

NOMOSPRAXIS

Jäckel

Das Beweisrecht der ZPO

Ein Praxishandbuch für
Richter und Rechtsanwälte

3. Auflage



Nomos

NOMOSPRAXIS

Dr. Holger Jäckel
Richter am Landgericht, Nürnberg

Das Beweisrecht der ZPO

Ein Praxishandbuch für Richter
und Rechtsanwälte

3. Auflage



Nomos

Zitervorschlag: Jäckel BeweisR-HdB

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6857-8

Die 1. und 2. Auflage sind beim Kohlhammer Verlag erschienen.

3. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 3. Auflage

Diese überarbeitete Auflage erscheint unter einem neuen Dach und mit geändertem äußerem Erscheinungsbild. Die Konzeption und Ausrichtung des Buches sind jedoch unverändert geblieben. Seit dem Erscheinen der Voraufgabe ist wiederum eine Fülle höchstrichterlicher und obergerichtlicher Entscheidungen zu beweisrechtlichen Fragen ergangen, die ebenso eingearbeitet worden sind wie die Änderungen der ZPO, insbesondere zum Sachverständigenbeweis. Außerdem habe ich einen Abschnitt zu anwaltlichen Gebühren (→ Rn. 148 a ff.) und zur audiovisuellen Vernehmung (→ Rn. 360 a ff.) hinzugefügt. Mein Dank gilt Herrn Frank Michel für die freundliche Betreuung der Neuauflage seitens des Verlages.

Nürnberg, im September 2020

Holger Jäckel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 3. Auflage	5
Literaturverzeichnis	25
1. Kapitel: Grundlagen und Grundbegriffe	27
I. Gesetzliche Systematik des Beweisrechts	27
II. Beweisrecht und materielles Recht	28
III. Beibringungsgrundsatz	29
1. Parteifreiheit	29
2. Gerichtliche Mitwirkung	30
IV. Behauptungs- und Darlegungslast	30
1. Vorbemerkung	30
2. (Abstrakte) Behauptungslast	30
a) Grundsätzliche Anforderungen	30
aa) Kläger	30
bb) Beklagter	31
b) Umfang des Vortrags	31
aa) Anforderungen	31
bb) Erleichterungen	33
3. Darlegungslast (konkrete Behauptungslast, Substantiierungslast)	34
a) Wechselspiel des Vortrags	34
b) Gegnerisches Bestreiten	34
c) Modifikationen	35
aa) Anscheinsbeweis und gesetzliche Vermutungen iSv § 292	35
bb) Sekundäre Darlegungslast	35
cc) Schadensschätzung	36
d) Gerichtliche Hinweispflicht	37
V. Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen	37
1. Allgemeines	37
a) Hilfsmittelfunktion	37
b) Keine Ausforschung	38
c) Gerichtliches Ermessen	38
2. Urkundenvorlegung (§ 142)	39
a) Voraussetzungen	39
aa) Prozessuale Bedeutung	39
bb) Urkunden	39
cc) Adressat	39
dd) Bezugnahme	40
ee) Ermessen	40

Inhaltsverzeichnis

b) Inhalt der Anordnung	40
aa) Frist	40
bb) Verbleib	40
cc) Übersetzung	41
c) Formalien	41
d) Grenzen der Vorlegungspflicht	41
aa) Dritte	41
bb) Parteien	42
3. Augenschein und Sachverständiger (§ 144)	43
a) Voraussetzungen	43
b) Vorrangige Hinweispflicht	44
c) Ausbleiben des Auslagenvorschusses	44
d) Arzthaftungsprozess und Schadensschätzung	44
e) Grenzen und Formalien	45
f) Gebührengutachten (§ 14 Abs. 2 RVG)	45
4. Parteivernehmung (§ 448)	46
a) Bedeutung der Vorschrift	46
b) Subsidiarität	46
c) Anfangsbeweis	47
d) Beweisnot und Waffengleichheit	47
aa) Beweisnot	47
bb) Waffengleichheit	48
cc) Verfahren	48
VI. Beweisantizipation und Beweiserhebung im	
PKH-Prüfungsverfahren	49
1. Ausgangslage	49
a) Erfolgsaussicht	49
b) Grundsätzliche keine Beweisantizipation	49
2. Ausnahmen	50
3. Beweiserhebungen im PKH-Prüfungsverfahren	52
VII. Unlauteres Parteiverhalten und Beweisrecht	53
1. Rechtswidrig erlangte Beweismittel	53
a) Allgemeines	53
b) Fallgruppen und Abwägungskriterien	54
aa) Lauschzeuge	54
bb) Verbotene Eigenmacht	54
cc) Entwendung privater Aufzeichnungen	55
dd) Fremde Verfahrensverstöße	55
c) Rechtfertigung	55
d) Rechtsfolgen	56
2. Beweisvereitelung	56
a) Prozessuale Einordnung	57
b) Fallgruppen und Rechtsfolgen	57
aa) Zielgerichtet vorsätzliches Verhalten	57

