

**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG

# **Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess**

Eine Anleitung für die gerichtliche  
und anwaltliche Praxis

Von

**Dr. Christian Balzer**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D., Düsseldorf

und

**Dr. Bianca Walther**

Richterin, Landgericht Düsseldorf

4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage

**ERICH SCHMIDT VERLAG**

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über [dnb.d-nb.de](http://dnb.d-nb.de) abrufbar.

**Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**  
[ESV.info/978-3-503-18156-8](http://ESV.info/978-3-503-18156-8)

1. Auflage 2001
2. Auflage 2005
3. Auflage 2011
4. Auflage 2018

Gedrucktes Werk: ISBN 978-3-503-18156-8  
eBook: ISBN 978-3-503-18157-5

Alle Rechte vorbehalten  
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2018  
[www.ESV.info](http://www.ESV.info)

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen  
der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch  
bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht  
sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm  
Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Satz: multitext, Berlin  
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Hubert & Co., Göttingen

## Vorwort

Dieses Buch wendet sich an Richter, zumal junge Richter, an Schiedsrichter, Rechtsanwälte und Referendare. Es versucht, ein für sie geläufiges Thema systematisch darzustellen und ihnen für die gedankliche Vorbereitung und Organisation der Beweisaufnahme, für ihr Vorgehen im Beweistermin und für die Beweiswürdigung Ratschläge und Anregungen zu geben. Sie sollen zu allen relevanten Fragen eine brauchbare Antwort vorfinden. Als Wegweiser dienen ein ausführliches Inhaltsverzeichnis und ein umfangreiches Stichwortregister.

Die Vorgabe des Verlages lautete schon für die erste Auflage des Buches dahin, es solle weniger akademisch daherkommen als vielmehr auf dem breiten Horizont richterlicher Erfahrung beruhen. So liegen der Darstellung in erster Linie die Früchte der mehrere Jahrzehnte dauernden Praxis eines Zivilrichters zugrunde. Entsprechend seiner Vorgabe hat der Verlag es begrüßt, dass nunmehr zum Gelingen des Werkes auch die Sicht einer jungen Richterin mit mehrjähriger Erfahrung einer Rechtsanwältin beiträgt.

Die Auseinandersetzung mit Lehrmeinungen in Literatur und Rechtsprechung tritt in unserem Buch in den Hintergrund. Ohne solche Beschränkung erscheint es heutzutage unmöglich, einen juristischen Themenkomplex in handlicher Form darzubringen. Die Flut der zu jeder Einzelfrage vorhandenen Urteile und Kommentare droht jede Übersichtlichkeit hinwegzuspülen. Deshalb wurden hier nur wenige Zitate hinzugesetzt, nämlich wenn auf die Problematik des gerade behandelten Punktes hingewiesen werden sollte, für die Meinung der Verfasser eine Rechtfertigung nötig erschien oder der Leser durch das Fundstellenzitat auf eine tiefer gehende Behandlung des angesprochenen Komplexes hingelenkt werden sollte. Insbesondere Rechtsprechungszitate bleiben auf Entscheidungen oberster Gerichte beschränkt.

In dieser vierten Auflage sind vor allem die Kapitel über die Grundlagen des Beweisrechts, über das Verhältnis der Erklärung mit Nichtwissen zum Bestreiten und zu häufigen Fehlern des Beweisverfahrens im Lichte von Berufungsrügen neu gestaltet. Die Ausführungen zur Zeugnisverweigerung durch Angehörige wurden überarbeitet und durch eine schematische Darstellung im neuen Anhang 2 ergänzt.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist nach ihrem Stand bis Anfang 2018 eingearbeitet. Als Fundstelle wird weiterhin die NJW bevorzugt, weil sie auf dem Gebiet des Zivil- und Zivilprozessrechts nun einmal weiter verbreitet und leichter zugänglich ist als andere Publikationen. In Ergänzung zu den Fundstellen in der NJW sind in einem neuen Register die gerichtlichen Entscheidungsdaten zusammengestellt.

