

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

5., neu bearbeitete 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 <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
[ESV.info/ 978-3-503-21274-3](http://ESV.info/)

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

Gedrucktes Werk: ISBN 978-3-503-21274-3
eBook: ISBN 978-3-503-21275-0

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2023
www.ESV.info

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: docupoint, Barleben

Vorwort

Dieses Buch wendet sich an Richter, die im Zivildezernat noch wenig Erfahrung haben, zumal junge Richter, ferner an Schiedsrichter, Rechtsanwälte und Referendare. Es versucht, ein für sie wichtiges 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 lautet dahin, das Buch 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.

Die Auseinandersetzung mit Lehrmeinungen in Literatur und Rechtsprechung tritt in diesem 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 des Verfassers eine Rechtfertigung nötig erschien oder der Leser durch das Fundstellenzitat auf eine tiefergehende Behandlung des angesprochenen Komplexes hingelenkt werden sollte. Rechtsprechungszitate bleiben auf Entscheidungen oberster Gerichte beschränkt.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist nach ihrem Stand der Veröffentlichungen bis September 2022 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 Register die gerichtlichen Entscheidungsdaten zusammengestellt.

Das Grundgesetz, die ZPO, das BGB und das Deutsche Richtergesetz wenden – weil es um die Bezeichnung einer Funktion geht und nicht um das Geschlecht der bezeichneten Personen – durchweg das generische Maskulinum an. Hier davon abzuweichen, besteht kein Anlass.

Düsseldorf, im Frühjahr 2023

Christian Balzer

Inhaltsverzeichnis

KAPITEL I

Grundlagen des Beweisrechts

A. Beweisverfahren bei Sachentscheidungsvoraussetzungen	17
I. Prozesseinreden	17
II. Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen von Amts wegen ...	17
III. Fehlen der Beweisbedürftigkeit bei Koinzidenz	19
1. Rechtsweg und Zuständigkeit	19
2. Parteifähigkeit	19
3. Prozessführungsbefugnis	20
4. Feststellungsklage	21
5. Präklusion durch Rechtskraft	22
IV. „Zulässigkeit per se“	22
B. Beweis im Rahmen der Sachentscheidung	23
I. Einleitung	23
II. Die Verteilung von Darlegungslast und Beweislast im materiellen Recht	23
III. Beweisbedürftigkeit	27
1. Keine Beweisbedürftigkeit: Feststehende Tatsachen	27
2. Beweisbedürftigkeit aufgrund einer Gegenerklärung	27
3. Allgemeine Anforderungen an den Parteivortrag (§ 138 Abs. 1 und 2)	28
a) Vollständigkeitsgebot	28
b) Wahrheitsgebot	28
4. Besondere Vorschrift für die Einlassung des Beklagten (§ 138 Abs. 3 und 4)	28
5. Die Erklärung mit Nichtwissen	29
6. Das Bestreiten	30
a) Unerheblichkeit aus materiell-rechtlichen Gründen	30
b) Materiell-rechtlich relevantes Bestreiten	31
aa) Grundsätzliches	31
bb) Das Problem Substantiierung	31
aaa) Bestreiten durch Pauschalformeln	32
bbb) Anforderungen an die Substantiierung durch einen am Geschehen Beteiligten	32
ccc) Erschwerungen der Bestreitenslast über § 138 Abs. 2 hinaus	37

