sind allgemeinkundige und gerichtskundige Tatsachen: Allgemeinkundig sind z.B. historische Ereignisse, Entfernungen und Börsenkurse. Gerichtskundig sind alle Tatsachen, die das erkennende Gericht selbst amtlich wahrgenommen hat. Das gilt also nicht für privates Wissen des Richters (s.o. § 4 Rn. 16).

- Tatsachen, für die eine gesetzliche Vermutung besteht (§ 292)

Das Gesetz schließt von bestimmten Tatsachen (die bewiesen werden müssen!) auf das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals (z.B. Schluss vom Besitz des Hypothekenbriefs auf dessen Übergabe, § 1117 Abs. 3 BGB) oder auf einen Rechtszustand (z.B. Schluss vom Besitz auf das Eigentumsrecht, § 1006 BGB). Dieses Tatbestandsmerkmal oder dieser Rechtszustand muss nicht bewiesen werden. Die andere Partei kann aber das Gegenteil beweisen.

- dem Beweis des ersten Anscheins (*prima facie*-Beweis)

Ergibt sich aufgrund der festgestellten Umstände ein für die zu beweisende Tatsache typischer Geschehensablauf, so kann von der feststehenden Ursache auf einen bestimmten Erfolg geschlossen werden (s.u. § 23 Rn. 38 ff.).

- Tatsachen, die präkludiert sind (§ 296)

Nach § 296 Abs. 2 kann das Gericht Beweismittel zurückweisen, wenn diese entgegen § 282 Abs. 1, 2 nicht rechtzeitig vorgebracht wurden, so dass die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Eine Verzögerung ist z.B. gegeben, wenn ein Zeuge nicht geladen werden konnte, so dass das Gericht statt eines Urteils einen Beweisbeschluss erlassen müsste, um den Zeugen erst noch zu laden.

- Tatsachen, die einer richterlichen Schätzung zugänglich sind (§ 287)

Im Anwendungsbereich dieser Norm darf der Richter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden. Dabei braucht er angebotene Beweise nicht zu erheben (s.u. § 23 Rn. 43 ff.).

- Tatsachen, deren Beweis der Gegner vereitelt hat

Eine Beweisvereitelung liegt vor, wenn eine Partei der anderen schuldhaft und pflichtwidrig die Beweisführung unmöglich macht, z.B. durch Vernichtung von Beweismitteln. Anschaulich ist der Tupferfall, in dem ein Arzt einen in einer früheren Operation vergessenen Tupfer nach einer zweiten Notoperation einfach wegschmeißt, obwohl der Kläger Informationen über die Beschaffenheit des Tupfers

1 Anders ist dies nach § 293 S. 1 für ausländisches Recht, R/S/G, ZPR, § 111 Rn. 14; Geisler, Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“, ZZP 91 (1978), 176; Schilken, Zur Rechtsnatur der Ermittlung ausländischen Rechts nach § 293 ZPO, FS Schumann, 2001, S. 373; Spickhoff, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten, ZZP 112 (1999), 265.

für seine Beweisführung im nachfolgenden Arzthaftungsprozess benötigte.<sup>2</sup> Für die Beweisvereitelung gibt es z.T. gesetzliche Regelungen (§§ 371 Abs. 3, 427, 441 Abs. 3), in denen die zulässige Reaktion des Gerichts festgelegt ist. Ansonsten ist es str., ob die Folge der Beweisvereitelung eine Beweislastumkehr oder eine flexiblere Berücksichtigung im Rahmen freier Beweiswürdigung ist.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 16.4.1955, Az.: VI ZR 72/54 = VersR 1955, 344.

<sup>3</sup> R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 20.

## § 23 Grundbegriffe des Beweisrechts

### I. Beweismittel

- 1 Das Gesetz enthält in den §§ 371 ff. einen abschließenden Katalog von Beweismitteln. Dies sind der Augenschein (§§ 371 ff.), der Zeugenbeweis (§§ 373 ff.), der Sachverständigenbeweis (§§ 402 ff.), der Urkundsbeweis (§§ 415 ff.) und die Parteivernehmung (§§ 445 ff.).

**Merke:** Merken kann man sich als Anfänger die Beweismittel mit der Eselsbrücke SAUZP.

### 1. Augenscheinsbeweis

- 2 Der Augenscheinsbeweis ist in § 371 bis § 372 a geregelt. Die Einnahme des Augenscheins kann durch jeden Sinn (also nicht nur durch das Auge) des Richters erfolgen. Immer dann, wenn der Richter selbst äußerlich feststellbare Tatsachen durch seine eigenen Sinnesorgane ermittelt, handelt es sich um einen Augenschein. Ein Augenscheinsbeweis liegt z.B. vor, wenn der Richter einen Ortstermin wahrnimmt und sich einen Unfallort ansieht oder Emissionen feststellt. Anders ist dies beim Zeugen- und Urkundsbeweis: Hier nimmt der Richter eine Tatsache nicht unmittelbar wahr, sondern die Beweismittel vermitteln ihm eine Wahrnehmung.
- 3 **Augenscheinobjekt** können Gegenstände und Personen sein. Gem. § 371 Abs. 1 S. 2 sind auch elektronische Dokumente Gegenstand des Augenscheins. Diese unterliegen aufgrund ihrer leichten Veränderbarkeit nicht den Regeln des Urkundsbeweises.<sup>1</sup> Zur Regelung der Beweiskraft elektronischer Dokumente wurde 2005 § 371 a eingeführt. Inzwischen wird das elektronische Beweismittel in Form einer der elektronischen Datei diskutiert (s.o. § 8 Rn. 16).<sup>2</sup>
- 4 Gem. § 144 Abs. 1 kann das Gericht die Einnahme des Augenscheins und deren **Duldung** anordnen. Gegenüber den **Parteien** kann diese Duldung aber nicht durch das Gericht erzwungen werden, da § 144 und § 371 keine Zwangsmittel zur Verfügung stellen (zu § 372 a sogleich). Es können sich aber an eine Weigerung beweismittelrechtliche Folgen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286) knüpfen. Weigert sich die beweisbelastete Partei den Augenschein zu dulden, so wird sie mit diesem Angriffs- oder Verteidigungsmittel präkludiert. Weigert sich der Gegner der beweisbelasteten Partei, so liegt ein Fall der Beweisvereitelung vor. Dazu sieht § 371 Abs. 3 vor, dass die zu beweisenden Behauptungen als bewiesen angesehen werden können. Gegenüber **Dritten** kann die nach § 144 getroffene Duldungsanordnung dagegen zwangsvollstreckt werden. Dritte sind nur dann nicht zur Vorlage des Augenscheinobjekts oder zur Duldung der Augenscheinsnahme verpflichtet, wenn ihnen dies unzumutbar ist oder ihnen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht (§ 144 Abs. 2 S. 1). Bei unberechtigter Weigerung kann das Gericht gem. § 144 Abs. 2 S. 2 Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft gem. § 390 verhängen.
- 5 Für die **Abstammungsbegutachtung** regelt § 372 a einen Sonderfall, der eine prozessuale Duldungspflicht jeder Person (also nicht nur Prozessbeteiligter) zu Untersuchungen, insbesondere der Entnahme von Blutproben zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchung anordnet. Fälle sind die Vaterschaftsvermutung im Anfechtungsverfahren

1 Umfassend *Berger*, Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016.

2 S. auch *Brand/Skowronek*, Die Herausforderungen der Digitalisierung für das zivilprozessuale Beweisverfahren, RDt 2021, 178.

(§ 1600 c BGB) und die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft (§ 1600 d BGB). Dabei erlaubt § 372 a Eingriffe in das Recht auf körperliche Integrität (Art. 2 GG) und schränkt dieses Grundrecht verfassungskonform ein (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG).<sup>3</sup> Heimliche Vaterschaftstests haben den BGH beschäftigt und waren Gegenstand z.T. heftiger rechtspolitischer Diskussion (s.u. § 24 Rn. 8).

## 2. Zeugenbeweis

Zeugen sind Personen, die im Prozess über ihre Wahrnehmungen vergangener außerprozessualer Tatsachen und Zustände berichten. Der Zeugenbeweis ist in § 373 bis § 401 geregelt. Er ist das praktisch am häufigsten genutzte Beweismittel und gilt als das unzuverlässigste. Die Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises hat weniger den Grund, dass Zeugen absichtlich lügen, sondern dass ihre Fähigkeit zur Wahrnehmung und Erinnerung aber auch ihre sprachlichen Fähigkeiten zur Wiedergabe des Erlebten nur begrenzt sind. Ihre Befragung und die Beurteilung ihrer Aussagen stellen höchste Anforderungen an die Kompetenzen des Richters. Der Richter muss bei der Vernehmung eine einfache Sprache anwenden und nur eine Frage auf einmal stellen, um die Aussage zu erleichtern.

Der Zeugenbeweis setzt immer einen Beweisantritt durch eine Partei voraus (§ 373). Die Partei muss also einen Zeugen benennen, es gibt keine Zeugenvernehmung von Amts wegen.<sup>4</sup> Das Gericht kann die Ladung eines Zeugen (§ 377) davon abhängig machen, dass ein Auslagenvorschuss eingezahlt wird (§ 379).

Zeuge kann grundsätzlich jeder sein, der im Zeitpunkt der Vernehmung **zeugnisfähig** ist. Geisteskrankheit und geringes Alter schließen dies nicht aus. Er muss nur die nötige Verstandesreife haben, um Wahrnehmungen zu machen und wiederzugeben.

Wer als Partei vernommen wird kann nicht gleichzeitig Zeuge sein (§ 445).

Zeugen werden einzeln in Abwesenheit der anderen Zeugen vernommen. Zu Beginn der Vernehmung werden sie entsprechend § 395 Abs. 1 belehrt.

Den Zeugen treffen die sog. drei **Zeugenpflichten** als öffentlich-rechtliche Pflichten gegenüber dem Staat.

■ Die Pflicht bei Gericht an dem in der Ladung genannten Terminsort zu **erscheinen**.

Tut er dies nicht, werden ihm zunächst die durch das Ausbleiben verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt (§ 380). Die Erscheinenspflicht besteht nicht für die in § 386 Abs. 3 genannten. Dies sind Personen, denen ein Aussageverweigerungsrecht zusteht. Der Zeuge, der das Zeugnis verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termin schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle oder in diesem Termin die Tatsachen, auf die er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen (§ 386 Abs. 1). Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termin zu erscheinen (§ 386 Abs. 3). Nicht zum Erscheinen verpflichtet sind Personen, die durch Krankheit am Erscheinen verhindert sind (§ 375 Abs. 1 Nr. 2).

