Professor Dr. Volkert Vorwerk
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Verfahrensrecht Teil 2 - Beweisführung / ZPO-Kniffe

- Behauptung
  - Regeln zur Breite: den Umfang zur Behauptungslast bestimmt die Anspruchsnorm
  - Regeln zur Tiefe: den Umfang der Substantiierungslast bestimmt der Einzelfall
    - Grundregel: Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz (Beispiel: einer Tatbestandsvoraussetzung, Einrede der Verjährung) geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist, und ob sie auf eigenem Wissen beruht oder aus einer Schlussfolgerung aus Indizien besteht
      (BGH, Beschluss v. 27.07.2016 – XII ZR 59/14, NJW-RR 2016, 1291, juris, Tz. 4; Beschluss v. 21.10.2014 – VIII ZR 34/14, NJW-RR 2015, 910, juris, Tz. 20; Beschluss v. 09.02.2009 – II ZR 77/08, WM 2009, 1154, juris, Tz. 4; Urt. v. 25.07.2005 – II ZR 199/03, WM 2005, 1847, juris, Tz. 11).
    - Abgrenzung zur Grundregel: Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt erst vor, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen aufs Geratewohl oder ins Blaue aufstellt; wobei Willkür in der Regel nur angenommen werden kann, wenn jegliche tatsächliche Anhaltspunkte fehlen
      (BGH, Urt. v. 07.02.2019 – III ZR 498/16, WM 2019, 448, juris, Tz. 37; Beschluss v. 17.04.2018 – II ZR 277/16, ZIP 2018, 1173, juris, Tz. 7; Urt. v. 08.05.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159, juris, Tz. 40; Urt. v. 02.04.2009 – I ZR 16/07, TranspR 2009, 410, juris, Tz. 25).
    - Dem Tatrichter verbleibt ein weiter Beurteilungsspielraum, wann der Substantiierungslast genügt ist und wann nicht.
    - Beurteilungsspielraum ist in der Revisions- / Rechtsbeschwerdeinstanz überprüf- und ggf. mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar!
      ➔ Vortrag muss stets tief vereinzelt werden!
      - Vorhandenes eigenes Wissen: hohe Detailkenntnis führt zu hoher Substantiierungslast
      - Zuzurechnendes eigenes Wissen („Abtretung“, Prozessstandschaft“): erwartete hohe Detailkenntnis führt zu hoher Substantiierungslast
      - Fehlendes eigenes Wissen: Substantiierung kann durch Behauptung vermuteter Tatsachen ersetzt werden - Anknüpfungspunkte für Vermutung sind anzugeben!

st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 08.05.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159, juris, Tz. 40

- Bestreiten
  - Regel zur „Breite“: der Umfang der gegnerischen Behauptung bestimmt den Umfang des Bestreitens
    - Jede Tatsache, die unter Wahrung der Wahrheitspflicht (§ 138 ZPO) bestritten werden kann, bestreiten!
  - Regel zur „Tiefe“: der Umfang der Substantiierung der gegnerischen Behauptung bestimmt den Umfang der Einzelheiten, die im Rahmen des Bestreitens angeführt werden müssen.
    - Eigenes und zuzurechnendes eigenes Wissen: zu jeder Behauptung erklären; was nicht bestritten werden kann, gilt als zugestanden.
    - Fehlendes eigenes Wissen: Bestreiten mit Nichtwissen erlaubt
    - Grund für diese Technik des Bestreitens:
      § 138 ZPO einerseits und §§ 288, 289, 290 ZPO andererseits
- Ermitteln der Beweislast
  - Grundregel: Derjenige, der die Darlegungslast trägt, trägt auch die Beweislast (im guten Kommentar findet sich zu jeder Anspruchsnorm Abschnitt zur Beweislast!)
  - Kenntnis der Beweislast
    - „Stelle alles und jedes unter Beweis und sei es durch die Vernehmung des Gegners als Partei!“
      - Beweisfällig zu werden ist schlimmer als den Beweis nicht erbracht zu haben!
      - Das Beweismittel der nicht beweisbelasteten Partei ist ein Gegenbeweismittel, von dem Gebrauch gemacht werden muss, wenn das Gericht den Beweis als erbracht ansieht.
    - Beweislast kann sich, „mixt man den Vortrag anders“, ändern
- Beweiserleichterungen
  - Anscheinsbeweis
    Beim Anscheinsbeweis kommt es darauf an, dass alle unstreitigen und/oder durch Beweiserhebung bewiesenen Einzelumstände und besonderen Merkmale des Sachverhalts einen für die über den Anscheinsbeweis zu beweisende Tatsache nach der Lebenserfahrung typischen Geschehensablauf ergeben
    (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, juris, Tz. 50; Urt. v. 19.01.2010 – VI ZR 33/09, NJW 2010, 1072, juris, Tz. 8; Urt. v. 14.06.2005 – VI ZR 179/04, BGHZ 163, 209, juris, Tz. 13).
  - Beweis für das äußere Bild (entwickelt im Versicherungsrecht, möglicherweise auch auf andere Rechtsbereiche anwendbar)
    Der Beweis des äußeren Bildes besagt, dass der Nachweis von Anzeichen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das äußere Bild eines versicherten Diebstahls ergeben, ausreiche, um die Voraussetzungen für den Anspruch auf Leistungen darzutun