Inhaltsverzeichnis

KAPITEL II

Die Beweisaufnahme

A. Beweisaufnahme im Allgemeinen	41
I. Beweisfragen	41
II. Die Beweismittel: Benutzung von Amts wegen oder auf Antrag	41
III. Beweisprogramm – Beweisantritte – Beweisfähigkeit	42
IV. Zurückweisung von Beweisanträgen	43
1. Mängel des unter Beweis gestellten Parteivortrags	44
2. Zurückweisung wegen Verspätung	45
3. Zurückweisung aus beweisrechtlichen Gründen	46
a) Unerlaubte Beweismittel (Beweisverwertungsverbote)	46
b) Mängel in der Bezeichnung des Beweismittels	49
c) Voraussichtliche Unergiebigkeit des Beweismittels	50
d) Indizienschwäche	51
e) Isolierter Gegenbeweisantritt	52
f) Abgeschlossene Überzeugungsbildung	52
g) Schätzung nach § 287	52
4. Das Beweiserhebungsverbot des § 91a	54
V. Beweisanordnungen im Allgemeinen	55
1. Der Beweisbeschluss	55
a) Vorbemerkung	55
b) Notwendigkeit eines Beweisbeschlusses	56
aa) Besonderes Verfahren	56
bb) Beweisaufnahme vor der mündlichen Verhandlung	57
cc) Parteivernehmung	58
2. Die vorbereitende Verfügung nach § 273 Abs. 2 bis 4	58
VI. Die beweisnehmenden Richter	59
1. Der beauftragte Richter	59
2. Der ersuchte Richter	61
3. Der Vorsitzende in der Kammer für Handelssachen	62
VII. Das Beweisaufnahmeprotokoll	62
1. Entbehrlichkeit des Protokolls	62
a) Unanfechtbarkeit des streitigen Urteils	62
b) Entfallen eines streitigen Urteils	63
2. Protokollsurrogate	64
a) Beweisfeststellungen im Urteil	64
b) Der Berichterstattevermerk	65
3. Die Errichtung des Protokolls	66
a) Grundzüge	66
b) Reinschrift und vorläufige Aufzeichnung	66
c) Unmittelbare und mittelbare Aufzeichnung	68
d) Genehmigung der Aufzeichnung	69
e) Verzicht auf Wiedergabe	70

Inhaltsverzeichnis

4. Protokollberichtigung	71
a) Berichtigung des fertigen Protokolls	71
b) Berichtigung des unfertigen Protokolls (Protokollentwurfs) ...	73
B. Die Beweismittel und ihre Erschließung im Einzelnen	75
I. Einnahme des Augenscheins	75
1. Eigenart und Anwendungsbereich	75
2. Beweisanordnung	77
3. Protokollierung	77
II. Der Zeugenbeweis	78
1. Der Zeuge	78
a) Aufgaben des Zeugen	78
b) Zeugnisfähigkeit	79
c) Zeugenpflichten	79
aa) Erscheinenspflicht	79
bb) Aussagepflicht	81
cc) Selbstinformationspflicht	82
dd) Eidespflicht	82
ee) Aussageverbote (Beweiserhebungsverbote)	83
ff) Zeugnisverweigerung	84
aaa) Zeugnisverweigerung aus familiären Gründen (§ 383 Nr. 1–3)	84
bbb) Schutz vor vermögensrechtlichen Nachteilen (§ 384 Nr. 1)	86
ccc) Schutz vor sittlicher Bedrängnis (§ 384 Nr. 2)	86
ddd) Schutz beruflicher Schweigepflichten (§ 383 Abs. 1 Nr. 4–6)	87
eee) Form der Aussageverweigerung und Zwischenstreit .	89
d) Entschädigungsanspruch des Zeugen	90
aa) Fahrtkostenersatz (§ 5 JVEG)	91
bb) Aufwandsentschädigung (§ 6 JVEG)	91
cc) Aufwendersersatz (§ 7 JVEG)	91
dd) Entschädigung für Zeitversäumnis (§ 20 JVEG)	91
ee) Entschädigung für Verdienstausfall (§§ 22, 19 JVEG)	91
2. Anordnung des Zeugenbeweises	91
a) Verfügung nach § 273 Abs. 2 Nr. 4	92
b) Beweisbeschluss	93
c) Auslagenvorschuss	95
d) Terminplanung	98
3. Die Zeugenvernehmung	99
a) Schwächen einer Zeugenaussage und Folgerungen für die Vernehmung	99
aa) Wahrnehmung	99
bb) Wiedergabe	101
b) Behandlung des Zeugen	103

Inhaltsverzeichnis

c)	Ermahnung und Belehrung	104
d)	Vernehmung zur Person	105
e)	Vernehmung zur Sache	107
aa)	Bericht des Zeugen „im Zusammenhang“	107
bb)	Ergänzende Befragung des Zeugen durch das Gericht (Verhör)	110
cc)	Befragung des Zeugen durch die Parteien	114
f)	Fakultative Belehrung über Aussageverweigerungsrechte	116
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
a)	Gutachten – mündlich oder schriftlich?	126
b)	Verfügung oder Beweisbeschluss?	126
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	142
a)	Unterscheidung nach der Herkunft	142
aa)	Öffentliche Urkunden	142
bb)	Privaturkunden	142
b)	Unterscheidung nach der Beweiskraft	143