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 25.5.1956, Az.: 1 BvR 190/55 = BVerfGE 5, 13 = NJW 1956, 986.

<sup>4</sup> Zur Frage der Vorbereitung des Zeugen durch den Rechtsanwalt vgl. *Hoffmann*, Voraussetzungen und Grenzen anwaltlicher Zeugenvorbereitung, NJW 2018, 257.

- Die Pflicht zur vollständigen, subjektiv wahrheitsgemäßen **Aussage**.

Nach § 377 Abs. 3 kann das Gericht eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage anordnen, wenn es dies im Hinblick auf den Inhalt der Beweisfrage und die Person des Zeugen für ausreichend erachtet. Der Zeuge muss Fragen zu seiner Person (§ 395) und zum Beweisthema beantworten (§ 396). Nicht zur Aussage verpflichtet sind Personen, denen ein **Zeugnisverweigerungsrecht** zusteht. Dieses kann auf persönlichen Gründen (nahe Angehörige, Verlobte und Lebenspartner der Partei (§ 383 Abs. 1 Nr. 1–3), Geistliche (§ 383 Abs. 1 Nr. 4), Mitarbeiter von Presse und Rundfunk (§ 383 Abs. 1 Nr. 5) und Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist (§ 383 Abs. 1 Nr. 6)) beruhen. Ferner kann das Zeugnisverweigerungsrecht auf sachlichen Gründen (§ 384) vor allem zum Schutz eigener berechtigter Interessen beruhen. Verweigert der Zeuge ohne ein entsprechendes Recht die Aussage, so werden ihm die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt (§ 390). Macht der Zeuge eine falsche Aussage, macht er sich nach § 153 StGB strafbar.

- Die Pflicht zur **Beeidigung** der Aussage (§ 391).

In der Praxis bleiben Zeugen meist unbeeidigt, weil die Parteien darauf verzichten (§ 391). Ansonsten steht die Beeidigung im Ermessen des Gerichts.

### 3. Sachverständigenbeweis

- 12 Der Sachverständigenbeweis ist in § 402 bis § 414 geregelt. Die Hinzuziehung von Sachverständigen kann auf Antrag einer der Parteien durch Beweisantritt (§ 403) oder auch von Amts wegen erfolgen (§ 144 Abs. 1). Der Sachverständigenbeweis muss vom Zeugenbeweis, vom sachverständigen Zeugen und vom Privatgutachter abgegrenzt werden.
- 13 Anders als der Zeuge, der über die Wahrnehmung vergangener Tatsachen berichtet, teilt der Sachverständige **Erfahrungssätze** mit. Er ist damit grundsätzlich austauschbar durch andere Sachverständige, die über die gleiche Kompetenz verfügen. Daher kann der Sachverständige abgelehnt werden (§ 406).
- 14 Der **sachverständige Zeuge** ist nicht ersetzbar. Er ist Zeuge, da er über eine eigene Wahrnehmung berichtet, diese Wahrnehmung aber eine besondere Sachkunde voraussetzt. Ein Beispiel ist ein TÜV- oder DEKRA-Gutachter, der ein Auto anlässlich von Kaufverhandlungen begutachtet hat und im Prozess um einen Mangel klären soll, ob der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag oder erst später aufgetreten ist. Konsequenterweise ordnet § 414 die Geltung der Vorschriften über den Zeugenbeweis an.
- 15 Wird von einer Partei ein **Privatgutachten** zum Beweis einer behaupteten Tatsache vorgelegt, so handelt es sich um Parteivortrag. Das Parteigutachten kann im Prozess nur dann als Sachverständigengutachten verwertet werden, wenn beide Parteien zustimmen.<sup>5</sup> Wird die Richtigkeit eines Privatgutachtens vom Gegner angezweifelt oder präsentieren beide Parteien widersprüchliche Gutachten, hat das Gericht einen gerichtlichen Gutachter, sprich einen Sachverständigen, zu bestellen. Mit Abweichungen zwi-

5 BGH, Urteil vom 11.5.1993, Az.: VI ZR 243/92 = NJW 1993, 2383.



schen Privatgutachten und Sachverständigengutachten muss sich das Gericht auseinandersetzen.<sup>6</sup>

Der Sachverständige ist Hilfsperson (**Berater**) des Richters. Er ersetzt keineswegs die richterliche Entscheidung, sondern soll dem Richter helfen, dessen fehlende Kompetenz auszugleichen. Der Richter muss das Gutachten am Maßstab logischer Geschlossenheit und Schlüssigkeit nachprüfen und selbst würdigen, um es dann seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Eine Bindung an das Gutachten besteht nicht. In der Praxis gibt es jedoch meist eine erhebliche Abhängigkeit vom Gutachten des Sachverständigen.

16

Das Sachverständigenrecht wurde 2016 geändert. Die Bundesregierung sah es als reformbedürftig an. Kritikpunkte waren die Qualität der Gutachten und die lange Dauer ihrer Erstellung, die zur Verzögerung der Verfahren führt. Die Neuregelung soll die Beteiligungsrechte der Parteien bei der Auswahl des Sachverständigen stärken, indem diese vor Bestellung des Sachverständigen angehört und ihre Einwände bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können (§ 404 Abs. 2). Die Erhebung des Sachverständigenbeweises soll beschleunigt werden, indem das Gericht dem Sachverständigen eine Frist zur Übermittlung des Gutachtens setzt (§ 411 Abs. 1). Bei unentschuldigter Fristüberschreitung soll ein Ordnungsgeld von bis zu 3.000 € festgesetzt werden (§ 411 Abs. 2).<sup>7</sup>

Seit 2002 ist die **Haftung** des Sachverständigen in § 839 a BGB geregelt: Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht. Hierin liegt eine Haftungsbegrenzung auf grob fahrlässig verursachte Schäden, die nach dem Willen des Gesetzgebers als abschließende Regelung konzipiert ist.

17

#### 4. Urkundsbeweis

**Literatur:** *Abel*, Urkundenbeweis durch digitale Dokumente, MMR 1998, 644; *Abrens*, Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel, FS Geimer, 2002, S. 1; *Akca*, Moderne Kommunikationsmittel im Verfahren, 2000, S. 125 ff.; *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozess, 1982; *Zekoll/Bolt*, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129; *Zöller*, Die Mikro-, Foto- und Telekopie im Zivilprozess, NJW 1993, 429.

Der Urkundsbeweis ist in § 415 bis § 444 geregelt. **Urkunden** im Sinne der ZPO sind schriftliche Verkörperungen von Gedankenerklärungen durch übliche oder vereinbarte Lautzeichen, die einer objektiven Deutung allein aufgrund ihrer Wahrnehmung zugänglich sind. Das betrifft grundsätzlich nur Originale; Kopien bzw. Abschriften usw. sind nach Beglaubigung als Urkunde tauglich, da sie dann das Original vertreten sollen. Material und Schreibtechnik der Urkunden sind unerheblich. Zeichnungen, Baupläne, Tonbandaufnahmen, Fotos usw. sind keine Urkunden. Keine Urkunden

18

6 BGH, Beschluss vom 17.5.2017, Az.: VII ZR 36/15 = NJW 2017, 3661.

7 Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016, BGBl. I S. 2222. Dazu *Lüblinghoff*, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts, NJW 2016, 3329; *Blendinger*, Reform des Sachverständigenrechts in Verfahren nach der ZPO und dem FamFG, DS 2015, 211.

sind auch **elektronische Dokumente**. Diese sind als Augenscheinsobjekte einzuordnen (§ 371 Abs. 1 S. 2).

- 19 Der Urkundsbeweis ist in der Praxis von enormer Bedeutung und gilt als ziemlich verlässliches Beweismittel. Obwohl die Schriftform materiellrechtlich nur selten vorgeschrieben ist, werden gerade im Handels- und Geschäftsverkehr Verträge schriftlich abgefasst und sind damit Gegenstand des Urkundsbeweises.

### 5. Parteivernehmung

- 20 Die Parteivernehmung ist in den § 445 bis § 455 geregelt.<sup>8</sup> Häufig weiß (zumindest) eine der Parteien über die streitentscheidenden Tatsachen am besten Bescheid. Andererseits wird sie leicht versucht sein, das Geschehene zumindest so zu schildern, dass der Vortrag ihr günstig ist. Die Parteivernehmung ist daher ein unzuverlässiges Beweismittel. Trotzdem wollte der Gesetzgeber darauf nicht verzichten, sondern hat die **subsidiäre Zulässigkeit** angeordnet (§ 445 Abs. 1). Die Parteivernehmung ist nur zulässig, wenn die anderen Beweismittel erschöpft sind. Sie erfolgt wie der Zeugenbeweis (§ 451 verweist auf die Vorschriften über den Zeugenbeweis). Die Partei ist der Wahrheit verpflichtet (§ 451 i.V.m. § 395) und kann beeidigt werden (§ 452). Bei der Eidespflicht handelt es sich um eine nicht erzwingbare Pflicht, da bei Verweigerung der Eidesleistung kein Zwang ausgeübt wird, sondern § 453 Abs. 2 greift: Das Gericht kann nach freier Überzeugung entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will.

## II. Beweisverfahren

- 21 Die genannten Beweismittel sind in einem in der ZPO detailliert geregelten Verfahren zu nutzen (§ 284 S. 1 i.V.m. §§ 355 bis 484).

### 1. Strengbeweis und Freibeweis

- 22 Im **Strengbeweisverfahren** ist das Gericht an die genannten Beweismittel und an das vorgeschriebene Verfahren gebunden (§ 284 S. 1). Dagegen ist das Gericht im sog. **Freibeweisverfahren** weder an das in den § 355 bis § 484 geregelte Beweisverfahren noch an den Katalog der Beweismittel gebunden. Auch im Freibeweisverfahren muss die volle Überzeugung des Gerichts herbeigeführt werden.