Düsseldorf, im April 2018

Christian Balzer, Bianca Walther

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Abkürzungsverzeichnis.....	15

## KAPITEL I

### Grundlagen des Beweisrechts

<b>A. Beweisverfahren bei Sachentscheidungsvoraussetzungen.....</b>	<b>19</b>
I. Prozesseinreden.....	19
II. Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen von Amts wegen.....	19
III. Fehlen der Beweisbedürftigkeit bei Koinzidenz.....	21
1. Rechtsweg und Zuständigkeit.....	21
2. Parteifähigkeit.....	21
3. Prozessführungsbefugnis.....	22
4. Feststellungsklage.....	23
5. Präklusion durch Rechtskraft.....	24
IV. „Zulässigkeit per se“.....	24
<b>B. Beweis im Rahmen der Sachentscheidung.....</b>	<b>25</b>
I. Einleitung.....	25
II. Die Verteilung von Darlegungslast und Beweislast im materiellen Recht.....	25
III. Beweisbedürftigkeit.....	29
1. Keine Beweisbedürftigkeit: Feststehende Tatsachen.....	29
2. Beweisbedürftigkeit aufgrund einer Gegenerklärung.....	29
3. Allgemeine Anforderungen an den Parteivortrag (§ 138 Abs. 1 und 2).....	29
a) Vollständigkeitsgebot.....	29
b) Wahrheitsgebot.....	30
4. Besondere Vorschrift für die Einlassung des Beklagten (§ 138 Abs. 3 und 4).....	30
5. Die Erklärung mit Nichtwissen.....	31
6. Das Bestreiten.....	31
a) Unerheblichkeit aus materiell-rechtlichen Gründen.....	31
b) Materiell-rechtlich relevantes Bestreiten.....	32

## *Inhaltsverzeichnis*

aa) Grundsätzliches . . . . .	32
bb) Das Problem Substantiierung . . . . .	32
aaa) Bestreiten durch Pauschalformeln . . . . .	33
bbb) Anforderungen an die Substantiierung durch einen am Geschehen Beteiligten . . . . .	34
ccc) Erschwerungen der Bestreitenslast über § 138 Abs. 2 hinaus . . . . .	38

## KAPITEL II

### Die Beweisaufnahme

<b>A. Beweisaufnahme im Allgemeinen . . . . .</b>	<b>43</b>
I. Beweisfragen . . . . .	43
II. Die Beweismittel: Benutzung von Amts wegen oder auf Antrag . .	43
III. Beweisprogramm – Beweisantritte – Beweisfähigkeit . . . . .	44
IV. Zurückweisung von Beweisanträgen . . . . .	45
1. Mängel des unter Beweis gestellten Parteivortrags . . . . .	46
2. Zurückweisung wegen Verspätung . . . . .	47
3. Zurückweisung aus beweisrechtlichen Gründen . . . . .	48
a) Unerlaubte Beweismittel (Beweisverwertungsverbote) . . . . .	48
b) Mängel in der Bezeichnung des Beweismittels . . . . .	51
c) Voraussichtliche Unergiebigkeit des Beweismittels . . . . .	52
d) Indizienschwäche . . . . .	53
e) Isolierter Gegenbeweisantritt . . . . .	54
f) Abgeschlossene Überzeugungsbildung . . . . .	54
g) Schätzung nach § 287 . . . . .	54
4. Das Beweiserhebungsverbot des § 91 a . . . . .	56
V. Beweisanordnungen im Allgemeinen . . . . .	57
1. Der Beweisbeschluss . . . . .	57
a) Vorbemerkung . . . . .	57
b) Notwendigkeit eines Beweisbeschlusses . . . . .	58
aa) Besonderes Verfahren . . . . .	58
bb) Beweisaufnahme vor der mündlichen Verhandlung . . . . .	59
cc) Parteivernehmung . . . . .	60
2. Die vorbereitende Verfügung nach § 273 Abs. 2 bis 4 . . . . .	60
VI. Die beweisaufnehmenden Richter . . . . .	60
1. Der beauftragte Richter . . . . .	61
2. Der ersuchte Richter . . . . .	63
3. Der Vorsitzende in der Kammer für Handelssachen . . . . .	63