bb) Fahrlässigkeit	58
cc) Substanzielle Eingriffe	58
dd) Beweisrechtlicher Bezugspunkt	59
c) Feststellung des Verschuldens	60
VIII. Anwaltliche Prozesstaktik in Beweisfragen	61
1. Einleitung	61
2. Beschaffung und Ausschaltung von Beweismitteln	62
a) Abtretung und Prozesstandschaft	62
aa) Abtretung	62
bb) Prozesstandschaft	62
b) Erstreckung einer Klage auf mögliche Zeugen	63
c) Beweiskraft	63
3. Einholung vorgerichtlicher Privatgutachten	63
a) Bedeutung und Vorteile	63
b) Kostentragung	64
aa) Kostenerstattung	64
bb) Voraussetzungen	65
cc) Höhe der Kosten	65
4. Negative Feststellungsklage	65
5. Zusammenfassende Übersicht	66
IX. Anwaltliche Gebühren im Zusammenhang mit einer Beweisaufnahme	67
1. Vertretung einer Prozesspartei	67
a) Grundsatz	67
b) Zusatzgebühr	67
c) Reisekosten	67
2. Zeugenbeistand	68
X. Beweisvereinbarungen	68
1. Rechtliche Einordnung	68
2. Reichweite und Zulässigkeit	69
2. Kapitel: Beweisgegenstand und Beweisrichtung	71
I. Gegenstand des Beweises	71
1. Tatsachen	71
a) Definition	71
b) Werturteile	71
2. Indizien	72
a) Mittelbare Tatsachen	72
aa) Hintergrund	72
bb) Voraussetzungen	72
cc) Abgrenzung	72
b) Praktische Bedeutung und Sonderfälle	73
aa) Hauptfälle	73
bb) Vorfragen	74

Inhaltsverzeichnis

cc) Sonderfall	74
c) Inhalt der Beweiswürdigung	75
3. Erfahrungssätze	75
a) Anwendungsbereich	75
b) Verfahren	76
4. Fremdes Recht (§ 293)	76
a) Iura novit curia	76
b) Anwendungsbereich	76
c) Verfahren	77
aa) Freibeweis	77
bb) Mitwirkungspflicht	77
cc) Erkenntnisquellen	77
5. Beweiserhebung über Prozessvoraussetzungen	79
a) Vorrang der Prozessvoraussetzungen	79
b) Amtsprüfung	79
c) Prozessfähigkeit	79
d) Verfahren	80
II. Haupt- und Gegenbeweis (Beweisrichtung)	80
1. Hauptbeweis	80
2. Gegenbeweis	81
a) Beweisführer	81
b) Reihenfolge	81
3. Beweis des Gegenteils	82
3. Kapitel: Formelles Beweisrecht	83
I. Beweisantritt	83
1. Prozesshandlung	83
2. Inhalt	83
a) Tatsachenbezeichnung	83
b) Hinweispflicht	85
c) Beibringungsfrist	85
3. Form	85
4. Rücknahme	86
II. Anordnung der Beweisaufnahme	86
1. Verfahrenskonstellationen	87
a) In der mündlichen Verhandlung	87
aa) Verfügung	87
bb) Beschluss	87
b) Vor der mündlichen Verhandlung	87
c) Gesonderter Termin	88
2. Inhalt des Beweisbeschlusses	88
a) Präzision	88
b) Umfang	89