► **Hinweis:** Bisher war das Freibeweisverfahren gesetzlich nicht geregelt, zugelassen wurde es für die Feststellung von Prozessvoraussetzungen und Rechtsmittelvoraussetzungen, für die Ermittlung ausländischen Rechts (§ 293) sowie im Verfahren zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe (§ 118). Gem. § 284 S. 2 gilt nunmehr: Das Gericht kann mit Einverständnis der Parteien alle Beweise in der ihm geeignet erscheinenden Form nutzen. Die gesetzliche Zulassung des Freibeweises soll die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten beschleunigen und z.B. eine Zeugenbefragung durch Telefon oder per E-Mail ermöglichen. ◀

8 Näher zu Umfang und Grenzen der Pflicht zur Parteianhörung oder -vernehmung s. Dutta, Die Parteiaussage im Zivilprozess, FS Coester-Waltjen, 2015, 1083; Retzlaff/v. Kiedrowski, Prozessuale Waffengleichheit durch Parteivernehmung, BRAK-Mitt. Sonderdruck zum 6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. bis 17.3.2012 in Potsdam, S. 31.

## 2. Beweisantritt

Die Initiative zur Beweisaufnahme kann von einer Partei ausgehen oder die Beweisaufnahme kann durch das Gericht von Amts wegen erfolgen. Die Einführung eines Beweismittels in den Prozess zum Beweis einer bestimmten Behauptung (Beweisthema) durch die Partei wird als **Beweisantritt** bezeichnet. Der Verhandlungsgrundsatz würde es nahe legen, dass es grundsätzlich Sache der Parteien ist, die Erhebung eines Beweises zu beantragen. Dies ist jedoch nur noch im Falle des Zeugenbeweises so: Hier ist immer der Beweisantritt durch eine Partei erforderlich, eine Beweiserhebung von Amts wegen ist ausgeschlossen (§ 373). In den Fällen des Augenscheinsbeweises, des Sachverständigenbeweises (§ 144 Abs. 1),<sup>9</sup> der Parteivernehmung (§ 448) und des Urkundsbeweises (§§ 142, 143) kann eine Beweiserhebung von Amts wegen erfolgen. Auch wenn das Gericht den Beweis von Amts wegen erhebt, verbleibt die Beweisführungslast bei den Parteien (Rn. 58). Der Beweisantritt soll nach § 282 in der mündlichen Verhandlung so zeitig erfolgen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Verspätete Beweisanträge können abgelehnt werden (§ 296 Abs. 2).

23

Die den Beweis antretende Partei muss eine konkrete Behauptung aufstellen und hierzu in detaillierter Form Beweis anbieten. Das Gericht muss auf dieser Grundlage in der Lage sein, die Entscheidungserheblichkeit des Beweises für das konkrete Verfahren zu prüfen. **Beweismittlungsanträge**, die erst dazu dienen sollen, einen konkreten Beweisanspruch zu formulieren, sind nicht zulässig (auch als **Ausforschungsbeweis** bezeichnet).<sup>10</sup>

24

## 3. Anordnung der Beweisaufnahme

Das Gericht ordnet die Beweisaufnahme an. Diese prozessleitende Beweisanordnung ist immer erforderlich. Die Beweisanordnung muss nur dann (kann aber immer) in Form eines formellen Beweisbeschlusses erfolgen, wenn das Gesetz dies anordnet. Dies ist der Fall, wenn die Beweisaufnahme schon vor (§ 358 a) der mündlichen Verhandlung erfolgen soll, oder wenn ein besonderes Verfahren notwendig ist (§ 358), wie bei einer Parteivernehmung (§ 450 Abs. 1 S. 1), aber z.B. auch, wenn das Gericht die Einholung eines schriftlichen Gutachtens anordnet. Der Inhalt des formellen Beweisbeschlusses ist § 359 zu entnehmen. Es sind Beweisthema, Beweismittel und Beweisführer zu nennen.

25

## 4. Durchführung der Beweisaufnahme

Die Beweisaufnahme erfolgt als Konsequenz des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 4 Rn. 31) vor dem Prozessgericht (§ 355). Damit soll sichergestellt werden, dass das Gericht die Beweise aufgrund persönlicher Anschauung würdigen kann. Die Beweisaufnahme erfolgt grds. in der mündlichen Verhandlung, kann aber in den gesetzlich angeordneten Fällen außerhalb erfolgen. Erfolgt die Beweisaufnahme im Haupttermin, so folgt sie der streitigen mündlichen Verhandlung unmittelbar nach (§ 279 Abs. 2).

26

Gem. § 128 a Abs. 2 ist eine Beweisaufnahme in Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch eine **Videokonferenz** möglich. Diese kann seit 2013 von Amts

27

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 27.2.2019, Az.: VIII ZR 255/17 = NJW-RR 2019, 719.

<sup>10</sup> R/S/G, ZPR, § 117 Rn. 16 ff.; Stöhr, Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, JA 2020, 688.

wegen angeordnet werden (s.o. § 4 Rn. 33). Sinnvoll kann dies vor allem bei der Vernehmung von Sachverständigen und Zeugen sein, wenn der unmittelbare persönliche Eindruck nicht zwingend erforderlich ist.

- 28 Die Beweisaufnahme kann in Abweichung vom Unmittelbarkeitsgrundsatz auch durch einen beauftragten (§ 361) oder ersuchten Richter durchgeführt werden (§ 362).

a) Der beauftragte Richter

- 29 Der beauftragte Richter ist ein Mitglied des Prozessgerichts, der an dessen Stelle handelt. Nach § 375 Abs. 1 a ist die Beweisaufnahme durch den Einzelrichter immer schon dann zulässig, wenn dies aus Vereinfachungsgründen zweckmäßig erscheint und anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag. Aufgrund der Ausdehnung des Einsatzes des Einzelrichters durch §§ 348, 348 a erfolgt regelmäßig nur eine Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter.

b) Der ersuchte Richter

- 30 Der ersuchte Richter ist nicht Mitglied des Prozessgerichts. Er wird im Wege inländischer Rechtshilfe tätig (§ 156 GVG). Das Ersuchen um Rechtshilfe ist an das AG zu richten, in dessen Bezirk die Beweisaufnahme erfolgen soll (§ 157 GVG). Ersuchter Richter ist demnach immer ein Amtsrichter. Nach der Beweisaufnahme übersendet der ersuchte Richter die Beweisverhandlungen an das Prozessgericht (§ 362 Abs. 2).

c) Beweiserhebungen im Ausland

- 31 In internationalen Verfahren ist es selbstverständlich, dass Beweismittel im Ausland belegen sein können bzw. Beweiserhebungen im Ausland notwendig werden können. In diesem Fall muss entweder dort die Beweisaufnahme erfolgen oder das Beweismittel muss in das Inland geschafft werden. Da die staatliche Souveränität an der Staatsgrenze endet und die Beweisaufnahme zu den hoheitlichen Tätigkeiten auf der Grundlage der Gerichtsgewalt gerechnet wird, muss die Beweisaufnahme im Ausland unter Mitwirkung des Staates erfolgen, in dem sie stattfinden soll, sobald fremde Staatsangehörige betroffen sind. Dies geschieht im Wege der **Rechtshilfe** (§ 363 Abs. 1). Daneben besteht die Möglichkeit der **extraterritorialen Beweisbeschaffung**, also des Imports der Beweismittel in den Gerichtsstaat. Der im Ausland wohnhafte Zeuge wird geladen, die im Ausland befindliche Urkunde im Inland vorgelegt.<sup>11</sup>
- 32 Die Beweisaufnahme ist in der Europäischen Beweisverordnung (EuBVO), auf die § 363 Abs. 3 verweist (Durchführungsvorschriften in §§ 1072, 1073),<sup>12</sup> im Haager Beweisübereinkommen von 1970 (HBÜ), im Haager Übereinkommen über den Zivilprozess von 1954 und in zahlreichen bilateralen Verträgen und im autonomen deutschen Recht geregelt. Nach Art. 10 Abs. 4 EuBVO ist der Einsatz von Kommunikationstechnologie, wie **Video- und Telefonkonferenzen**, zu fördern.

11 Daoudi, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozess, 2000; Mössle, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht, 1990.

12 Dazu Adolphsen, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kap. 9.

## 5. Beweiswürdigung

Nach Erhebung des Beweises muss das Gericht die mündliche Verhandlung zur nochmaligen Erörterung des Sach- und Streitstandes und, soweit bereits möglich, des Ergebnisses der Beweisaufnahme fortsetzen (§§ 285 Abs. 1, 279 Abs. 3). Ein Verstoß gegen diese Erörterungspflicht wird überwiegend als Verfahrensfehler und Verletzung des rechtlichen Gehörs eingestuft.<sup>13</sup> Die Folge ist, dass das Rechtsmittelgericht das Urteil auf Rüge hin aufzuheben hat, wenn die Erörterung unterbleibt und kein wirksamer Verzicht vorliegt. 33

Danach hat das Gericht den Beweis zu würdigen. Grundlage der Beweiswürdigung ist der gesamte Inhalt der Verhandlung, also nicht nur der Beweisaufnahme. Dazu gehören Handlungen und Unterlassungen der Prozessbeteiligten, der persönliche Eindruck, den das Gericht von den Beteiligten gewonnen hat, usw. 34

Dabei kann es nicht das Ziel sein, dass das Gericht eine bestimmte Tatsache als wahr feststellt. Eine absolute objektive Wahrheit gibt es selbst dann nicht, wenn das Gericht einen Sachverständigen herangezogen hat, der mit wissenschaftlicher Genauigkeit hilft, eine Tatsache festzustellen. 35

### a) Grundsatz freier Beweiswürdigung

§ 286 Abs. 1 S. 1 ordnet daher konsequent ein subjektives Erfordernis der individuellen Überzeugung des Richters an. Der Richter muss nach freier Überzeugung entscheiden, ob er eine tatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr hält. Nur ausnahmsweise bestehen feste Beweisregeln (§ 286 Abs. 2). Diesen Vorrang richterlicher Subjektivität bezeichnet man als Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Soweit gesetzliche Beweisregeln bestehen (z.B. Akteninhalt § 139 Abs. 4 S. 3, Protokoll § 165, Urkunden §§ 415–418), schließen sie den Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus. 36

Als Ausgleich muss das Gericht jedoch angeben, von welchen Gründen es sich bei seiner Entscheidung hat leiten lassen (§ 286 Abs. 1 S. 2). Nur so ist eine Nachprüfung der individuellen Überzeugungsbildung durch einen Dritten möglich. 37

### b) Anscheinsbeweis

**Literatur:** *Ante*, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2020, 3487; *Engels*, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, 1994; *Gottwald*, Sonderregeln der Beweislastverteilung, JURA 1980, 303; *Günther*, Beweiserschütterung und -vereitelung beim Bankkarten-Anscheinsbeweis, WM 2013, 496; *Schulte am Hüsel/Welchering*, Der Anscheinsbeweis bei missbräuchlicher Bargeldabhebung an Geldautomaten mit Karte und Geheimzahl, NJW 2012, 1262; *Uth/Barthen*, Der Anscheinsbeweis von Einwurf-Einschreiben, NJW 2021, 685.