VII. Das Beweisaufnahmeprotokoll .....	63
1. Entbehrlichkeit des Protokolls .....	64
a) Unanfechtbarkeit des streitigen Urteils .....	64
b) Entfallen eines streitigen Urteils .....	65
2. Protokollsurrogate .....	65
a) Beweisfeststellungen im Urteil .....	65
b) Der Berichterstattervermerk .....	66
3. Die Errichtung des Protokolls .....	67
a) Grundzüge .....	67
b) Reinschrift und vorläufige Aufzeichnung .....	67
c) Unmittelbare und mittelbare Aufzeichnung .....	69
d) Genehmigung der Aufzeichnung .....	70
e) Verzicht auf Wiedergabe .....	71
4. Protokollberichtigung .....	72
a) Berichtigung des fertigen Protokolls .....	72
b) Berichtigung des unfertigen Protokolls (Protokollentwurfs) ..	74
<b>B. Die Beweismittel und ihre Erschließung im Einzelnen .....</b>	<b>76</b>
I. Einnahme des Augenscheins .....	76
1. Eigenart und Anwendungsbereich .....	76
2. Beweisanordnung .....	77
3. Protokollierung .....	78
II. Der Zeugenbeweis .....	79
1. Der Zeuge .....	79
a) Aufgaben des Zeugen .....	79
b) Zeugnisfähigkeit .....	79
c) Zeugenpflichten .....	80
aa) Erscheinenspflicht .....	80
bb) Aussagepflicht .....	82
cc) Selbstinformationspflicht .....	82
dd) Eidespflicht .....	83
ee) Aussageverbote (Beweiserhebungsverbote) .....	83
ff) Zeugnisverweigerung .....	85
aaa) Zeugnisverweigerung aus familiären Gründen (§ 383 Nr. 1–3) .....	85
bbb) Schutz vor vermögensrechtlichen Nachteilen (§ 384 Nr. 1)	87
ccc) Schutz vor sittlicher Bedrängnis (§ 384 Nr. 2) .....	87

## *Inhaltsverzeichnis*

ddd) Schutz beruflicher Schweigepflichten (§ 383 Abs. 1 Nr. 4–6) . . . . .	88
eee) Form der Aussageverweigerung und Zwischenstreit. . . . .	90
d) Entschädigungsanspruch des Zeugen. . . . .	91
aa) Fahrtkostenersatz (§ 5 JVEG) . . . . .	91
bb) Aufwandsentschädigung (§ 6 JVEG). . . . .	91
cc) Aufwendungsersatz (§ 7 JVEG). . . . .	92
dd) Entschädigung für Zeitversäumnis (§ 20 JVEG) . . . . .	92
ee) Entschädigung für Verdienstausfall (§§ 22, 19 JVEG). . . . .	92
2. Anordnung des Zeugenbeweises . . . . .	92
a) Verfügung nach § 273 Abs. 2 Nr. 4. . . . .	92
b) Beweisbeschluss . . . . .	94
c) Auslagenvorschuss . . . . .	96
d) Terminplanung . . . . .	98
3. Die Zeugenvernehmung . . . . .	100
a) Schwächen einer Zeugenaussage und Folgerungen für die Vernehmung . . . . .	100
aa) Wahrnehmung . . . . .	100
bb) Wiedergabe. . . . .	102
b) Behandlung des Zeugen . . . . .	103
c) Ermahnung und Belehrung . . . . .	105
d) Vernehmung zur Person . . . . .	106
e) Vernehmung zur Sache . . . . .	108
aa) Bericht des Zeugen „im Zusammenhang“ . . . . .	108
bb) Ergänzende Befragung des Zeugen durch das Gericht (Verhör) . . . . .	110
cc) Befragung des Zeugen durch die Parteien. . . . .	115
f) Fakultative Belehrung über Aussageverweigerungsrechte. . . . .	117
g) Vernehmung weiterer Zeugen und Gegenüberstellung . . . . .	117
h) Vernehmung ausländischer Zeugen . . . . .	118
4. Zeugenbeeidigung . . . . .	118
5. Die schriftliche Zeugenaussage . . . . .	120
6. Verwertung von Protokollen aus anderen Verfahren. . . . .	122
III. Beweis durch Sachverständige (§§ 402–414) . . . . .	122
1. Funktion des Sachverständigen . . . . .	122
2. Notwendigkeitsprüfung . . . . .	123
3. Pflichten des Sachverständigen. . . . .	124
4. Beweisanordnung . . . . .	126