c) Auslagenvorschuss	89
aa) Schuldner	89
bb) Höhe des Vorschusses	90
cc) Zahlungsfrist (§ 224 Abs. 2)	90
dd) Verspätete Einzahlung	90
ee) Prozesskostenhilfe	91
d) Weitere Anordnungen	91
3. Formalien	92
4. Muster	92
5. Änderungen und Aufhebung	93
a) Voraussetzungen	93
b) Ergänzungsantrag	94
III. Ablehnung der Beweiserhebung	94
1. Einleitung und Aufbauhinweise	94
2. Verspäteter Beweisantritt	95
a) Allgemeines	95
aa) Der Zwiespalt beim Gericht	95
bb) Prozessförderungspflicht	95
b) Zwingende Zurückweisung (§ 296 Abs. 1)	95
aa) Fristsetzung	95
bb) Verzögerung	96
cc) Entschuldigung	97
dd) Kausalität	97
c) Zurückweisung nach Ermessen (§ 296 Abs. 2)	98
aa) Prozessförderung	98
bb) Grobe Nachlässigkeit	98
d) Gerichtliches Procedere	98
3. Ausforschungsbeweis	99
a) Prozessuale Einordnung	99
b) Anforderungen	100
c) Handhabung	100
4. Untaugliches oder unerreichbares Beweismittel	101
a) Untauglichkeit	101
aa) Zurückhaltende Handhabung	101
bb) Verbotene Vorwegnahme	101
cc) Verbleibender Anwendungsbereich	101
b) Unerreichbarkeit	103
5. Erwiesenheit und Wahrunterstellung	103
6. Kraft Gesetzes ausgeschlossene Beweismittel	104
7. Eigene Sachkunde des Gerichts	104
8. Form der Ablehnung	105

Inhaltsverzeichnis

IV. Beweistermin (Formalien)	105
1. Verfahrensablauf	105
2. Öffentlichkeit, Parteiöffentlichkeit und Ausnahmen	106
a) Öffentlichkeitsgrundsatz	106
b) Anwesenheitsrecht der Parteien	106
aa) Grundsatz	106
bb) Ausnahmen	107
cc) Zweifelsfälle	107
dd) Verstöße	108
c) Keine Anwesenheitspflicht und Folgen des Nichterscheinens ...	108
aa) Beweisaufnahme als solche	108
bb) Nach Erledigung der Beweisaufnahme	108
cc) Unmöglichkeit	108
dd) Wiederholung	108
3. Protokollierung	109
a) Umfang und Technik	109
aa) Gesetzliche Grundlagen	109
bb) Stilfragen	109
cc) Informativische Parteianhörung (§ 141)	110
dd) Augenschein	110
ee) Protokollmängel	110
b) Genehmigung	110
c) Protokollierung im Übrigen	111
d) Erleichterungen	111
4. Weiterer Verfahrensablauf und Erörterung des Beweisergebnisses	111
a) Fortsetzungstermin	111
b) Abschluss der Beweisaufnahme	112
aa) Erörterung	112
bb) Streitiges Verhandeln	112
cc) Vorläufige Einschätzung	113
dd) Schriftsatzfrist	113
V. Unmittelbarkeitsgrundsatz und zulässige Ausnahmen	114
1. Formelle Unmittelbarkeit	114
a) Inhalt	114
b) Lockerungen	114
c) Beweisrechtliche Bedeutung	115
d) Richterwechsel	115
2. Materielle Unmittelbarkeit	115
3. Gesetzliche Ausnahmen	116
a) Allgemeines	116
b) Beauftragter Richter	116
aa) Voraussetzungen	116
bb) Anordnung	117

cc) Verfahren	117
c) Ersuchter Richter	117
aa) Voraussetzungen	117
bb) Anordnung	118
cc) Bindungswirkung	118
dd) Verfahren	119
4. Videovernehmung	119
5. Verfahrensfehler	120
VI. Strengbeweis und Freibeweis	120
1. Hauptanwendungsfälle	121
a) Grundsatz	121
b) Freibeweis	121
c) Vereinfachtes Verfahren	121
2. Einverständnis der Parteien (§ 284 Sätze 2–4)	121
a) Praktische Bedeutung	121
b) Denkbare Fälle	122
3. Verfahrensbesonderheiten	122
4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit	124
I. Grundsätze	124
1. Sachvortrag der Parteien	124
2. Sonderfall: gleichwertiges Vorbringen	124
3. Doppelrelevante Tatsachen	125
II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes	125
1. Geständnis und Geständnisfiktion	125
a) Geständnis (§§ 288 ff.)	125
aa) Inhalt des Geständnisses	125
bb) Formale Voraussetzungen	127
cc) Wirkung und Widerruf	127
b) Geständnisfiktion infolge Nichtbestreitens (§ 138 Abs. 3)	128
aa) Erklärungspflicht	128
bb) Folge eines Nichtbestreitens	128
cc) Qualität des Bestreitens	129
dd) Erklärung mit Nichtwissen	129
2. Offenkundigkeit	131
a) Allgemeinkundige Tatsachen	131
b) Gerichtskundige Tatsachen	132
c) Verfahrensfragen	133
aa) Tatsachenvortrag	133
bb) Gerichtliches Procedere	133
3. Vermutungen, Fiktionen und Abgrenzungsfälle	134
a) Gesetzliche Vermutungen (§ 292)	134
aa) Vermutungsbasis	134
bb) Beweisrechtliche Folgen	135