► **Fall 1** (nach BGH, Urteil vom 29.11.2011, Az.: XI ZR 370/10 = NJW 2012, 1277): Die klagende Bank begehrt vom Bekl. Ausgleich für Bargeldabhebungen an Geldautomaten mit einer auf den Bekl. ausgestellten Kreditkarte. An Geldautomaten der Bank wurden unter Verwendung der Persönlichen Identifikationsnummer (PIN) des Bekl. in insgesamt sechs Fällen jeweils 500 Euro abgehoben. Die Kl. zog daraufhin vom Girokonto des Bekl. diese Beträge ein. Der Bekl. widersprach der Lastschriftbuchung und berief sich auf einen

13 R/S/G, ZPR, § 117 Rn. 40; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 285 Rn. 1; a.A. Schulz/Sticken, Die Erörterung der richterlichen Beweiswürdigung mit den Parteien, MDR 2005, 1, 4.

Missbrauch der Kreditkarte. Hat die Bank einen Anspruch auf Ausgleich der Belastungsbuchungen durch den Bekl.? ◀

- 38 Der Anscheinsbeweis (*prima facie*-Beweis) ist kein besonderes Rechtsinstitut, sondern die Anwendung bestimmter standardisierter Erfahrungssätze auf einen bestimmten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung. Dabei wird regelmäßig von einer feststehenden Tatsache auf eine bestimmte Ursache oder eine Kausalität geschlossen. Aus dem Auffinden eines Operationsbestecks in der Bauchhöhle wird auf das Verschulden des Arztes geschlossen, aus dem Abkommen von der Straße oder dem Auffahren auf den Vordermann auf das Verschulden des Kraftfahrers.<sup>14</sup> Ein „OK“-Vermerk auf einem Fax-Sendebericht begründet keinen Anscheinsbeweis für den tatsächlichen Zugang, sondern belegt nur den erfolgreichen Verbindungsaufbau.<sup>15</sup> Einem Einwurf-Einschreiben kommt Anscheinsbeweischarakter zu, wenn und soweit die beweisbelastete Partei sowohl den Einlieferungsbeleg als auch die Reproduktion des Auslieferungsbelegs vorlegt.<sup>16</sup>
- 39 Vorrangige Bedeutung hat der Anscheinsbeweis bei der Feststellung der Kausalität und des Verschuldens, ist jedoch nicht darauf begrenzt.<sup>17</sup> Bei der Nutzung des Anscheinsbeweises im Rahmen der Kausalität wird aufgrund eines typischen Geschehensablaufs von einer feststehenden Verletzung auf eine Pflichtwidrigkeit geschlossen. Bei der Nutzung des Anscheinsbeweises im Rahmen des Verschuldens wird bei typischen Geschehensabläufen von einem feststehenden Schaden auf ein schuldhaftes Verhalten geschlossen.
- 40 Der Anscheinsbeweis hat **keine Beweislastumkehr** zur Folge, sondern verhindert zunächst die für die Anwendung der Beweislastnormen erforderliche *non liquet*-Situation, da der Richter aufgrund des Erfahrungssatzes von einer bestimmten Tatsache überzeugt sein kann.
- 41 Im Fall 1 billigte der BGH der klagenden Bank einen Beweis des ersten Anscheins zu, dass entweder der Karteninhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder – was im Verfahren allein in Betracht kam – dass ein Dritter nach der Entwendung der Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der Karte Kenntnis erlangen konnte. Der BGH ging also davon aus, dass der Bekl. entweder die PIN auf der Karte oder in räumlicher Nähe notiert hatte. Dies wäre grob fahrlässig, so dass der Bekl. nach den einschlägigen AGB den Schaden zu tragen habe. Eine solche Haftung setzt jedoch voraus, dass bei der missbräuchlichen Abhebung die Originalkarte eingesetzt worden ist, denn bei Einsatz einer Kartendublette fehle die für die Anwendung des Anscheinsbeweises nötige Typizität des Geschehensablaufs. Die Bank müsse als Voraussetzung der von ihr in Anspruch genommenen Beweiserleichterung darlegen und beweisen, dass die Originalkarte bei der missbräuchlichen Abhebung zum Einsatz kam. In der Literatur wird dagegen auch bei Einsatz der Originalkarte auf zahlreiche andere Möglichkeiten verwiesen (u.a. sog. *Skimming*), wie der Täter an die

14 OLG München, Urteil vom 9.8.2012, Az.: 10 U 572/12 = BeckRS 2012, 18699.

15 BGH, Beschluss vom 12.4.2016, Az.: VI ZB 7/15 = NJW-RR 2016, 816.

16 BGH, Urteil vom 27.9.2016, Az.: II ZR 299/15 = NJW 2017, 68 (dort auch zu den Unterschieden von Übergabe und Einwurf-Einschreiben. S. auch Uth/Barthen, Der Anscheinsbeweis von Einwurf-Einschreiben, NJW 2021, 685; Ante, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2020, 3487.

17 Zum Anscheinsbeweis bei E-Mails s. Roßnagel/Pfitzmann, Der Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209.

PIN kommen kann, so dass eine Typizität nicht gegeben sei und der Anscheinsbeweis nicht greife.<sup>18</sup>

Der Anscheinsbeweis erleichtert der beweisbelasteten Partei die Beweisführung. Gelingt ihr auf dieser Grundlage die Beweisführung, so kann der Gegner den Anscheinsbeweis **erschüttern**. Er muss dazu keinen vollen Gegenbeweis führen. Ausreichend ist es, dass er Tatsachen vorträgt, die die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des typischen Geschehensablaufs ergeben. Geschieht dies, greifen die normalen Beweislastregeln, die nicht durch den Anscheinsbeweis verändert wurden (Rn. 61 ff.). Es entsteht, wenn keine weitere Sachverhaltsklärung zu erreichen ist, regelmäßig eine *non liquet*-Situation, die zulasten der beweisbelasteten Partei geht.

### c) Schadensschätzung

► **Fall 2:** Sportler K klagt gegen den Arzt B, dass dieser ihn falsch behandelt habe. Dadurch sei ein mehrmonatiger Krankenhausaufenthalt notwendig geworden, er habe insgesamt sechs Monate nicht trainieren können, habe keine Wettkämpfe bestreiten und keine Gewinne erzielen können. K fordert von B Schadensersatz, den genauen Schaden kann er nicht beziffern. Wie hat das Gericht zu entscheiden? ◀

Nach § 287 entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser Schaden ist. Die Vorschrift soll eine Beweisnot des Klägers verhindern. Sie hat in der Praxis von Schadensersatzprozessen erhebliche Bedeutung, ihr Anwendungsbereich ist jedoch umstritten.<sup>19</sup>

Auszugehen ist von der Unterscheidung von Haftungsgrund und Haftungsausfüllung, die Ihnen vor allem aus dem Prüfungsaufbau bei § 823 Abs. 1 BGB bekannt sein dürfte. Die Unterscheidung gibt es jedoch auch dort, wo ein Vermögensschaden ausreichend ist.

K hat im obigen Fall einen Anspruch gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB (neben dem aus § 280 Abs. 1 BGB, der hier außer Acht bleibt), wenn er beweist, dass B ihn falsch behandelt hat und es dadurch zu einer Rechtsgutsverletzung in Form einer Körperverletzung gekommen ist. Hierfür gilt § 286 und nicht § 287. Wenn § 287 auch von der Entstehung des Schadens spricht, so ist damit nicht der Haftungsgrund, sondern der Schaden aufgrund der Rechtsgutsverletzung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität gemeint. Hier greift § 287 ein.

K muss demnach den Behandlungsfehler gem. § 286 beweisen. Ist dieser Beweis erbracht, so kann der Verdienstaufschlag als Schaden im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nach § 287 geschätzt werden. Der Schaden darf jedoch nicht völlig abstrakt berechnet werden. K muss Anhaltspunkte für seinen Verdienstaufschlag (sog. Anknüpfungstatsachen) nennen, die als Grundlage der Schätzung dienen können.<sup>20</sup> Er wird also die Gewinnfelder des Vorjahres summieren, seine bisherige Leistungsentwicklung im Training dokumentieren, usw.<sup>21</sup>

18 Schulte am Hülse/Welchering, Der Anscheinsbeweis bei missbräuchlicher Bargeldabhebung an Geldautomaten mit Karte und Geheimzahl, NJW 2012, 1262, 1266.

19 Arz, Richterliche Überzeugungsbildung zu Schaden und Forderungshöhe, NJW 2021, 355.

20 Anforderungen an die Schadensschätzung bei BGH, Urteil vom 29.5.2013, Az.: VIII ZR 174/12, BeckRS 2013, 10450; zur Anwendung des § 286 auf den Haftungsgrund und § 287 auf die Haftungsausfüllung s. BGH, Urteil vom 29.1.2019, Az.: VI ZR 113/17 = NJW 2019, 2092.

21 Hierzu Haas/Reimann, Erwerbschance und Erwerbsschaden bei Individualsportlern, SpuRt 2000, 49.



### III. Selbstständiges Beweisverfahren

- 47 Gem. §§ 485 ff. kann ein selbstständiges Beweisverfahren während eines schon rechts-  
hängigen Prozesses, aber auch schon vor Rechtshängigkeit erfolgen. Ziel ist es, die Be-  
weislosigkeit einer Partei durch Veränderung von Beweismitteln bzw. eine Verschlech-  
terung der Beweissituation zu verhindern.
- 48 Erfolgt das selbstständige Beweisverfahren während eines Prozesses, so ist erforderlich,  
dass entweder der Gegner zustimmt oder die Gefahr besteht, dass Beweismittel verlo-  
ren gehen oder ihre Benutzung erschwert wird (§ 485 Abs. 1). Hat eine Partei ein  
rechtliches Interesse, so kann das Verfahren auch schon vor Rechtshängigkeit durchge-  
führt werden (§ 485 Abs. 2). Ein solches Verfahren kann, wenn es vor Rechtshängig-  
keit durchgeführt wird, helfen, einen Prozess zu vermeiden oder zu beschleunigen.
- 49 Das Verfahren ist nach § 485 Abs. 1 S. 1 nur zulässig zur Einnahme des Augenscheins,  
der Vernehmung von Zeugen und der Begutachtung durch einen Sachverständigen.  
Nach § 485 Abs. 2 kann zusätzlich die schriftliche Begutachtung durch einen Sachver-  
ständigen beantragt werden.
- Merke:** Die Zustellung des Antrags (§ 487) hemmt die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1  
Nr. 7 BGB.
- 50 Wird dem Antrag stattgegeben, so erfolgt die Beweisaufnahme nach den allgemeinen  
Regeln (§ 492 Abs. 1). Die Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren steht  
einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich, wenn sich eine Partei auf Tatsa-  
chen beruft, über die selbstständig Beweis erhoben wurde (§ 493 Abs. 1).

