

Zivilakte

Dresenkamp / Sachtleber

5. Auflage 2024
ISBN 978-3-8006-7319-3
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

7 O 92/24

Flensburg, 19.12.2024

Verfügung

- 1.) Zu laden sind
 - (×) Kläger-Vertr. – EB – ,
 - (×) Bekl.-Vertr. – EB – ,
jeweils mit Abschrift des anliegenden Beweisbeschlusses
 - (×) die Beklagten persönlich
- 2.) Die Zeugen des Beweisbeschlusses mit Angabe des Beweisthemas laden – formlos –
- 3.) Wiedervorlage: zum Termin

Christiansen
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Übersicht

	Rn.
I. Entscheidungserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit	128
II. Beweisangebot	129
III. Beweisbeschluss	130
1. Zeuge	131
2. Sachverständiger	132
3. Richterlicher Augenschein, Urkunde	133
4. Partei	134

Literatur: Al-Deb'i/Weidt, Die E-Mail im Zivilprozess, JA 2017, 618; Balthasar, Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, JuS 2008, 35; Bierschenk, Privaturkunden und sonstige private Schriftstücke im Zivilprozess, JuS 2023, 928; Gottschalk, Der Zeuge N.N., NJW 2004, 2939; Greger, Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess, MDR 2014, 312; Heß/Burmann, Der Sachverständigenbeweis bei Haftpflichtprozessen, NJW 2019, 492; Kopp, Fallstricke der Tatsachenfeststellung im Zivilprozess, NJOZ 2017, 330; Muthorst, Der Beweis im Zivilprozess, JuS 2014, 686; Reimer, Anscheinsbeweis und Parteivernehmung im Verkehrszivilprozess, NZV 2018, 258; Selke, Der präsenzte Zeuge im Zivilprozess, JA 2022, 939.

I. Entscheidungserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit

- 128 Nachdem die OBH den in der Sitzung des Landgerichts Flensburg geschlossenen Vergleich innerhalb der bis zum 18.12. gesetzten Widerrufsfrist mit beim Landgericht am 16.12. eingegangenen Schriftsatz rechtzeitig widerrufen hat, war der Beweisbeschluss (§ 359 ZPO) zu fassen und am anberaumten Verkündungstermin zu verkünden (s. Schriftsatz und Beweisbeschluss oben). Vor Verkündung eines Beweisbeschlusses muss das Gericht prüfen, ob es einer Beweisaufnahme und damit eines Beweisbeschlusses überhaupt bedarf.

Die zu beweisenden Tatsachen müssen zunächst **entscheidungserheblich** sein. Das ist eine Frage des materiellen Rechts: Das **Vorbringen des Klägers muss schlüssig** sein, also – als wahr unterstellt – im Sinne des Klageantrags unter eine Anspruchsgrundlage subsumiert werden können. Wenn die Klage nicht schlüssig ist, ist sie (nach Hinweis gem. § 139 ZPO) ohne Beweisaufnahme abzuweisen; auf das Vorbringen des Beklagten kommt es dann nicht an. Die Schlüssigkeit des Vorbringens der OBH hatte das Landgericht Flensburg schon bei Erlass des Versäumnisurteils gegen die Beklagten geprüft (→ Rn. 59). Zudem muss das **Bestreiten oder Vorbringen des Beklagten erheblich** sein. Das ist der Fall, wenn der Beklagte anspruchsbegründende Tatsachen bestreitet oder wenn er selbst Tatsachen behauptet, die – als wahr unterstellt – die Entstehung des Anspruchs hindern, ihn vernichten oder seine Durchsetzung hemmen. Wenn das Bestreiten oder Vorbringen des Beklagten nicht erheblich ist, also rechtlich nicht geeignet ist, den oder die klägerischen Ansprüche (das klägerische Vorbringen kann aus mehreren Anspruchsnormen schlüssig sein, zB aus § 7 I StVG und § 823 I BGB) zu Fall zu bringen, ist der Klage ohne Beweisaufnahme (aber nach Hinweis gem. § 139 ZPO) stattzugeben. Die Erheblichkeit des Vorbringens der beklagten Eheleute Pohl hatte das Landgericht Flensburg schon bei Bewilligung der Prozesskostenhilfe für die Eheleute geprüft (→ Rn. 83).