(BGH, Urt. v. 22.09.1999 – IV ZR 172/98, NJW-RR 2000, 315, juris, Tz. 8; Urt. v. 14.07.1993 – IV ZR 179/92, BGHZ 123, 217, juris, Tz. 13; vgl. auch Urt. v. 30.01.2002 – IV ZR 263/00, NJW-RR 2002, 671, juris, Tz. 7).

- gesetzliche Beweiserleichterungen (z.B. § 287 ZPO, § 294 ZPO, § 51 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 1592 Nr. 1 u. 2 BGB)
- Anforderungen an die Überzeugungsbildung (etwa strenge Anforderungen bei Verzicht; vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2018 – VII ZR 69/18, WM 2019, 275, juris, Tz. 31; Urt. v. 04.12.2015 – V ZR 142/14, WM 2016, 1402, juris, Tz. 8)
- tatsächliche Vermutungen (etwa Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, vgl. BGH, Urt. v. 10.05.2012 – IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193, juris, Tz. 36; Urt. v. 08.05.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159, juris, Tz. 28; Beschluss v. 16.12.2008 – IX ZR 243/06, nachgewiesen bei juris, juris, Tz. 3; Vermutung im Zusammenhang mit der Abänderung von Urkunden (§ 239 FamFG; vgl. BGH, Urt. v. 03.12.2008 – XII ZR 182/06, NJW 2009, 1410, juris, Tz. 13; Einschränkung der Vermutung BGH, Urt. v. 04.05.2011 – XII ZR 70/09, BGHZ 189, 284, juris, Tz. 25))

- Beweisführung
  - Mittel des Strengbeweises
    - Augenschein (§ 371 ZPO)
    - Zeugen (§ 373 ZPO)
    - Gutachten einschl. Behördenauskunft (§ 403 ZPO)
    - Urkunden (§ 420 ZPO)
    - Parteivernehmung (§ 445 ZPO)
  - Der Beweis ist erbracht, …
    - Der Beweis ist erbracht, wenn die Überzeugungsbildung den für das praktische Leben brauchbaren Grad der Gewissheit erlangt, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (st. Rspr. BGH, Urt. v. 16.04.2013 – VI ZR 44/12, NJW 2014, 71, juris, Tz. 8 m.w.N.).
    - Der Indizienbeweis ist erbracht, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die vorgetragenen Indiztatsachen zutreffen und dass diese mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit darauf schließen lassen, dass die unter Beweis gestellte Haupttatsache zutrifft. Der Tatrichter darf und muss deshalb vor der Beweiserhebung prüfen, ob der Indizienbeweis schlüssig ist, ob also die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien – ihre Richtigkeit unterstellt – ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde
      (BGH, Urt. v. 12.03.2019 – X ZR 32/17, GRUR 2019, 713, juris, Tz. 71; Urt. v. 25.10.2012 – I ZR 167/11, NJW-RR 2013, 743, juris, Tz. 26; Urt. v. 08.05.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159, juris, Tz. 45).
  - Auswahl des Beweises
    - Auswahl des Beweises ist Teil der Prozesstaktik
    - Das angebotene Beweismittel muss die Überzeugung bilden können!
    - Objektive und subjektive Geeignetheit des Beweismittels