### IV. Beweismaß

**Literatur:** *Bender*, Das Beweismaß, FS Baur, 1981, S. 247; *Gottwald*, Schadenszurechnung und  
Schadenschätzung, 1979, S. 186 ff.; *ders.*, Das relative Beweismaß im englischen und deutschen  
Zivilprozess, FS Henrich, 2000, S. 165; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983; *Koch*, Die  
Glaubhaftmachung beim Antrag auf Wiedereinsetzung, NJW 2016, 2994; *Leipold*, Beweismaß  
und Beweislast im Zivilprozess, 1985; *Scherer*, Das Beweismaß der Glaubhaftmachung, 1996;  
*Walter*, Freie Beweiswürdigung, 1979.

- 51 Wann aber darf das Gericht von der Wahrheit einer behaupteten Tatsache überzeugt  
sein? Der Beweiswert ist nur selten einer echten mathematischen Wahrscheinlichkeits-  
rechnung zugänglich, wie etwa bei Vaterschaftsfeststellungsverfahren.

#### 1. Regelbeweismaß

- 52 Die ganz h.M. hält an einem subjektiven Maßstab des Fürwahrhaltens fest. Der BGH  
hat dies im **Anastasia-Urteil** einprägsam formuliert: „Der Richter darf und muss sich  
aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchba-  
ren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie  
völlig auszuschließen.“<sup>22</sup>
- 53 Den vom BGH verwendeten Begriff der Gewissheit versteht die h.M. als das subjektive  
Bewusstsein hoher Wahrscheinlichkeit. Aus § 286 Abs. 1 S. 1 folgert sie ein einheitli-  
ches Regelbeweismaß, das einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit entspreche.

22 BGH, Urteil vom 17.2.1970, Az.: III ZR 139/67 = BGHZ 53, 245, 265 = NJW 1970, 946.



Weil aber alle verschiedenen Abstufungen von Wahrscheinlichkeit (überwiegende, hohe, sehr hohe, mit an Sicherheit grenzender) nur auf der Ebene der Sprache verdecken, dass Überzeugung nicht messbar ist, stellt die Gegenmeinung auf ein flexibles, also nicht einheitliches Beweismaß ab. Im Ergebnis komme es in Grenzfällen auf die subjektive Einschätzung des Richters an.<sup>23</sup>

54

## 2. Glaubhaftmachung

In einigen Fällen ordnet das Gesetz jedoch das abweichende Beweismaß der **Glaubhaftmachung** an. Der praktisch wichtigste Fall ist der des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 920 Abs. 2, 936). Aber auch bei der Beurteilung prozessualer Vorfragen wie der Richterablehnung (§ 44 Abs. 2), der Prozesskostenhilfe (§ 118 Abs. 2 S. 1) und beim verspäteten Vorbringen (§ 296 Abs. 4) stellt das Gesetz auf dieses Beweismaß ab.

55

Die Glaubhaftmachung ist einheitlich in § 294 geregelt. Das erforderliche Beweismaß ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Es muss die „gute Möglichkeit bestehen, dass sich der Vorgang so zugetragen hat“.<sup>24</sup> Zur Beweisführung ist jedes Beweismittel zulässig, hinzu kommt die Versicherung an Eides Statt (§ 294 Abs. 1), die ansonsten kein zulässiges Beweismittel ist. Wichtig ist, dass im Rahmen der Glaubhaftmachung nur präsente Beweismittel zugelassen sind. Das bedeutet in der Praxis, dass derjenige, der eine einstweilige Verfügung beantragt, alle notwendigen Beweismittel präsentieren, also etwaige Zeugen direkt mitbringen muss.

56

## V. Beweisführungslast

► **Fall 3:** K verklagt B auf Zahlung des Kaufpreises aus einem am 1.2.2023 geschlossenen Kaufvertrag. B trägt vor, er habe mit K an diesem Tag nur Kaffee getrunken und keinen Vertrag geschlossen. ◀

Eine Klage muss schlüssig sein. Die dazu notwendigen Tatsachen muss der Kläger vortragen, ansonsten wird seine Klage als unbegründet abgewiesen. Fragen des Beweisrechts entstehen nicht. Werden Tatsachen nicht oder nicht substantiiert bestritten, so hat der Richter diese seiner Entscheidung zwingend zugrunde zu legen. Fragen des Beweisrechts entstehen wiederum nicht. Wenn der Beklagte aber die anspruchsbegründenden Tatsachen bestreitet oder ergänzend Tatsachen vorträgt, die rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einreden begründen, kommt es zur Beweisbedürftigkeit.

57

Die **Beweisführungslast** (auch subjektive Beweislast genannt) entscheidet darüber, welche Partei Beweisanträge stellen muss. Im obigen Fall muss der Kläger Beweis antreten für den Vertragsschluss, z.B. indem er einen Zeugen benennt. Tut er das nicht, so bleibt er beweisfällig und die Klage wird als unbegründet abgewiesen. Tut er dies, so muss der Beklagte seinerseits Beweis antreten, der den Vortrag des Klägers erschüttert, z.B. indem er ebenfalls einen Zeugen benennt, der aussagt, es sei nicht zu einem Vertragsschluss gekommen. Tut er dies nicht, gibt das Gericht der Klage statt, wenn der vom Kläger benannte Zeuge ausgesagt hat, es sei zu einem Vertragsschluss gekommen.

58

**Merke:** Jede Partei trägt die Beweisführungslast für die ihr günstigen Tatsachen.

<sup>23</sup> R/S/G, ZPR, § 114 Rn. 15.

<sup>24</sup> Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 66.

## VI. Beweislast

**Literatur:** *Arens*, Zur Problematik von non liquet-Entscheidungen, FS Müller-Freienfels, 1986, S. 13; *ders.*, Zur Beweislastproblematik im heutigen deutschen Produkthaftungsprozess, ZZP 104 (1991), 123; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996; *Gottwald*, Grundprobleme der Beweislastverteilung, JURA 1980, 225; *Koch*, Die Glaubhaftmachung beim Antrag auf Wiedereinsetzung, NJW 2016, 2994, NJW 2016, 2994, *Laumen*, Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, 3739; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984; *Weber*, Muss im Arzthaftungsprozess der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, NJW 1997, 761.

### 1. Entscheidungsnotwendigkeit in einer non liquet-Situation

- 59 Kommt es im obigen Fall dazu, dass die von den Parteien benannten Zeugen jeweils gegenteilig aussagen, so hat das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung die Möglichkeit, einem Zeugen zu glauben und die Aussage des anderen für unwahr zu halten. Je nachdem gibt es der Klage statt oder es weist sie ab.
- 60 Bleibt für das Gericht aber unklar, ob es zu einem Vertragsschluss gekommen ist, weil es nicht zu erkennen vermag, welche Zeugenaussage unwahr ist, so muss es trotzdem eine Entscheidung treffen. Die Parteien haben einen Justizgewährungsanspruch, der eine Sachentscheidung verlangt. Der Sachverhalt ist in diesem Fall nicht aufklärbar, es besteht eine sog. *non liquet-Situation*. Die Beweislastregeln weisen in dieser Situation den Richter an, zu wessen Lasten er die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts werten muss. Die Beweislastregeln sind demnach zusätzliche Entscheidungsnormen für den Richter für den Fall der Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts.<sup>25</sup>

### 2. Grundregel der Beweislast

- 61 Das Gericht kann dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nur stattgeben, wenn es vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen überzeugt ist. Ansonsten muss die Klage abgewiesen werden. Daraus folgert man folgende Grundregel der Beweislast:
- Merke:** Jede Partei hat die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr jeweils günstigen Norm.
- 62 Der Kläger muss danach die Prozess- und Sachentscheidungs Voraussetzungen sowie die klagebegründenden Tatbestandsvoraussetzungen beweisen.
- 63 Der Beklagte trägt die Beweislast für die Prozesshindernisse und alle Tatsachen, die eine prozessuale Einrede (zum Begriff § 12 Rn. 24) begründen können.

### 3. Gesetzliche Beweislastregeln

- 64 Diese Grundregel greift jedoch nicht ein, wenn das Gesetz eine andere Regelung bereithält. Im materiellen Recht findet man zahlreiche Beweislastregeln, die auf den ersten Blick als solche gar nicht erkennbar sind. Es enthält gesetzliche Vermutungen, die zu einer gegenüber der Grundregel abweichenden Beweislastverteilung führen. Dies ist etwa der Fall in §§ 179 Abs. 1, 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB.