In einem zweiten Schritt ist die **Beweisbedürftigkeit** der Tatsache zu prüfen. Zu einer Beweisaufnahme kommt es nur dann, wenn die entscheidungserheblichen Tatsachen streitig sind. Sind alle entscheidungserheblichen Tatsachen unstreitig, wobei auch §§ 138 III, 288 ZPO zu beachten sind, unterbleibt eine Beweisaufnahme. Es gibt auch **streitige Tatsachen, die keines Beweises bedürfen**: Das sind zunächst die sog. offenkundigen Tatsachen (§ 291 ZPO), nämlich die allgemein bekannten (zB die Entfernung von Flensburg nach Hamburg) und – als Unterfall der offenkundigen Tatsachen – die gerichtsbekannten Tatsachen (die der Richter aus seiner jetzigen oder früheren amtlichen Tätigkeit kennt); es besteht aber die Möglichkeit, den Gegenbeweis anzutreten.⁴⁰⁸ Keines Beweises bedürfen ferner die Tatsachen, an die das Gericht

⁴⁰⁸ BVerfG NJW 2021, 50 Rn. 15.

wegen einer rechtskräftigen Entscheidung (§ 322 ZPO; → Rn. 199) oder wegen der Interventionswirkung des § 68 ZPO (→ Rn. 113) gebunden ist. Eine Tatsache ist zudem dann nicht beweisbedürftig, wenn sie infolge einer gesetzlichen (§ 292 ZPO) oder tatsächlichen Vermutung vermutet wird. Weil (widerlegbare) Vermutungen letztlich nur zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast führen, kann es hier aber zu einer Beweisaufnahme über die Vermutungsbasis oder über die Widerlegung bzw. Erschütterung der Vermutung kommen (näher → Rn. 161 f.). Auch im Falle einer Beweisvereitelung kann das Gericht die Tatsache als bewiesen ansehen (s. §§ 371 III, 427, 441 III 3, 444, 446 ZPO; näher Rn. 163). Schließlich kann eine Beweisaufnahme über solche Tatsachen entbehrlich sein, die der gerichtlichen Schätzung unterliegen (§ 287 ZPO; näher → Rn. 164). Dass nur über Tatsachenbehauptungen und nicht über Rechtsfragen Beweis erhoben wird, versteht sich von selbst (Ausnahme: Anwendung fremden Rechts, § 293 ZPO).

Wichtig: Beweis wird nicht erhoben über unsubstantiierten oder sonst unbeachtlichen Parteivortrag. Das ist etwa der Fall, wenn er verspätet ist (→ Rn. 135 ff.) oder wenn jegliche tatsächliche (greifbare) Anhaltspunkte für sein Vorliegen fehlen (→ Rn. 73). Will sich die Partei im letzteren Fall durch Beweisangebot erst Hinweise für weiteren Vortrag verschaffen, spricht man von einem **unzulässigen Ausforschungsbeweis**.⁴⁰⁹

II. Beweisangebot

Wegen des Beibringungsgrundsatzes erhebt das Gericht grundsätzlich nur dann Beweis, wenn (rechtzeitig, §§ 296, 296a ZPO) ein ordnungsgemäßes Beweisangebot der Partei vorliegt (Ausnahmen: §§ 142, 144, 448 ZPO). Die Beweisführung ist grundsätzlich nur mit den in der ZPO genannten Beweismitteln („SAPUZA“: Sachverständiger, Augenschein, Parteivernehmung, Urkunde, Zeuge, zudem die amtliche Auskunft gem. §§ 273 II Nr. 2, 358a S. 2 Nr. 2 ZPO; eine Versicherung an Eides statt ist nur zur Glaubhaftmachung zugelassen, § 294 ZPO) und unter Beachtung des vorgeschriebenen Verfahrens (§§ 355 ff. ZPO) möglich (**Strengbeweis**). Das Freibeweisverfahren kommt nur bei den von Amts wegen zu prüfenden Umständen (bspw. § 56 ZPO, → Rn. 23) oder bei Einverständnis beider Parteien in Betracht (§ 284 I 2 ZPO). Dabei kann das Gericht unabhängig von Beweisangeboten der Parteien jedes ihm geeignet erscheinende Beweismittel heranziehen; die Anforderungen an das Beweismaß, also an die richterliche Überzeugungsbildung, werden aber nicht reduziert.⁴¹⁰