Inhaltsverzeichnis

b) Fiktionen	136
c) Abgrenzungen	136
aa) Sog. tatsächliche Vermutungen	136
bb) Sonstige Fälle	138
4. Bindung durch Interventionswirkung (§ 68)	138
5. Kapitel: Beweismittel	139
I. Numerus clausus und Auswahl der Beweismittel	139
1. Ordnung der Beweismittel	139
2. Auswahl	139
II. Augenschein	140
1. Funktion und Definition	140
a) Wahrnehmbarkeit	140
b) Kombinationen	140
2. Beweisantritt	141
3. Verfahren	141
III. Zeugenbeweis	142
1. Einleitung	142
a) Funktion	142
b) Zeugenpflichten	142
c) Abgrenzung	143
2. Zeugenfähigkeit	143
a) Verstandeskraft	143
b) Verhältnis zur Parteistellung	143
aa) Grundsatz	143
bb) Streitgenosse und Streithelfer	144
cc) Sonderfälle	144
dd) Verfahrensfehler	144
c) Angehörige des öffentlichen Dienstes	144
3. Verfahren	145
a) Formalien	145
aa) Beweisantrag und Beweisbeschluss	145
bb) Ladung des Zeugen	145
cc) Hindernisse	146
dd) Nicht geladene Zeugen	146
b) Schriftliche Zeugenbefragung (§ 377 Abs. 3)	146
aa) Voraussetzungen	146
bb) Anordnung	147
cc) Schreiben an den Zeugen	147
dd) Antwort des Zeugen	147
c) Vorbereitung des Gerichts und der Beteiligten	148
aa) Strategie	148
bb) Zeugenbeistand	148

d)	Ablauf der Vernehmung, Zeugnisverweigerungsrechte und	
Beeidigung		148
aa) Belehrung		148
bb) Personalien		149
cc) Zeugnisverweigerungsrecht		149
dd) Aussageverweigerungsrecht		151
ee) Vernehmung zur Sache		152
ff) Fragen der Parteien		153
gg) Verdacht der Falschaussage		154
hh) Beeidigung		155
ii) Zeugenentschädigung		156
e)	Ordnungsmittel gegen ausbleibende Zeugen	157
aa) Nichterscheinen		157
bb) Beschluss		158
cc) Nachträgliche Entschuldigung		158
f)	Weitere allgemeine Hinweise zum Umgang mit Zeugen	159
aa) Terminierung		159
bb) Aufmerksamkeit		159
cc) Emotionen		160
dd) Ungebührlichkeiten		160
4.	Bewertung der Aussage	160
a)	Allgemeine Fehlerquellen	160
aa) Wahrnehmung		160
bb) Speicherung		161
cc) Wiedergabe		161
b)	Personenbezogene Fehlerquellen	161
c)	Anerkannte Wahrheits-/Lügekriterien	162
aa) Ausgangspunkt		162
bb) Lügensignale		162
cc) Positive Kriterien		163
d)	Zusammenfassende Übersicht	164
IV.	Sachverständigenbeweis	164
1.	Funktion	165
2.	Abgrenzung zum Privatgutachten	166
a)	Einordnung	166
b)	Verfahrensrechtliche Konsequenzen	166
aa) Widersprüche		166
bb) Hinweispflicht		167
cc) Unvereinbarkeit		167
3.	Verfahren	167
a)	Auswahl des Sachverständigen	167
aa) Beweisanordnung		167
bb) Konkrete Person des Sachverständigen		168