► **Klausurhinweis:** Von besonderer Bedeutung ist § 477 BGB: Der BGH hatte 2004 einen Rechtsstreit um einen Gebrauchtwagen, den ein Verbraucher von einem Unternehmer ge-

25 R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 8.

kauft hatte, zu entscheiden. Darin legte der BGH die Bedeutung des § 477 BGB (damals noch § 476 BGB) fest. Macht ein Käufer unter Berufung auf das Vorliegen eines Sachmangels Rechte gem. § 437 BGB geltend, nachdem er die Kaufsache entgegengenommen hat, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Tatsachen. Soweit § 477 BGB für den Verbrauchsgüterkauf die Beweislast zugunsten des Käufers umkehrt, betrifft das nicht die Frage, ob überhaupt ein Sachmangel vorliegt. Die Vorschrift setzt vielmehr einen binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretenen Sachmangel voraus und enthält eine lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.<sup>26</sup> Dass dieser auf einem potenziellen Grundmangel beruht, regelt die Vermutung nicht. Der Verbraucher musste also die Existenz des Grundmangels beweisen. 2014 bestätigte der BGH seine Rechtsprechung, dass die Beweislastumkehr nicht für den Mangel als solchen gilt, sondern sich allein auf die Frage bezieht, ob ein (nachgewiesener) Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag. Basiert der Mangel möglicherweise auf einem Grundmangel, so muss der Käufer diesen beweisen, dann kommt ihm wiederum die Vermutung des § 477 BGB zugute.<sup>27</sup> Diese Rechtsprechung war nach einem Urteil des EuGH von Juni 2015 nicht mehr haltbar und musste geändert werden. Der EuGH entschied auf Vorlage eines niederländischen Gerichts zu Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der die Basis des § 477 BGB bildet, dass der Verbraucher nur vortragen und den Beweis erbringen muss, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist. Der Verbraucher muss nur das Vorliegen der Vertragswidrigkeit beweisen. Er muss weder den Grund für die Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer zuzurechnen ist. Der Verbraucher muss weiter beweisen, dass die Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, also sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Wenn diese Tatsachen nachgewiesen sind, ist der Verbraucher vom Nachweis befreit, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand. Das Auftreten dieser Vertragswidrigkeit in dem kurzen Zeitraum von sechs Monaten erlaubt die Vermutung, dass sie zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits vorlag, auch wenn sie sich erst nach der Lieferung des Gutes herausgestellt hat. Es ist dann also Sache des Gewerbetreibenden, gegebenenfalls den Beweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes noch nicht vorlag, indem er dartut, dass sie ihren Grund oder Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach dieser Lieferung hat.<sup>28</sup> Der BGH ist dem inzwischen gefolgt.<sup>29</sup> ◀

#### 4. Richterrechtliche Beweislastregeln

Die Rechtsprechung hat auf der Grundlage richterlicher Rechtsfortbildung Sonderregeln der Beweislast geschaffen. Insofern erfolgt eine Beweiserleichterung oder auch eine Beweislastumkehr gegenüber der Grundregel.

65

26 BGH, Urteil vom 2.6.2004, Az.: VIII ZR 329/03 = NJW 2004, 2229; Palandt/*Putzo*, BGB, § 477 Rn. 5; *Gsell*, Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf, JuS 2005, 967; s. aber kritisch *Lorenz*, Sachmangel und Beweislastumkehr – Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB, NJW 2004, 3020.

27 BGH, Urteil vom 15.1.2014, Az.: VIII ZR 70/13 = NJW 2014, 1086 (1087), dazu *Looschelders*, Beweislastumkehr für Zeitpunkt des Vorliegens eines latenten Mangels, JA 2014, 625.

28 EuGH, Urteil vom 4.6.2015, Az.: C-497/13 (Faber) = NJW 2015, 2237; *Wagner*, Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, ZEuP 2016, 87; *Gsell*, Beweislastumkehr zugunsten des Verbraucher-Käufers auch bei nur potenziellem Grundmangel, VuR 2015, 446; *Erger*, Die Beweislastumkehr nach § 476 BGB – zwischen Zylinderköpfen und Zahnriemen, NJ 2015, 405; *Fellert*, Die Beweislastumkehr des § 476 BGB im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, JA 2015, 818.

29 BGH, vom 12.10.2016, Az.: VIII ZR 103/15 = BGHZ 212, 224 = NJW 2017, 1093.

- 66 Betroffen war zunächst die **Arzthaftung**: Ein grober Behandlungsfehler, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, führte grundsätzlich zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden. Dafür reichte aus, dass der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden hingegen nicht.<sup>30</sup> Insofern erfolgt keine Beweiserleichterung, sondern eine komplette Beweislastumkehr.<sup>31</sup> Diese hat der Gesetzgeber nunmehr in § 630 h BGB, den Regeln des Behandlungsvertrages, normiert.

Darüber hinaus nimmt die Rechtsprechung bei Beweisvereitelungen eine Beweislastumkehr an. Eine **Beweisvereitelung** liegt vor, wenn der Gegner der beweisbelasteten Partei vor oder im Prozess die grundsätzlich mögliche Beweisführung schuldhaft durch ein pflichtwidriges Verhalten vereitelt.<sup>32</sup> In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand der Beweisvereitelung einen doppelten Schuldvorwurf: Das Verschulden muss sich zum einen auf die Zerstörung bzw. Entziehung des Beweisobjekts und zum anderen auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen.<sup>33</sup>

- 67 Bei der deliktischen **Produzentenhaftung** (daneben besteht die Haftung auf der Grundlage des ProdHaftG) muss der Geschädigte den Fehler des Produkts und dessen Ursächlichkeit für einen Schaden beweisen. Der Hersteller muss beweisen, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft.<sup>34</sup>
- 68 Wer im Internet-Auktionshaus Ebay als *Powerseller* auftritt, muss im Streit darüber, ob ein Fernabsatzvertrag geschlossen wurde, beweisen, dass er kein Unternehmer i.S. von § 14 BGB ist. Die Besonderheiten derartiger Geschäfte rechtfertigen eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers.<sup>35</sup>

## 5. Beweislast bei der negativen Feststellungsklage

- 69 Bei der negativen Feststellungsklage (§ 8 Rn. 33) ist die Beweislast schwierig zu ermitteln.

► **Fall 4:** N ist als Vermögensverwalter tätig, spekuliert sich bei riskanten Anlagen mit hohem Verlustrisiko, der Großteil des Geldes des Anlegers W ist weg. Mündlich war vereinbart, dass N nur in sichere Anleihen investieren soll, schriftlich fixiert wurde dies nicht. W verlangt Schadensersatz. N erhebt daraufhin, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, Klage und beantragt festzustellen, dass W gegen ihn keinerlei Ansprüche wegen einer Pflichtverletzung aus dem Vermögensverwaltungsvertrag zustünden. W meint, N habe pflichtwidrig gehandelt, weil er riskante Papiere entgegen der vereinbarten Anlagestrategie gekauft habe. ◀

30 Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 20 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, Vorbem. § 284 Rn. 30 ff.; Anw-Komm/Katzenmeier, § 823 BGB, Rn. 425 ff.

31 BGH, Urteil vom 27.4.2004, Az.: VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013.

32 BGH, Urteil vom 23.11.2005, Az.: VIII ZR 43/05 = NJW 2007, 434 (Beweisvereitelung bei Vernichtung eines angeblich defekten Teils eines Gebrauchtwagens mit allerdings unklaren Aussagen zur Rechtsfolge); R/S/G, ZPR, § 116 Rn. 21; Huber, Grundwissen Zivilprozessrecht: Beweisvereitelung, JuS 2020, 208.

33 BGH, Urteil vom 23.9.2003, Az.: XI ZR 380/00 = NJW 2004, 222.

34 BGH, Urteil vom 26.11.1968, Az.: VI ZR 212/66 = NJW 1969, 269 = BGHZ 51, 91 („Hühnerpestfall“); BGH, Urteil vom 7.6.1988, Az.: VI ZR 91/87 = NJW 1988, 2611.

35 OLG Koblenz, Beschluss vom 17.10.2005, Az.: 5 U 1145/05 = NJW 2006, 1438.

Es liegt eine *non liquet*-Situation vor, weil nicht aufklärbar ist, ob die konservative Anlagestrategie vereinbart wurde. Die Frage ist, ob N im Rahmen der negativen Feststellungsklage als Kläger dafür beweispflichtig ist, dass keine Pflichtverletzung vorliegt – dann muss er das *Nicht*vorliegen einer mündlichen Vereinbarung beweisen –, oder W die Pflichtverletzung und die mündliche Vereinbarung einer Anlagerichtlinie beweisen muss. Die Frage ist letztlich, ob es auf die Parteirolle oder auf das materielle Recht ankommt. Im Ergebnis herrscht Einigkeit: Bei der negativen Feststellungsklage trägt der Beklagte die Beweislast für das Bestehen des von ihm behaupteten Anspruchs. Bleibt offen, ob der streitige Anspruch besteht, muss der negativen Feststellungsklage stattgegeben werden. Auszugehen ist von dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei diejenigen Tatsachen beweisen muss, aus denen sie ihren Anspruch herleitet. Den Anspruchsteller trifft daher die Beweislast für alle rechtsbegründenden Tatsachen. In welcher Parteirolle er sich dabei befindet, ist gleichgültig.<sup>36</sup>

**Merke:** Die Umkehr der Parteirollen ist bei der negativen Feststellungsklage auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung ohne Einfluss.

36 BGH, Urteil vom 2.3.1993, Az.: VI ZR 74/92 = NJW 1993, 1716; BGH, Urteil vom 17.7.2012, Az.: XI ZR 198/11 = NJW 2012, 3294, 3297; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 256 Rn. 21.

## § 24 Beweisverwertungsverbote

**Literatur:** *Altenburger/Leister*, Die Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, NJW 2006, 469; *Fink*, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Köln 1994; *Heinemann*, Rechtswidrig erlangter Tatsachenvortrag im Zivilprozeß, MDR 2001, 137; *Helle*, Der Telefonzeuge im Zivilprozess, MDR 2000, 353; *Kaissis*, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Heidelberg 1978; *Lenz/Meurer*, Der heimliche Zeuge im Zivilprozess, MDR 2000, 73.

- 1 In der ZPO gibt es keine Regelung der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Prozess. Nicht mehr vertreten wird die Ansicht, rechtswidrig erlangte Beweismittel seien unter allen Umständen verwertbar. Die extreme Gegenmeinung nimmt an, jedes materiellrechtlich rechtswidrig erlangte Beweismittel sei im Prozess nicht verwertbar.<sup>1</sup>
- 2 Die wohl h.M. stellt die Verwertbarkeit einzelfallbezogen fest, wobei die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen sind. Zu berücksichtigen ist, ob ein Verstoß gegen einfaches materielles Recht oder Verfassungsrecht vorliegt und ob im Einzelfall eine Vorlagepflicht des Beweismittels (z.B. nach § 242 i.V.m. §§ 809 ff. BGB) besteht.<sup>2</sup>
- 3 Geklärt scheint, dass Beweismittel, die unter Verletzung einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition einer Partei erlangt worden sind, in einem Prozess regelmäßig nicht verwendet werden dürfen. Dazu liegen Gerichtsentscheidungen zum sog. **Lauschzeugen** und zu **heimlichen Vaterschaftstests** vor.<sup>3</sup> Seit einiger Zeit wird die Verwendung der Aufzeichnungen von sog. **Dashcams** in Autos (Gleiches gilt für sog. Actioncams auf Fahrradhelmen) zum Beweis des Hergangs von Verkehrsunfällen diskutiert (s.u. § 24 Rn. 13).