Das Beweismittel muss konkret bezeichnet werden, wobei sich die Form des Beweisangebotes nach dem jeweiligen Beweismittel richtet (Augenschein: § 371 ZPO; Zeuge: § 373 ZPO; Sachverständiger: § 403 ZPO; Urkunden: §§ 420, 421 ZPO; Parteivernehmung: §§ 445, 447 ZPO). Bei einem Zeugenbeweis bspw. genügt die Angabe „N.N.“ den Anforderungen des § 373 ZPO grundsätzlich nicht und ist unbeachtlich.⁴¹¹ Ist der Zeuge aber aus dem sonstigen Inhalt des Parteivorbringens hinreichend individualisierbar, hat das Gericht eine Frist gem. § 356 ZPO zur Behebung des Mangels zu setzen.⁴¹² Das nach Ablauf der Frist vervollständigte Beweisangebot ist nur zu berücksichtigen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird (vgl. auch § 296 II ZPO). Nach § 356 ZPO ist auch zu verfahren, sofern (nur) eine ladungsfähige Anschrift fehlt.⁴¹³ Einem ordnungsgemäßen Beweisantrag muss das Gericht grundsätzlich nachgehen. Von einer Beweisaufnahme darf es nur absehen, wenn ein Ablehnungsgrund vorliegt, wobei sich die Rechtsprechung an der Vorschrift des § 244 III, IV StPO orientiert.⁴¹⁴ Danach können etwa ungeeignete oder unerreichbare Beweismittel zurückgewiesen werden, wobei größte Zurückhaltung geboten ist, da eine vorweggenommene Beweismüdigung unzulässig ist (Verstoß gegen Art. 103 I GG).⁴¹⁵ Klausurrelevant können Fälle sein, in denen die Beweiserhebung unzulässig ist (§ 244 III 2 StPO analog). Ob ein **Beweis-**

409 BVerfG NJW 2009, 1585 (1586); BGH NJW-RR 2018, 1150 (1152).

410 BGH NJW 2003, 1123 (1124).

411 BGH BeckRS 2014, 23594.

412 BGH NJW 1998, 2368 (2369).

413 BGH NJW 1993, 1926 (1927).

414 BGH NJW 2003, 2527 (2528).

415 BGH NJW 2018, 2803 (2804); NJW-RR 2019, 380 (381).

verbot vorliegt, kann im Freibeweisverfahren geklärt werden.⁴¹⁶ Die Rechtsprechung hatte sich in den letzten Jahren insbesondere mit Fällen zu befassen, in denen die Beweiserhebung einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen aus Art. 2 I, 1 I GG darstellt. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel ist in der ZPO nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die ZPO kennt damit auch kein ausdrückliches prozessuales Erhebungs- und Verwertungsverbot; die Unzulässigkeit der Informationsgewinnung führt nicht ohne Weiteres zu einem Verbot der Verwertung im gerichtlichen Verfahren.⁴¹⁷ Über die Frage der Zulässigkeit der Beweiserhebung und -verwertung ist vielmehr aufgrund einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, wobei das stets vorhandene Interesse an der Beweisführung für sich genommen ungenügend ist.⁴¹⁸ Die Zurückweisung eines unzulässigen Beweisantrags erfolgt nicht durch Beschluss, sondern wird in den Entscheidungsgründen des Urteils begründet.

Beispiele: Die Vernehmung eines Zeugen über den Inhalt eines heimlich mitgehörten Telefonats (in der widerspruchslosen Entgegennahme des Hinweises auf ein „Lautstellen“ des Gesprächs soll eine Zustimmung liegen⁴¹⁹) ist grundsätzlich unzulässig, es sei denn, der Beweisführer befand sich in einer notwehrähnlichen Situation iSv § 227 BGB bzw. § 32 StGB;⁴²⁰ die Verwertung eines heimlich erstellten umfassenden GPS-Bewegungsprofils ist grundsätzlich unzulässig,⁴²¹ ebenso die Verwertung von heimlich erstellten Videoaufnahmen von Wohnungseingangsbereichen zum Nachweis einer unberechtigten Gebrauchsüberlassung an Dritte⁴²²; die Inaugenscheinnahme einer mit einer Minikamera („Dashcam“) im öffentlichen Straßenverkehr angefertigten Videoaufnahme ist hingegen grundsätzlich zulässig (trotz Verstoßes gegen § 4 BDSG aF)⁴²³.

III. Beweisbeschluss

- 130 Eine Beweisanordnung erfolgt mit dem **förmlichen Beweisbeschluss** nach § 358 ZPO, wenn die Beweisaufnahme „ein besonderes Verfahren“ erfordert. Das liegt nach hM schon vor, wenn die Beweisaufnahme nicht sofort, sondern erst in einem anderen Termin durchgeführt werden kann. Ansonsten kann das Gericht vor der Beweisaufnahme auch eine formlose Beweisanordnung erlassen (Beispiel: Eine Partei bringt einen Zeugen zum Termin mit, sog. sistierter Zeuge, oder ein Zeuge ist prozessleitend geladen, § 273 II Nr. 4 ZPO). Bei der Parteivernehmung ist ein förmlicher Beweisbeschluss indes immer nötig (§ 450 I 1 ZPO). Ein Beweisbeschluss kann unter den Voraussetzungen des § 358a ZPO auch schon vor einer mündlichen Verhandlung ergehen (Beschleunigungsmaxime, zB bei Verkehrsunfallprozessen, wenn nach dem Vorbringen der Parteien ein verkehrstechnisches Gutachten zum Hergang des Verkehrsunfalls einzuholen ist). Nach § 360 ZPO kann der Beweisbeschluss jederzeit geändert werden. Als prozessleitende Anordnung ist er für das Gericht nicht bindend (§ 318 ZPO gilt nicht), kann also jederzeit aufgehoben bzw. nicht durchgeführt werden (das ist dann ggf. im Urteil zu begründen).