- Objektive Eignung:
  BVerfG, Beschluss v. 24.01.2012 – 1 BvR 1819/10, WM 2012, 492, juris, Tz. 15:
  „Einem erheblichen Beweisangebot muss nach den Bestimmungen des Zivilprozessrechts dann nicht nachgekommen werden, wenn das angebotene Beweismittel ungeeignet ist, weil es im Einzelfall zur Beweisbehauptung erkennbar keine sachdienlichen Ergebnisse erbringen kann."
- Subjektive Eignung:
  Beweismittel ist subjektiv ungeeignet, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Gericht seine Überzeugung von der Richtigkeit der Behauptung auf das konkrete Beweisangebot nicht gründen kann.

▪ Beim Indizienbeweis zu beachten: Der Beweis muss die einzelnen Tatsachen betreffen, die auf die Richtigkeit der Haupttatsache schließen lassen!
Der Tatrichter darf und muss vor der Beweiserhebung prüfen, ob der Indizienbeweis schlüssig ist, ob also die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien – ihre Richtigkeit unterstellt – ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde
(BGH, Urt. v. 12.03.2019 – X ZR 32/17, MDR 2019, 881, juris, Tz. 71; Urt. v. 25.10.2012 – I ZR 167/11, NJW-RR 2013, 743, juris, Tz. 26; Urt. v. 08.05.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159, juris, Tz. 45).

○ Beweisantritt

▪ Zeugen (§§ 373 ff ZPO):

- Vorname, Nachname, ladungsfähige Anschrift (Aktualität prüfen!) benennen!
- Herkunft des Wissens des Zeugen angeben!
- Beweis für innere Tatsache
  „Angabe der Kenntnis erforderlich"
  (vgl. BGH, Beschluss v. 12.10.2006 – IX ZR 219/04, nachgewiesen bei juris, juris, Tz. 4 m.w.N.)
- § 391 ZPO: Zeugenbeeidigung

▪ Sachverständige (§§ 402 ff ZPO)

- Aufgabe des Sachverständigen ist es, selbst wahrgenommene oder vom Tatrichter der Begutachtung zugrunde zu legende Tatsachen unter Anwendung seines Fachwissens zu bewerten (vgl. Zöller/Greger, 32. Aufl., Rdnr. 2 vor § 402 ZPO).
- Im Beweisangebot Fachrichtung des Sachverständigen angeben!
- Will das Gericht auf eigene Sachkunde zurückgreifen, bedarf es des Hinweises durch das Gericht (st. Rspr. BGH, Beschluss v. 13.01.2015 – VI ZR 204/14, NJW 2015, 1311, juris, Tz. 5 m.w.N.). Das Gericht muss in der Entscheidung

die Herkunft der eigenen Sachkunde angeben (st. Rspr., aaO).

- Urkunden (§§ 415 ff ZPO)
  - Grundsatz: Urkunde ist in Urschrift gemäß §§ 420, 421, 134 ZPO auf der Geschäftsstelle des Prozessgerichts niederzulegen.
  - Bei umfangreichen Urkunden muss die Fundstelle in der Urkunde angegeben werden, aus der sich die beweisbedürftige Tatsache ergibt (vgl. Stein/Jonas/Berger, 23. Aufl., Rdnr. 2 zu §420 ZPO).
- Augenscheinnahme (§ 371 ZPO)
  - Da der Beweis durch Augenschein angeordnet werden muss und der Termin zur Augenscheineinnahme festzusetzen ist, ist das Beweisangebot nur bei nicht mehr veränderbaren Zuständen tauglich.
- elektronische Dokumente (§ 371a ZPO)
- Parteivernehmung (§§ 445 ff ZPO)
  - § 452 ZPO: Beeidigung der Partei
  - Anhörung der eigenen Partei beim Vier-Augen-Gespräch (BGH, Urt. v. 08.07.2010 – III ZR 249/09, BGHZ 186, 152, juris, Tz. 16)