### I. Lauschzeugen

► **Fall 1:** (nach BGH, Urteil vom 18.2.2003, XI ZR 165/02 = NJW 2003, 172) K fordert von B Rückzahlung eines Darlehens, das er ohne Belege gewährt hat, da die Parteien seinerzeit noch gut befreundet waren. Auf Anraten seines RA hat er mit B ein Telefongespräch geführt, in dem B den Erhalt des Darlehens bestätigt hat. Dieses Telefongespräch hat der RA ohne Wissen des B über eine Mithöreinrichtung verfolgt. B bestreitet, von K Geld erhalten und darüber eine Darlehensvereinbarung getroffen zu haben, und bestreitet, mit K ein Telefongespräch über die Rückzahlung des Darlehens geführt zu haben. Kann das Gericht den RA als Zeugen hören? ◀

- 4 Die Problematik hat sowohl den BGH<sup>4</sup> als auch das BVerfG<sup>5</sup> beschäftigt. Zunächst muss man die Motive des K erkennen. K steuert im Prozess auf eine *non liquet*-Entscheidung zu, wenn keine anderen Beweismittel für die Darlehensgewährung zur Verfügung stehen. Die Klage würde abgewiesen, obwohl K materiellrechtlich einen Rückzahlungsanspruch hat. In dieser Beweisnot behilft sich der K, indem er ohne Kenntnis des B seinen RA mithören lässt, um eine verwertbare Zeugenaussage zu

1 *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen den Prozessparteien, 1976, S. 248.

2 *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 286 Rn. 7; Beispielhaft BGH, Beschluss vom 15.5.2013, Az.: XII ZB 107/08 = NJW 2013, 2668.

3 Das Problem hat sich in der Vergangenheit aber auch in anderen Fällen gestellt, Nachweise bei R/S/G, ZPR, § 111 Rn. 24; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 286 Rn. 8.

4 BGH, Urteil vom 18.2.2003, Az.: XI ZR 165/02 = NJW 2003, 172.

5 BVerfG, Beschluss vom 9.10.2002, Az.: 1 BvR 1611/96 und 805/98 = NJW 2002, 3619 = JZ 2003, 1104 mit Anm. *Foerste*, 1111.

erlangen. Bei der Lösung des Falles müssen nach Ansicht der Rechtsprechung zwei Grundrechtspositionen abgewogen werden. Das von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasste allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch das **Recht am gesprochenen Wort**. Zu diesem Grundrecht gehört auch die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Die Schutzbedürftigkeit des Kommunikationsinhalts hängt nach Ansicht des BVerfG nicht davon ab, ob das Gespräch einen vertraulichen Inhalt hatte oder ob der Anrufer erkennbar Wert auf Vertraulichkeit gelegt hat. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist jedoch nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art. 2 Abs. 1 GG wird das Recht am eigenen Wort durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt. Hierzu gehören als Ausfluss des u.a. in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das **Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung**. Die zivilprozessualen Vorschriften, explizit § 286, gehören, so das BVerfG, zur verfassungsmäßigen Ordnung.

Wenn der Kläger es versäumt hat, sich die behaupteten Darlehenshingaben von dem Beklagten bestätigen zu lassen oder in anderer Weise ihre Beweisbarkeit sicherzustellen, vermag das nach Ansicht des BGH die Verschaffung eines Beweismittels unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Beklagten nicht zu rechtfertigen. Dem Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege komme nicht stets ein gleiches oder gar höheres Gewicht zu als dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Es müssen weitere Gesichtspunkte hinzutreten, die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schutzbedürftig erscheinen lassen. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, reicht nicht aus, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen.

Im Ergebnis folgt daraus, dass rechtswidrig erlangte Kenntnisse aus dem heimlichen Mithören eines Telefonats nur ganz ausnahmsweise in einem gerichtlichen Verfahren verwertet werden können, etwa dann, wenn sich der Beweisführer in einer notwehrähnlichen Situation befindet, oder erpresserischen Drohungen oder einem kriminellen Angriff auf seine berufliche Existenz auf andere Weise nicht begegnen kann.<sup>6</sup>

Daher kommt weder eine Erhebung noch eine Verwertung der Aussage des Rechtsanwalts als Beweismittel in Betracht.

## II. Heimliche Vaterschaftstests

**Literatur:** *Bischoff*, Fortgeschrittenenklausur – Bürgerliches Recht: Zivilrechtliche Probleme heimlicher Vaterschaftstests, JuS 2006, 421; *Brosius-Gersdorf*, Vaterschaftstests, 2006; *Muscheler*, Klärung der Vaterschaft, FÜR 2008, 257; *Rittner/Rittner*, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung – Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, 1745; *dies.*, Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel so genannter heimlicher Vaterschaftstests, NJW 2005, 945; *Stein*, Das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, FF 2009, 10; *Stylianiadis*, Rechtsfolgen privater Vaterschaftsbegutachtung, 2005; *Wellenhofer*, Das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, NJW 2008, 1185.

► **Fall 2:** (nach BGH, Urteil vom 12.1.2005 – XII ZR 60/03) K begehrt im Wege der Anfechtungsklage die Feststellung, nicht der Vater des B zu sein. Die Mutter des B, die in der gesetzlichen Empfängniszeit Geschlechtsverkehr mit K hatte, hatte diesem versichert, dass

<sup>6</sup> Bestätigt durch BGH, Urteil vom 12.1.2005 – XII ZR 60/03.



er der Vater des B sei. K erkannte daraufhin die Vaterschaft an, die Mutter stimmte zu. Seitdem zahlt K Unterhalt für B. Später veranlasste K eine DNA-Vaterschaftsanalyse, die ergab, dass eine Vaterschaft des K offensichtlich unmöglich ist. B widerspricht der Verwertung des ohne seine Einwilligung eingeholten Gutachtens. Kann das Gericht das DNA-Gutachten verwerten? ◀

- 8 Erhebt ein Vater eine Anfechtungsklage nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB i.V.m § 169 Nr. 4 FamFG, so muss er schlüssig darlegen, dass er nicht der Vater des Kindes ist. Dies ist heute durch den Gesetzgeber auch in § 171 Abs. 2 S. 2 FamFG normiert worden. Welche Anforderungen an das schlüssige Vorbringen zu stellen sind, war schon vor dieser Neuregelung streitig. Nach der Rechtsprechung des BGH reicht das bloße Vorbringen des Klägers, er sei nicht der Vater des Kindes, nicht aus. Vielmehr muss der Kläger Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes von dem als Vater geltenden Kläger zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen (kurz begründeter Anfangsverdacht). Dazu ist es nicht ausreichend, dass der Mann einfach auf die mangelnde äußerliche Ähnlichkeit verweist. Ebenso reicht es nicht, dass sich das Kind weigert, die Einholung des DNA-Gutachtens nachträglich zu genehmigen. Dieses Verhalten sei Ausfluss des negativen informationellen Selbstbestimmungsrechts, das nicht dadurch ausgehöhlt werden dürfe, dass man aus der Weigerung der nachträglichen Genehmigung auf die Möglichkeit schließe, dass das Kind von einem anderen Mann abstamme. Auch die Vorlage eines rechtswidrig eingeholten DNA-Gutachtens sei zur Darlegung eines Anfangsverdachts nicht geeignet und mache die Klage nicht schlüssig.
- 9 Bei der Frage des begründeten Anfangsverdachts nimmt der BGH eine Abwägung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des beklagten Kindes und des Interesses des Klägers an der Feststellung seiner Nichtvaterschaft vor. Der BGH sieht in jeder Untersuchung und Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Persönlichkeitsrecht in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Gegen dieses Recht sei das ebenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitende Recht des möglichen Vaters auf Kenntnis seiner Vaterschaft abzuwägen. Dieses könne nicht als höherwertig angesehen werden, auch dann nicht, wenn es der Abwehr zivilrechtlicher Unterhaltsansprüche diene.
- 10 Heimlich veranlasste DNA-Abstammungsgutachten sind daher rechtswidrig und können nicht zur schlüssigen Darlegung von Zweifeln an der Vaterschaft genutzt werden.
 

► **Klausurhinweis:** Dieser Fall ist als Examensfall natürlich genauso geeignet wie der vorherige. Auch bei Kenntnis des Inhalts der Entscheidung kann die Klausur aber völlig daneben gehen. Wichtig ist, dass das Problem an der richtigen Stelle erörtert wird. Hier geht es allein um die schlüssige Darlegung eines Anfangsverdachts für eine Vaterschaftsanfechtungsklage nach § 169 Nr. 4 FamFG. Gegenstand der Abwägung ist zudem auf Seiten des Kindes nicht das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, weil häufig kein Eingriff vorliegt (Haare werden der Bürste entnommen, ein ausgespucktes Kaugummi wird aufgesammelt) oder dieser geringfügig ist (ein Haar wird aus Versehen ausgerissen). ◀
- 11 Das Problem kann sich aber auch in einem **Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft** stellen. Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wird als Vater vermutet, wer der Mutter während der in § 1600 d Abs. 3 BGB festgelegten Empfängniszeit beigeohnt hat (§ 1600 d Abs. 2 S. 1 BGB). Die Vermutung gilt



nicht, wenn schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft bestehen (§ 1600 d Abs. 2 S. 2 BGB). Auch dann liegt aber kein Beweisverwertungsproblem vor! Bei einem von einer Partei eingeholten Sachverständigengutachten handelt es sich nicht um einen Sachverständigenbeweis, sondern um Parteivorbringen (§ 23 Rn. 15). Die erörterten Grundsätze für das prozessuale Beweisrecht können nach Ansicht des OLG Celle jedoch ebenso Anwendung finden für die Verwertbarkeit von Tatsachenvortrag, der für das weitere Verfahren von entscheidender Bedeutung ist. Zwischen der Verwertbarkeit eines rechtswidrig erlangten Beweisergebnisses und der Zugrundelegung rechtswidrig erlangten Tatsachenvortrags bestehe kein entscheidungserheblicher Unterschied.<sup>7</sup>

Der Markt für unerlaubte Vaterschaftsgutachten hatte sich im Jahr 2005 auf rund 50.000 Tests mit einem Finanzvolumen von 40 Mio. € belaufen.<sup>8</sup> Im Internet wurden ab 199 € Vaterschaftstests angeboten (Stichwort „heimliche Vaterschaftstests“ bei Google, heute findet man vor allem Darstellungen des Verbots zu diesem Stichwort). Dieser Zustand war rechtspolitisch kaum hinnehmbar. 2007 hat dann das BVerfG entschieden, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, ein gesetzliches Verfahren zur Verfügung zu stellen, dass es dem Vater ermöglicht, seine Vaterschaft zu klären ohne das rechtliche Band zum Kind durch die damals einzig mögliche Anfechtungsklage zu trennen.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber hat durch Schaffung des Verfahrens zur Klärung der Abstammung durch das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ reagiert. Damit gibt es das grundsätzlich außergerichtliche Verfahren ausschließlich zur Klärung der Abstammung (§ 1598 a BGB) und das Vaterschaftsanfechtungsverfahren (§§ 1599 ff. BGB). Die Betroffenen können entscheiden, ob sie nur die Abstammungsklä rung vornehmen oder ob sie nacheinander beide Verfahren in Anspruch nehmen wollen. Der neue § 1598 a BGB schafft einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch zwischen den Familienangehörigen. Diese sind zur Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung verpflichtet. Bei einer Weigerung kann diese durch ein Gericht ersetzt werden. Ergibt sich dabei das Ergebnis, dass die rechtliche Vaterschaft genetisch unzutreffend ist, genügt dies, um den für die Anfechtungsklage geforderten Anfangsverdacht zu belegen. Damit sollte die Zahl illegaler Vaterschaftstests in der Zukunft zurückgehen.