Der **Inhalt des förmlichen Beweisbeschlusses** ergibt sich aus § 359 ZPO. Danach sind die Beweisthemen (Nr. 1), die Beweismittel (Nr. 2) und (ohne Rücksicht auf die Beweislast) die den Beweis antretende Partei (Nr. 3) anzugeben. Das Landgericht Flensburg hat das bei seinem Beweisbeschluss beachtet (s. Beschluss oben): Es hat in Ziffer 1. die streitigen Tatsachen (Beweisthemen), die Zeugen Fuchs und Rösch (Beweismittel) und die jeweils Beweis antretende Partei aufgeführt. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Beklagten (Ziffer 3. des Beweisbeschlusses) beruht auf § 273 II Nr. 3 ZPO, weil jeder Beweistermin zugleich auch

⁴¹⁶ BGH NJW 2003, 1123 (1124).

⁴¹⁷ BGH GRUR-RS 2024, 14074 Rn. 37.

⁴¹⁸ BVerfG NJW 2002, 3619 (2624); BGH NJW 2018, 2883 (2886 f.); GRUR-RS 2024, 14074 Rn. 38 f. **Klausurtyp:** Überbl. bei Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 286 Rn. 7 f.

⁴¹⁹ OLG Koblenz MDR 2014, 743.

⁴²⁰ BGH NJW-RR 2010, 1289 (1292).

⁴²¹ BGH NJW 2013, 2668.

⁴²² BGH NZM 2024, 604.

⁴²³ BGH NJW 2018, 2883. Entsprechendes soll für die Aufnahmen einer stationären Webcam gelten: OLG Saarbrücken NJW 2023, 1065 Rn. 32 ff.

ein Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung ist (vgl. § 370 I ZPO und Ziffer 2. des Beweisbeschlusses oben). In der gerichtlichen Praxis werden die Beweisthemen häufig nicht so detailliert wie in dem Beweisbeschluss des Landgerichts Flensburg (und zudem nicht in einer Gegenüberstellung), sondern allgemeiner gefasst, um die Zeugen, denen das Beweisthema in der Ladung mitgeteilt wird (vgl. § 377 II Nr. 2 ZPO), nicht zu beeinflussen (bspw.: „Es soll Beweis über den Hergang des Verkehrsunfalls vom ... oder über den Inhalt des Vertragsgesprächs vom ... erhoben werden“).

Prozessleitende Anordnungen nach § 273 II ZPO können auch außerhalb eines Beweisbeschlusses zum Zwecke der Beweisanordnung ergehen. Das Verfahren ist einfacher und legt das Gericht weniger fest als der förmliche Beweisbeschluss nach den §§ 358, 359 ZPO (wegen der einzelnen Maßnahmen nach § 273 II ZPO → Rn. 44).

1. Zeuge

Der Zeugenbeweis wird auf Antrag einer Partei angeordnet (§ 373 ZPO). Zeuge kann im Prozess nur sein, wer nicht als Partei zu vernehmen ist. Als Partei zu vernehmen ist auch der gesetzliche Vertreter der prozessunfähigen Partei (§ 455 I 1 ZPO), also bspw. das Vertretungsorgan einer juristischen Person (GmbH-Geschäftsführer; Vorstand einer AG) sowie ein vertretungsberechtigter Gesellschafter einer parteifähigen Personengesellschaft. Der Geschäftsführer Rist könnte nicht Zeuge sein, weil er Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der klagenden OBH ist, anders die Kommanditisten (§ 170 I HGB). Die minderjährige oder geschäftsunfähige (und damit prozessunfähige) Partei ist im eigenen Verfahren Zeuge. Für Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, kann anderes gelten, weil diese ggf. gem. § 455 II ZPO als Partei vernommen werden können. 131

In Abgrenzung zum Sachverständigen ist der Zeuge jemand, der eigene Wahrnehmungen über vergangene Zustände und Tatsachen schildern kann, weil er „dabei“ war. Es ist nicht seine Aufgabe, aufgrund von Erfahrungssätzen oder besonderen Fachkenntnissen Schlussfolgerungen zu ziehen.⁴²⁴ Der Zeuge kann nicht durch einen anderen ersetzt werden. Der Sachverständige ist jemand, der Fachwissen zur Beurteilung von Tatsachen vermitteln soll, sodass seine Sachkunde durch eine andere Person ersetzt werden kann. Der **sachverständige Zeuge** ist jemand, der „dabei“ war und Sachkunde besitzt. Für ihn gelten die Vorschriften über den Zeugenbeweis, soweit er eigene Wahrnehmungen schildert (§ 414 ZPO).