- Beweisaufnahme
  - Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit (§ 355 ZPO)
    - Die Überzeugung, dass der Zeuge / der Sachverständige / die Partei glaubwürdig ist, kann sich nur der Richter bilden, der an der Vernehmung /Anhörung teilgenommen hat (vgl. BGH Urt. v. 18.10.2016 – XI ZR 145/14, BGHZ 212, 286, juris, Tz. 28; Urt. v. 04.02.1997 – XI ZR 160/96, NJW 1997, 1586, juris, Tz. 13; Urt. v. 30.01.1990 – XI ZR 162/89, NJW 1991, 1302, juris, Tz. 8).
    - Bei Richterwechsel auf erneute Vernehmung dringen!
    - Notfalls den die Beweisaufnahme durchführenden beauftragten / ersuchten Richter bitten, Umstände / Verhaltensweisen des Zeugen, die die Unglaubwürdigkeit begründen können, ins Protokoll aufzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1999 – VII ZR 53/97, NJW 2000, 1119, juris, Tz. 15; Urt. v. 19.12.1994 – II ZR 4/94, NJW 1995, 1292, juris, Tz. 11; vgl. auch Urt. v. 15.03.2000 – VIII ZR 31/99, NJW 2000, 2024, juris, Tz. 11; Urt. v. 21.05.1996 – XI ZR 199/95, BGHZ 133, 36, juris, Tz. 19).
  - Paradigmenwechsel Parteibetrieb/Amtsmaxime
    - Stichwort: formale Wahrheit
    - Stichwort: Erforschung der Wahrheit
      - Vorbereitung Zeugenvernehmung: Vorhalten von noch nicht in das Verfahren eingeführten Urkunden (Kopien für alle Prozessbeteiligten vorhalten!); „Überraschungszeuge“ als präsentes Beweismittel; Zeugnisverweigerungsrechte; Ermittlungen zur Glaubwürdigkeit der Zeugen

- Sachverständigengutachten: Einwendungen innerhalb der Stellungnahmefrist; Antrag auf Ladung des Sachverständigen zur persönlichen Anhörung; privates Gegengutachten; Erkundigungen über die Sachkunde

- Erörterung des Beweisergebnisses (§§ 279 Abs. 3, 285 ZPO)
  - Sofort oder Frist zur Stellungnahme
  - Protokoll muss vorliegen, bevor Frist zur Stellungnahme endet
- Beweiswürdigung
  - Weichenstellung für Angriffe gegen die Beweiswürdigung in der Berufungsbegründung: Tatsachenfeststellung - § 529 ZPO
    - Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen aufgrund von Verfahrensfehlern ➔ Rüge gemäß § 520 Abs. 3 ZPO erforderlich
    - Neue Tatsachen, deren Berücksichtigung zulässig ist ➔ § 531 ZPO
    - Zweifel an der Würdigung der Beweise
  - Angriffe gegen die Beweiswürdigung (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO)
    - Möglichkeit der Anfechtung
      - Andere Würdigung der Zeugenaussage aufdecken, möglichst unter Hinweis auf nicht gegebene Möglichkeit der Erörterung des Beweisergebnisses vor dem Gericht I. Instanz (§ 279 Abs. 3 ZPO).
      - Würdigung des Sachverständigengutachtens angreifen, wenn möglich unter Vorlage eines Privatgutachtens; aber § 531 ZPO! Ggf. unter Hinweis, dass die Frist zur Stellungnahme zum Gutachten I. Instanz Vorlage des Privatgutachtens nicht ermöglicht hat („keine Nachlässigkeit; § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).
    - Neue Angriffs- und Beweismittel zulässig, wenn …
      - … Gesichtspunkt, der vom Gericht I. Instanz erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO)
      - … infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO)
      - … nicht geltend gemacht worden…, ohne dass dies auf Nachlässigkeit beruht (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO)

        <u>Beispiele</u>:
        - Zeuge ist erst jetzt aufgefunden worden
        - Urkunde war nicht rechtzeitig zu beschaffen
        - Privatgutachten konnte nicht früher erstellt werden

- Achtung wegen § 531 Abs. 2 S. 2 ZPO:
  Stets die Tatsachen, die die Zulässigkeit des neuen Angriffs- oder Verteidigungsmittels begründen, mit dem neuen Vorbringen darlegen und sinnvollerweise auch gleich glaubhaft machen!