► **Hinweis:** Das BVerfG hat festgestellt, dass ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter über ihre geschlechtlichen Beziehungen – anders als vom BGH<sup>10</sup> angenommen, der einen solchen aus § 242 BGB analog herleitete – eine gesetzliche Grundlage voraussetzt.<sup>11</sup> Die gerichtliche Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu erteilen, überschreite die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehle. ◀

### III. Dashcams

**Literatur:** *Giesen*, Dashcam-Aufnahmen im Zivilprozess, NZV 2020, 70; *Greger*, Kamera on board – Zur Zulässigkeit des Video-Beweises im Verkehrsunfallprozess, NZV 2015, 114; *Metz*, Nochmals: Die DashCam-Entscheidung des BGH vom 15.5.1018, NZW 2018, 419; *Schmidt*,

<sup>7</sup> OLG Celle, Urteil vom 29.10.2003, Az.: 15 UF 84/03 = NJW 2004, 449, 450.

<sup>8</sup> Der Spiegel 4/2005, S. 40 (mitgeteilt bei *Rittner/Rittner*, NJW 2005, 945, 946 Rn. 15); neuere Zahlen sind je nach Quelle sehr unterschiedlich, daher wird auf eine aktuelle statistische Validierung verzichtet.

<sup>9</sup> BVerfG, Urteil vom 13.2.2007, Az.: 1 BvR 421/05 = NJW 2007, 753.

<sup>10</sup> So z.B. in BGH, Urteil vom 9.11.2011, Az.: XII ZR 136/09 = NJW 2012, 450.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.2.2015, Az.: 1 BvR 472/14 = NJW 2015, 1506. Dazu *Sachs*, JuS 2015, 859.

Kamera ab! Dashcam läuft: Kein Beweisverwertungsverbot trotz rechtswidrig beschafften Beweismaterials, JA 2018, 869; *Wirsching*, Dashcams – Datenschutz versus Beweisinteresse, NZV 2016, 13.

Im Zivilprozess nach einem Verkehrsunfall stellt sich immer häufiger die Frage, ob sich eine Partei zum Beweis des von ihr behaupteten Unfallhergangs auf die Inaugenscheinnahme (dazu § 23 Rn. 2) der Videoaufzeichnung einer Dashcam berufen kann. Die Frage hat 2018 der BGH erstmals obergerichtlich entschieden.<sup>12</sup> Zuvor lagen amts-<sup>13</sup>, landgerichtliche<sup>14</sup> und oberlandesgerichtliche<sup>15</sup> Entscheidungen vor. Der BGH hat zunächst die Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung und danach die Frage der Verwertbarkeit geprüft.<sup>16</sup> Denn, so der BGH deutlich, die Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung führt im Zivilprozess nicht ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot. Der BGH hat einfach-gesetzliche Verstöße gegen das Datenschutzgesetz (§ 6 b Abs. 1 Nr. 3 BDSG a.F.) und das KunstUrhG (§ 22 S. 1 KunstUrhG) sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht geprüft. Wichtig ist, dass künftig (seit 28.5.2018) der Maßstab der § 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO ist. Hinzu kommt, dass die Frage der Rechtswidrigkeit stark von der Technik der eingesetzten Dashcam abhängt. Im BGH-Fall lag eine permanente anlasslose Aufzeichnung des gesamten Geschehens auf und entlang der Fahrtstrecke vor. Ein späteres Überschreiben der Daten erfolgte nicht. Dashcams können aber so gesteuert werden, dass sie anlassbezogen aufzeichnen, z.B. durch Kopplung an Sensoren der Autotechnik. Zudem können Personen am Fahrbahnrand verpixelt werden, nur kurze Speicherzeiten erfolgen und ein extra Knopf für eine längere, anlassbezogene Speicherung (action button/action voice control button) eingebaut werden. Durch derartige Maßnahmen kann schon die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung anders ausfallen als im BGH-Fall 2018.

Selbst wenn die Beweisgewinnung rechtswidrig ist, muss in einem zweiten Schritt die Verwertbarkeit im Prozess geprüft werden. Hier ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), evtl. auch das auf Gewährung rechtlichen Gehörs betroffen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch konkurrierende Grundrechte Dritter eingeschränkt werden kann. Insofern ist eine Abwägung erforderlich, bei der auch zu bedenken ist, dass das aus Art. 20 Abs. 3 GG und anderen GG-Artikeln abgeleitete Rechtsstaatsprinzip der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege eine hohe Bedeutung zumisst. Die Gerichte müssen grundsätzlich angebotene Beweise berücksichtigen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die Verpflichtung zu einer fairen Handhabung des Beweisrechts. In einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung ist zu entscheiden, welches Recht im Einzelfall überwiegt.

► **Hinweis:** Auf keinen Fall darf das Urteil des BGH ergebnisorientiert gelernt und in einer Klausur „abgespult“ werden. Es kommt auf die neue Grundlage des Datenschutzrechts (DSGVO) und auf die Art der eingesetzten Dashcam an.<sup>17</sup> Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit kommt es entscheidend auf eine gute Abwägung an. Erst wenn Sie zu einer

12 BGH, Urteil vom 15.5.2018, Az.: VI ZR 233/17 = NJW 2018, 2883.

13 AG München, NZV 2014, 276; AG München, Hinweisbeschluss vom 13.8.2014, Az.: 345 C 5551/14 = BeckRS 2014, 16291.

14 LG Heilbronn, Urteil vom 3.2.2015, Az.: I 3 S 19/14 = NJW-RR 2015, 1019.

15 OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 10.8.2017 – 13 U 851/17 = NJW 2017, 3597.

16 BGH, Urteil vom 15.5.2018, Az.: VI ZR 233/17 = NJW 2018, 2883; s. schon *Greger*, NZV 2015, 114.

17 Dazu *Giesen*, Dashcam-Aufnahmen im Zivilprozess, NZV 2020, 70, 73.

rechtswidrigen Beweisgewinnung kommen, stellt sich die Frage eines Beweisverwertungsverbotes. ◀

### Zusammenfassende Übersicht Beweisrecht

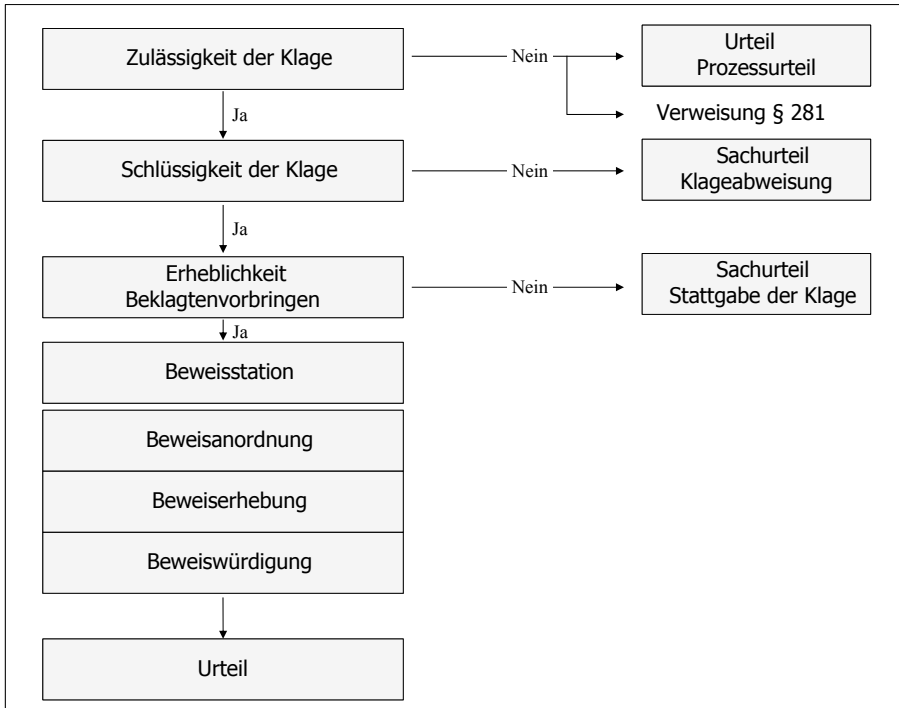


Abb. 40 Beweisrecht in der gerichtlichen Entscheidung

### Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Gibt es eine prozessuale Pflicht, der anderen Partei alle Informationen zu vermitteln, die diese nicht hat? Wie ist in der ZPO bzw. in anderen Gesetzen die Informationsbeschaffung geregelt?
- > Was ist Gegenstand des Beweises? Welche Tatsachen sind einer Beweisaufnahme entzogen?
- > Was sind zulässige Beweismittel im Strengbeweisverfahren? Eselsbrücke?
- > In welchem Fall erfolgt der Beweisantritt zwingend durch eine Partei, in welchen Fällen erfolgt eine Anordnung der Beweisaufnahme von Amts wegen?
- > Inwieweit wird im Beweisverfahren der Unmittelbarkeitsgrundsatz verwirklicht?
- > Wie erfolgt die Beweiswürdigung? Gibt es Beweisregeln?
- > Was ist das regelmäßige Beweismaß? Ist dies auch bei der Glaubhaftmachung dasselbe?
- > Was versteht man unter Beweisführungslast bzw. subjektiver Beweislast?
- > Was regelt die objektive Beweislast?

- Können Beweismittel, die unter Verletzung einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition einer Partei erlangt worden sind, in einem Prozess verwendet werden?