Für Zeugen soll das Gericht grundsätzlich einen **Auslagenvorschuss** für die nach dem JVEG (Habersack Nr. 116) zu leistende Zeugenentschädigung verlangen. Den Vorschuss hat nach § 379 ZPO der Beweisführer, also (ohne Rücksicht auf die Beweislast) die Partei, die den Beweis angeboten hat (s. § 359 Nr. 3 ZPO), zu erbringen. Die Beweislast bestimmt den Vorschussschuldner dann, wenn beide Parteien denselben Zeugen benennen.⁴²⁵ Die Forderung eines Auslagenvorschusses steht nach § 379 ZPO im Ermessen des Gerichts. Sie kann etwa bei kurzfristigen Zeugenladungen (wie in den Fällen der §§ 273, 358a ZPO) unterbleiben. Die Vorschusspflicht entfällt auch dann, wenn der Beweisführer eine (gesetzlich nicht geregelte) „Gebührenverzichtserklärung“ des Zeugen vorlegt.⁴²⁶ Bei der **Höhe des Vorschusses** sind die voraussichtlichen Auslagen des Zeugen (wie Fahrt- und Übernachtungskosten, Verdienstaustausch) auf einen runden Betrag zu schätzen. Für die Vorschusszahlung ist eine Frist zu bestimmen, in Anwaltsprozessen idR drei Wochen. Wenn sie nicht eingehalten wird, unterbleibt die Ladung, sofern die Zahlung nicht so zeitig nachgeholt wird, dass die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens durchgeführt werden kann (§ 379 S. 2 ZPO). Ob eine Verfahrensverzögerung eintreten würde, ist unter Berücksichtigung der zur Präklusion von Parteivortrag und Beweisanträgen entwickelten Grundsätze (§ 296 ZPO) zu bestimmen.⁴²⁷ Das Gericht muss den Zeugen also laden, wenn die Ladung vor dem Termin noch rechtzeitig ausgeführt werden kann (Prozessförderungspflicht des Gerichts, → Rn. 135). Eine unterbliebene oder verspätete Vorschusszahlung führt nicht zu einem automatischen Ausschluss des Beweismit-

424 BGH NJW 2013, 3570 (3572).

425 BGH GRUR 2010, 365 (367).

426 OLG München NJW 1975, 2108.

427 BGH NJW-RR 2011, 526 (527).

tels. Der Beweisführer kann den Zeugen im Termin stellen oder in der mündlichen Verhandlung an dem Beweisangebot festhalten, das dann nur unter den Voraussetzungen des § 296 II ZPO als verspätet zurückgewiesen werden kann.⁴²⁸

Bei dem Beweisbeschluss des Landgerichts Flensburg (s. oben) fällt auf, dass kein Auslagenvorschuss für die Zeugen Fuchs und Rösch verlangt wird (übliche Formulierung: „Die Zeugen werden nur geladen, wenn jede Partei für die von ihr benannten Zeugen binnen einer Frist von 3 Wochen einen Auslagenvorschuss iHv ... Euro einzahlt oder eine Verzichtserklärung der Zeugen einreicht“). Das hängt zunächst damit zusammen, dass den beklagten Eheleuten Pohl Prozesskostenhilfe bewilligt worden ist und sie Gerichtskosten, wozu auch die Zeugenauslagen gehören, gem. § 122 I Nr. 1a ZPO nur nach den in dem PKH-Beschluss getroffenen Bestimmungen zahlen müssen (→ Rn. 80). Weil aber auch die klagende OBH den Zeugen Fuchs benannt hat, musste das Gericht prüfen, ob nicht zumindest von ihr für diesen Zeugen ein Vorschuss zu verlangen war. Dabei hilft nicht § 122 II ZPO, weil der Wortlaut eindeutig ist und den Gegner nur dann von der Vorschusspflicht befreit, wenn dem *Kläger* Prozesskostenhilfe bewilligt wurde. Es hilft aber die Frage nach der Beweislast, die immer zu stellen ist, wenn beide Parteien denselben Zeugen benannt haben: Die beklagten Eheleute Pohl tragen die Beweislast, weil sie behaupten, dass der von ihnen unstreitig erteilte Auftrag zur Erstellung eines OBH-Hauses noch vor der Kündigung vom 30.4. nachträglich einvernehmlich aufgehoben worden sei (rechtsvernichtende Einwendung; zur Beweislast → Rn. 159 ff.).