Inhaltsverzeichnis

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
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	156
aaa)	Echtheit der Namensunterschrift	156
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) ..	162
aa)	Beweisführung noch unvollständig	162
bb)	Parteivernehmung des Gegners als einziges Beweismittel ..	163
cc)	Aussageverweigerung (§ 446)	163
b)	Parteivernehmung der beweispflichtigen Partei	164
c)	Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448)	165
2.	Der Vernehmungstermin. Beeidigung	167
3.	Entschädigung	168
4.	Sonderfall: Parteivernehmung nach § 287	168
VI.	Die amtliche Auskunft	170

KAPITEL III

Beweisaufnahme und erstinstanzliches Urteil. Beweiswürdigung

A.	Tatbestand	173
B.	Entscheidungsgründe	174
I.	Begründungsgegenstände	174
II.	Die Beweiswürdigung	175
1.	Grundsätze: § 286	175
2.	Systematik	176

Inhaltsverzeichnis

a) Beweisfragen und Beweisantworten	176
b) Untersuchungsschritte	177
3. Kriterien für die Glaubhaftigkeitsprüfung von Aussagen, insbes. Zeugenaussagen	178
a) Problemstellung	178
b) Lösungsweg	179
aa) Negative Kriterien	181
aaa) Anzeichen für Lüge	181
bbb) Suggestionsklima – Solidarisierungseffekt	182
ccc) Weitere Negativkriterien	183
bb) Positive Kriterien	187
4. Verarbeitung des Beweisergebnisses in den Entscheidungsgründen	189
a) Aussagen von Zeugen und Parteien	189
aa) Kritik an der Praxis	189
bb) Aufbau der Beweiswürdigung	189
b) Einnahme des Augenscheins	191
c) Sachverständigengutachten	192
d) Urkunden	192
e) Amtliche Auskunft	193
III. Zurückweisung von Beweisanträgen	193

KAPITEL IV

Urkunden- und Wechselprozess

I. Prüfung der Schlüssigkeit	195
II. Prüfung der Statthaftigkeit	195
III. Begründetheit	197

KAPITEL V

Fehlerkontrolle durch die Berufungsinstanz

I. Berufungsgründe	199
II. Prüfungsprogramm nach § 529	199
III. Prüfung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1	201
1. Fehler bei der Beweisaufnahme	201
a) Verstoß gegen das Öffentlichkeitsprinzip	201
b) Unvollständige Beweiserhebung	201
c) Unstatthafte Parteivernehmung	202
d) Keine Verhandlung über das Beweisergebnis	203
2. Fehler in der Beweiswürdigung	204
a) Verfahrensfehler	204
b) Inhaltliche Fehler	204
3. Nachträgliche Korrektur eines Beweismittels	206
IV. Prüfung nach § 529 Abs. 1 Nr. 2: neue Tatsachen	206

Inhaltsverzeichnis

V. Beweisanträge und Beweiseinreden des Berufungsklagten	207
VI. Der Einzelrichter	208
VII. Beweisaufnahme und Berufungsurteil	210

KAPITEL VI

Besondere Verfahren

A. Das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff.)	213
I. Veranlassung	213
1. Gefährdung eines Beweismittels (oder Zustimmung des Gegners)	213
2. Streitvermeidung	214
II. Verfahren	215
1. Antrag	215
2. Zuständigkeit	216
III. Die Entscheidung	217
IV. Beweiswert im Prozess	218
V. Kostenfragen	218
1. Gerichts- und Anwaltskosten	218
2. Streitwert	219
3. Kostenerstattung	219
B. Schiedsgerichtsverfahren (§§ 1025–1066)	221
C. Beweisaufnahme im Ausland	223
I. § 363	224
1. §§ 1072 f. und die Verordnung der EG Nr. (EU) 2020/1783	224
2. Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. 3. 1970	225
a) Beweisaufnahme durch eine ausländische Stelle (Rechtshilfe) . .	226
b) Beweisaufnahme durch Inländer im Ausland	226
3. Haager Übereinkommen über den Zivilprozess vom 1. 3. 1954 . . .	228
4. UN-Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhalts- ansprüchen im Ausland vom 20.6.1956	228
II. § 364	229
Anhang	231
Entscheidungsregister	241
Literaturverzeichnis	249
Stichwortverzeichnis	251