## Inhaltsverzeichnis

a)	Gutachten – mündlich oder schriftlich? .....	126
b)	Verfügung oder Beweisbeschluss ?.....	127
c)	Auswahl des Sachverständigen .....	128
d)	Vorschussanordnung .....	128
aa)	Beweiserhebung auf Antrag.....	128
bb)	Beweiserhebung von Amts wegen .....	129
5.	Das mündliche Gutachten .....	129
6.	Das schriftliche Gutachten.....	130
7.	Ablehnung des Sachverständigen .....	133
a)	Allgemeines .....	133
b)	Ablehnungsgründe .....	133
c)	Das Ablehnungsgesuch .....	134
d)	Das Verfahren.....	136
8.	Vergütung des Sachverständigen .....	137
a)	Vergütungsanspruch nach dem JVEG .....	137
b)	Verlust und Kürzung des Vergütungsanspruchs.....	138
9.	Schadensersatzpflicht des Sachverständigen bei Gutachtenfehlern	140
10.	Das geborgte Gutachten.....	140
IV.	Der Urkundenbeweis (§§ 415–444) .....	141
1.	Die Urkunde .....	141
2.	Unterscheidung der Urkunden .....	141
a)	Unterscheidung nach der Herkunft.....	141
aa)	Öffentliche Urkunden .....	141
bb)	Privaturkunden.....	142
b)	Unterscheidung nach der Beweiskraft.....	143
aa)	Öffentliche Beurkundung der Erklärung Dritter (§ 415) ..	143
bb)	Öffentliche Beurkundung einer Erklärung des Autors (§ 417) .....	144
cc)	Öffentliche Beurkundung von Tatsachen (§ 418) .....	144
dd)	Privaturkunden (§ 416) .....	145
3.	Beweisführung .....	146
a)	Beweisurkunde beim Beweisführer (§ 420).....	146
b)	Beweisurkunde beim Gegner (§ 421).....	146
c)	Beweisurkunde bei einem Dritten (§ 428).....	148
4.	Urkundenprüfungsverfahren.....	149
a)	Äußere Mängel der Urkunde .....	150
b)	Echtheit der Urkunde .....	151

## *Inhaltsverzeichnis*

aa)	Urkundenechtheit im Allgemeinen . . . . .	151
bb)	Echtheit von öffentlichen Urkunden . . . . .	152
aaa)	Inländische Urkunden . . . . .	152
bbb)	Ausländische Urkunden und ihre Übersetzung. . . . .	152
ccc)	Übersetzung. . . . .	155
cc)	Echtheit von Privaturkunden. . . . .	155
aaa)	Echtheit der Namensunterschrift . . . . .	155
bbb)	Echtheit des Urkundstextes . . . . .	159
5.	Beweisvereitelung . . . . .	160
V.	Beweis durch Parteivernehmung . . . . .	160
1.	Parteivernehmung nach §§ 445–455 . . . . .	161
a)	Vernehmung des Gegners der beweisbelasteten Partei (§ 445) ..	161
aa)	Beweisführung noch unvollständig. . . . .	161
bb)	Parteivernehmung des Gegners als einziges Beweismittel .	163
cc)	Aussageverweigerung (§ 446). . . . .	163
b)	Parteivernehmung der beweispflichtigen Partei . . . . .	163
c)	Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448) . . . . .	165
2.	Der Vernehmungstermin. Beeidigung. . . . .	166
3.	Entschädigung . . . . .	168
4.	Sonderfall: Parteivernehmung nach § 287. . . . .	168
VI.	Die amtliche Auskunft . . . . .	170

## KAPITEL III

### **Beweisaufnahme und erstinstanzliches Urteil. Beweismwürdigung**

<b>A.</b>	<b>Tatbestand. . . . .</b>	<b>173</b>
<b>B.</b>	<b>Entscheidungsgründe . . . . .</b>	<b>174</b>
I.	Begründungsgegenstände . . . . .	174
II.	Die Beweismwürdigung. . . . .	175
1.	Grundsätze: § 286 . . . . .	175
2.	Systematik . . . . .	176
a)	Beweisfragen und Beweisantworten. . . . .	176
b)	Untersuchungsschritte. . . . .	177
3.	Kriterien für die Glaubhaftigkeitsprüfung von Aussagen, insbes. Zeugenaussagen. . . . .	177
a)	Problemstellung . . . . .	177
b)	Lösungsweg . . . . .	179
aa)	Negative Kriterien. . . . .	180