2. Sachverständiger

- 132 Der Sachverständigenbeweis, für den grundsätzlich die Vorschriften über den Zeugenbeweis gelten (§ 402 ZPO), wird auf Antrag einer Partei (§ 403 ZPO) oder von Amts wegen angeordnet (§§ 144 I 1, 273 II Nr. 4 ZPO). Letzteres steht im Ermessen des Gerichts und kommt immer dann in Betracht, wenn dem Gericht die eigene Sachkunde fehlt, um aus den vorgetragenen oder festgestellten Tatsachen schließen zu können, ob ein Anspruch besteht. Das ist idR im Bau- und Verkehrsunfallprozess der Fall, wenn es bspw. um die Überprüfung von Mängeln oder die technische Rekonstruktion eines Unfalls geht. Eine amtswegige Anordnung eines Sachverständigengutachtens ist aber unzulässig, wenn ein entsprechender Beweis Antrag einer Partei unzulässig wäre. § 144 ZPO befreit die Parteien auch nicht von ihrer Darlegungs- und Beweislast. Stellt die beweispflichtige Partei (trotz richterlichen Hinweises nach § 139 ZPO) keinen Beweis Antrag, ist es daher nicht ermessensfehlerhaft, von der Einholung eines Gutachtens von Amts wegen abzusehen.⁴²⁹ Häufig reichen die Parteien ein sog. **Privatgutachten** ein. Grundsätzlich handelt es sich dabei nur um substantiierten Parteivortrag, ggf. kann der Privatgutachter als sachverständiger Zeuge vernommen werden (zur Abgrenzung Zeuge, sachverständiger Zeuge und Sachverständiger → Rn. 131).⁴³⁰ Nach Ansicht des BGH kann es ausnahmsweise als Beweismittel (Urkundenbeweis) verwertet werden, wenn beide Parteien zustimmen.⁴³¹ Ein im Rahmen eines **selbstständigen Beweisverfahrens** (§§ 485 ff. ZPO) eingeholtes Gutachten ist bei Parteidentität im Prozess nicht als Urkundenbeweis, sondern wie nach einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht zu verwerten (§ 493 ZPO). Im Übrigen kann die schriftliche Begutachtung durch die Verwertung eines Gutachtens aus anderen gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Verfahren ersetzt werden (§ 411a ZPO).

Die Auswahl des Sachverständigen und seine Anleitung sind Sache des Gerichts (§§ 404 I, 404a ZPO), bei Einvernehmen der Parteien über die Person eines Sachverständigen muss es dem folgen (§ 404 V ZPO). Den Gerichten liegen idR Sachverständigenlisten für die einzelnen Gewerke vor, ggf. können die Industrie- und Handelskammer, die Handwerkskammer oder sonstige Kammern um die Benennung eines geeigneten Sachverständigen gebeten werden. Von diesen Kammern werden Sachverständige öffentlich bestellt und vereidigt; diese sind bei

428 BVerfG NJW-RR 2004, 1150 (1151); OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 03609; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 15949.

429 BGH NJW-RR 2019, 719 (720 f.).

430 BGH NJW-RR 2008, 1252; Thomas/Putzo/Seiler ZPO Vorb. § 402 Rn. 5.

431 BGH NJW 1993, 2382 (2383).

der Auswahl zu bevorzugen (§ 404 III ZPO) und zur Erstattung des Gutachtens verpflichtet (§ 407 I ZPO). Der Sachverständige wird im Beweisbeschluss zur Erstattung seines Gutachtens üblicherweise wie folgt beauftragt: *„Es soll Beweis durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens darüber erhoben werden, ob die vom Beklagten behaupteten Mängel ... vorliegen. Zur Sachverständigen wird Frau Dipl.-Ing. ... bestellt“*.

Statt eines schriftlichen Gutachtens (§ 411 ZPO) kann der Sachverständige auch zur Erstattung eines mündlichen Gutachtens im Termin geladen werden, das ist bei einfachen Beweisfragen häufig angezeigt (Beschleunigungsmaxime). Wenn eine Partei die Einholung eines Gutachtens beantragt (also nicht bei einem Vorgehen nach § 144 ZPO), sollte das Gericht die Zahlung eines Auslagenvorschusses verlangen (§§ 402, 379 ZPO), die Vergütung des Sachverständigen nach dem JVEG (Habersack Nr. 116; § 413 ZPO) liegt idR erheblich höher als die Zeugenentschädigung (übliche Formulierung: *„Die Sachverständige wird nur beauftragt, wenn der Kläger binnen einer Frist von 3 Wochen einen Auslagenvorschuss von ... Euro einzahl.“*). Zur Haftung des Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten s. § 839a BGB.