## Inhaltsverzeichnis

aaa) Anzeichen für Lüge .....	180
bbb) Suggestionsklima – Solidarisierungseffekt .....	182
ccc) Weitere Negativkriterien .....	183
bb) Positive Kriterien .....	186
4. Verarbeitung des Beweisergebnisses in den Entscheidungsgründen.....	188
a) Aussagen von Zeugen und Parteien.....	188
aa) Kritik an der Praxis.....	188
bb) Aufbau der Beweiswürdigung.....	189
b) Einnahme des Augenscheins.....	191
c) Sachverständigengutachten.....	192
d) Urkunden.....	192
e) Amtliche Auskunft .....	192
III. Zurückweisung von Beweisanträgen .....	192

## KAPITEL IV

### Abweichungen für besondere Verfahrensarten

<b>A. Urkunden- und Wechselprozess .....</b>	<b>195</b>
I. Prüfung der Schlüssigkeit.....	195
II. Prüfung der Statthaftigkeit.....	195
III. Begründetheit .....	197
<b>B. Berufungsinstanz .....</b>	<b>198</b>
I. Berufungsinstanz ist Tatsacheninstanz.....	198
II. Prüfungsprogramm nach § 529 .....	198
III. Prüfung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1; insbesondere Verfahrensmängel	199
1. Verstoß gegen das Öffentlichkeitsprinzip .....	200
2. Übergehen von Parteivorbringen, insbesondere Beweisanträgen ..	200
3. Unstatthafte Parteivernehmung.....	202
4. Verhandlung über das Beweisergebnis .....	202
5. Mängel in der Beweiswürdigung.....	203
a) Fehler im Verfahren.....	203
b) Inhaltliche Fehler.....	204
6. Nachträgliche Korrektur eines Beweismittels .....	205
IV. Prüfung nach § 529 Abs. 1 Nr. 2: neue Tatsachen .....	206
V. Beweisanträge und Beweiseinreden des Berufungsbeklagten.....	207
VI. Der Einzelrichter .....	207
VII. Beweisaufnahme und Berufungsurteil .....	209

<b>C. Das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff.)</b> .....	210
I. Veranlassung .....	210
1. Gefährdung eines Beweismittels (oder Zustimmung des Gegners)	210
2. Streitvermeidung .....	212
II. Verfahren .....	212
1. Antrag .....	212
2. Zuständigkeit .....	214
III. Die Entscheidung .....	214
IV. Beweiswert im Prozess .....	215
V. Kostenfragen .....	216
1. Gerichts- und Anwaltskosten .....	216
2. Streitwert .....	216
3. Kostenerstattung .....	217
<b>D. Schiedsgerichtsverfahren (§§ 1025–1066)</b> .....	218
<b>E. Beweisaufnahme im Ausland</b> .....	221
I. § 363 .....	221
1. §§ 1072 f. und die Verordnung der EG Nr. 1206/2001 .....	221
2. Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. 3. 1970 .....	222
a) Beweisaufnahme durch eine ausländische Stelle (Rechtshilfe)..	223
b) Beweisaufnahme durch Inländer im Ausland .....	223
3. Haager Übereinkommen über den Zivilprozess vom 1. 3. 1954 ...	225
4. UN-Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland vom 20. 6. 1956 .....	225
II. § 364 .....	226
<b>Anhang</b>	
Anhang 1: Muster eines Beweisbeschlusses Landgericht Berlin .....	229
Anhang 2: Zeugnisverweigerung nach § 383 Abs. 1 Nr. 3 .....	232
Anhang 3: Muster-Apostillen aus der Anlage zum Haager Übereinkommen .....	233
Anhang 4: Kriterien für die Würdigung von Aussagen .....	236
Anhang 5: Entscheidungsregister .....	237
Literaturverzeichnis .....	245
Stichwortverzeichnis .....	247