3. Richterlicher Augenschein, Urkunde

Der Beweis durch richterlichen Augenschein wird auf Antrag einer Partei (§ 371 ZPO) oder von Amts wegen (§ 144 I 1 ZPO) angeordnet. Letzteres kann bei Verkehrsunfällen geboten sein, um sich vom Unfallort ein eigenes Bild zu machen, ebenso bei Bau- oder Mietmängeln. Dabei kann ein Sachverständiger hinzugezogen werden (§ 372 I ZPO). 133

Der Urkundenbeweis wird vom Beweisführer durch die Vorlegung der Urkunde angetreten (§ 420 ZPO). Wenn der Gegner sie in Besitz hat, erfolgt der Beweisantritt durch den Antrag, dass dieser sie vorlegt (sog. Vorlegungsverfahren nach §§ 421 ff. ZPO; s. auch §§ 428 ff. ZPO für das Verfahren bei Vorlegung durch Dritte und § 142 ZPO bei einer Anordnung der Urkundenvorlegung von Amts wegen). Urkunden iSd §§ 415–419 ZPO sind durch Schriftzeichen verkörperte Gedankenerklärungen.

Die ZPO kennt die **Privaturkunde** (§ 416 ZPO) und die **öffentliche Urkunde** (§§ 415, 417, 418 ZPO). Die öffentliche Urkunde ist ein von Behörden oder von mit öffentlichem Glauben versehenen Personen (zB Notare) erstelltes Zeugnis über Erklärungen Dritter (§ 415 ZPO), über behördliche Erklärungen und Entscheidungen (§ 417 ZPO) und über Wahrnehmungen (§ 418 ZPO). Privaturkunden iSv § 416 ZPO sind die sonstigen Urkunden. Bei Privaturkunden muss zum Beweisantritt grundsätzlich das Original (die Urschrift) vorgelegt werden, es sei denn, der Gegner rügt die Vorlage der Kopie nicht und bestreitet auch nicht deren Übereinstimmung mit dem Original.⁴³² Im Übrigen kann das Gericht die Vorlage einer Kopie, die grundsätzlich nur der Substantiierung des Parteivortrags dient, nach § 286 I ZPO in die freie Beweiswürdigung einfließen lassen.⁴³³ Bei öffentlichen Urkunden genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift (§ 435 ZPO), ggf. sogar der Ausdruck eines öffentlichen elektronischen Dokuments (§§ 416a, 371a III, 298 III ZPO). Unter den Voraussetzungen des § 371b ZPO werden auch gescannte öffentliche Urkunden den Originalen gleichgestellt.

In Abgrenzung zu Urkunden fehlt es Augenscheinsobjekten etwa an der Schriftlichkeit (Ton- und Videoaufnahmen; Fotografien) oder der Verkörperung (elektronische Dokumente). Elektronischen Dokumenten kann aber unter den Voraussetzungen des § 371a ZPO die Beweiskraft von Urkunden zukommen.

Wenn **Beiakten** (Akten eines anderen Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde) beigezogen werden, können diese auf Antrag als Urkunden nach § 418 ZPO verwertet werden. Mit einer dort protokollierten Zeugenaussage (bspw. in einem Ermittlungs- oder Strafverfahren) wird aber nur bewiesen, dass der Zeuge das so und nicht anders gesagt hat, nicht aber, dass die Aussage auch richtig und vollständig ist. Daraus (und aus dem Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit, § 355 I 1 ZPO) folgt, dass jede Partei beanspruchen kann, dass der Zeuge im Zivilprozess unmittelbar zu vernehmen ist.⁴³⁴

432 BGH NJW-RR 2006, 847 (849).

433 OLG Schleswig BeckRS 2009, 27131.

434 BGH BeckRS 2011, 29059.

4. Partei

- 134 Nach § 445 I ZPO ist auf Antrag der beweisbelasteten Partei der nicht beweisbelastete Gegner als Partei zu vernehmen, wenn der Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist oder andere Beweise nicht angetreten sind. Die **Parteivernehmung des Gegners** setzt mithin voraus, dass zunächst alle anderen Möglichkeiten des Beweises ausgeschöpft worden sind (vgl. § 450 II ZPO), dass also andere Beweismittel nicht zur Verfügung stehen oder keinen Beweis erbracht haben (sog. Subsidiarität der Parteivernehmung). Nach § 455 I ZPO kann als Partei nur die prozessfähige Partei (vorbehaltlich § 455 II ZPO) vernommen werden, bei Prozessunfähigkeit ist die Partei als Zeuge und ihr gesetzlicher Vertreter als Partei zu vernehmen (→ Rn. 131).

Fall: Der missglückte Gegenbeweis

Der Zeuge Rösch bestätigt die Behauptung der Eheleute Pohl, dass der Auftrag einvernehmlich aufgehoben worden sei. Der Zeuge Fuchs erinnert sich nur vage und vermag die Richtigkeit der Aussage des Zeugen Rösch nicht auszuschließen. Rechtsanwalt Müller befürchtet, dass das Gericht dem Zeugen Rösch glauben wird. Er beantragt deshalb Parteivernehmung der Eheleute Pohl.

Nach § 445 I ZPO hat nur die beweispflichtige Partei Anspruch auf Vernehmung des Gegners, wengleich sie nicht erzwungen werden kann (§ 446 ZPO) und in der Praxis aus prozessaktischen Gründen selten vorkommt. Beweispflichtig für ihre Behauptung, dass der von ihnen erteilte Auftrag nachträglich einvernehmlich aufgehoben worden sei, sind aber die Eheleute Pohl (s. zur Beweislast → Rn. 159 ff.). Der Antrag der OBH auf Parteivernehmung der Eheleute Pohl ist mithin nicht zulässig, wie überhaupt die Parteivernehmung als Gegenbeweis unzulässig ist (§ 445 II ZPO; Ausnahme: § 292 S. 2 ZPO). Wo also das Gegenteil bereits anderweitig erwiesen ist, ist eine Parteivernehmung des Gegners als Mittel des Gegenbeweises unzulässig. Der Sinn ist, dass keiner Partei zuzumuten ist, trotz des Erfolges der eigenen Beweisführung dieses ihr günstige Prozessergebnis durch eine eigene Aussage infrage stellen zu müssen.

Die **eigene Parteivernehmung** der beweispflichtigen Partei ist nach § 447 ZPO nur mit Zustimmung des Gegners zulässig, die in der gerichtlichen Praxis so gut wie nie erteilt wird. Ein Antrag auf eigene Parteivernehmung ist daher idR als eine Anregung an das Gericht zu verstehen, eine **Parteivernehmung von Amts wegen** nach § 448 ZPO durchzuführen. Auch der nach § 445 II ZPO unzulässige Beweisantrag des Rechtsanwalts Müller (s. Fall oben) kann als entsprechende Anregung gesehen werden. Denn nach § 448 ZPO spielt die Beweislast keine Rolle. § 448 ZPO ist als Ausnahmevorschrift (Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes) tendenziell zurückhaltend anzuwenden. Bereits dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass die Parteivernehmung von Amts wegen erst nach Erhebung der angebotenen Beweise in Betracht kommt (Grundsatz der Subsidiarität). § 448 ZPO setzt nach der Rechtsprechung als ungeschriebene Voraussetzung zudem voraus, dass für die zu beweisende Tatsache noch kein voller Beweis geführt ist, jedoch für die Richtigkeit eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht (sog. **Anbeweis**).⁴³⁵ Wenn im obigen Fall das Gericht dem Zeugen Rösch glaubt und mithin von der Wahrheit der Behauptung der Eheleute Pohl überzeugt ist, findet § 448 ZPO keine Anwendung.

Die Entscheidung über die Anordnung der Parteivernehmung von Amts wegen liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Aus dem Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit (Art. 103 I, 2 I iVm 20 III, 3 I GG, Art. 6 I EMRK) kann sich ergeben, dass einer Partei, die sich in Beweisnot befindet, Gelegenheit gegeben werden muss, ihre Sicht der Dinge persönlich in den Prozess einzuführen. Das ist nach der Rechtsprechung des BGH dann der Fall, wenn die Partei für den Inhalt eines **Vier-Augen-Gesprächs** – anders als die Gegenpartei – keinen Zeugen benennen kann.⁴³⁶ Ein Vier-Augen-Gespräch in diesem Sinne liegt nur dann vor, wenn das Gespräch mit einem Vertreter der gegnerischen Partei geführt wurde. Macht bspw. ein Bankkunde Ansprüche gegen die Bank wegen Falschberatung geltend, kann die

⁴³⁵ BGH NJW 2017, 3367 (3368); NJW 2020, 776 Rn. 21.

⁴³⁶ BGH NJW 2010, 3292 (3293); s. auch BVerfG NJW 2001, 2531; EGMR NJW 1995, 1413.