Inhaltsverzeichnis

b)	Ablehnung des Sachverständigen	170
aa)	Antrag	170
bb)	Ablehnungsgründe	170
cc)	Gerichtliche Entscheidung	172
c)	Tätigkeit des Sachverständigen und ihre Überwachung	173
aa)	Beauftragung	173
bb)	Säumnis	173
cc)	Gebührenvereinbarung	174
dd)	Grundlage der Begutachtung	175
ee)	Hilfskräfte	177
ff)	Beeidigung	177
d)	Erstattung des schriftlichen Gutachtens und weiteres Beweisverfahren	177
aa)	Ermessen	177
bb)	Formalien	178
cc)	Verfahren nach Eingang des Gutachtens	178
dd)	Ladung des Sachverständigen	179
ee)	Ergänzungsfragen	180
ff)	Fortsetzungstermin	180
gg)	Ungenügendes Gutachten	181
e)	Verwertung verfahrensfremder Gutachten (§ 411 a)	182
aa)	Anwendungsbereich	182
bb)	Verfahren	182
cc)	Mögliche Fehler	183
4.	Bewertungskriterien	183
a)	Zugrundeliegender Sachverhalt	184
b)	Vollständigkeit	184
c)	Inhaltliche Widersprüche und Erkenntnisquellen	184
aa)	Widerspruchsfreiheit (innere Logik)	184
bb)	Erkenntnisquellen	185
d)	Persönliche Voraussetzungen des Sachverständigen	185
aa)	Fachliche Eignung	185
bb)	Unvoreingenommenheit	185
e)	Abweichende Beurteilung durch das Gericht	185
f)	Zusammenfassung	186
V.	Urkundenbeweis	186
1.	Definition und Funktion	186
a)	Gedankenerklärungen	186
b)	Zuverlässigkeit	187
2.	Beweisantritt und Beweisaufnahme	187
a)	Besitz des Beweisführers	187
b)	Besitz des Gegners	188
aa)	Vorlegungsanordnung	188
bb)	Beschluss	188

cc) Streit über den Besitz	188
dd) Nichtvorlage	189
c) Besitz eines Dritten	189
aa) Materiell-rechtliche Vorlegungsansprüche	189
bb) Anordnung nach § 142	189
d) Besitz einer Behörde	189
3. Beweiskraft der Urkunde	190
a) Echtheit der Urkunde	190
b) Äußere Mängel der Urkunde	190
c) Öffentliche Urkunden	191
aa) § 415	191
bb) Sonstige Öffentliche Urkunden	192
d) Privaturkunden	193
aa) Unterschrift	193
bb) Beweisregel	193
cc) Vertragsurkunde	193
e) Materielle Beweiskraft	194
aa) Freie Würdigung	194
bb) Anforderungen	194
VI. Parteivernehmung	194
1. Funktion	194
2. Abgrenzung von der Parteianhörung	195
a) Formelle Kriterien	195
b) Prozessuale Behandlung	195
3. Verfahren	196
a) Antrag	196
b) Vernehmung des Beweisgegners (§ 445)	196
c) Vernehmung des Beweisführers (§ 447)	197
aa) Einverständnis	197
bb) Ermessen	198
d) Beweisbeschluss (§ 450 Abs. 1) und Durchführung der Vernehmung	198
aa) Beweisbeschluss	198
bb) Vernehmung	198
cc) Beeidigung	198
dd) Kein Aussagezwang	198
e) Parteivernehmung zur Schadensschätzung (§ 287 Abs. 1 Satz 3)	199
VII. Amtliche Auskunft	199
1. Voraussetzungen	199
2. Verwertung	200
3. Behörde	200
4. Verfahren	201
a) Gerichtliche Anordnung	201

Inhaltsverzeichnis

b) Behandlung der Auskunft	201
c) Ablehnung und Verweigerung	201
6. Kapitel: Beweismäßigkeit und Beweismaß	202
I. Grundlagen	202
1. Sachgemäße Beweismäßigkeit	202
2. Richterliche Freiheit	203
a) Bindungsfreiheit	203
b) Grenzen	204
II. Gerichtliche Verfahrensweise	204
1. Grundlage der Beweismäßigkeit	204
2. Gang der Beweismäßigkeit	205
a) Beweisbasis (Ergiebigkeit)	206
aa) Bezug zum Beweisthema	206
bb) Zwischenergebnis	206
b) Würdigung im engeren Sinne	207
aa) Überzeugungsbildung	207
bb) Störfaktoren	207
cc) Würdigung einer Zeugenaussage	207
dd) Widerspruchsfreiheit	208
ee) Restzweifel	208
III. Beweismaß	209
1. Das Regelbeweismaß	209
a) Bedeutung	209
b) Die klassische Formel der Rechtsprechung	210
aa) Regelbeweismaß	210
bb) Subjektiver Gehalt	210
cc) Objektivierung	210
2. Beweismaßreduktion	210
a) Einleitung	210
b) Beweismaßreduktion im Versicherungsrecht („Entwendungsfälle“)	211
aa) Hintergrund	211
bb) Beweiserleichterung	211
cc) Praktische Probleme	212
c) Ärztliche Aufklärung	213
aa) Anforderungen	213
bb) Einordnung	214
3. Beweismaßsteigerungen?	214
IV. Anscheinsbeweis	214
1. Beweisrechtliche Einordnung	214
a) Unklarheiten	214
b) Funktionsweise	215

2.	Praktische Handhabung	216
a)	Erfahrungssatz	216
b)	Überzeugungskraft	217
c)	Beweisrechtliche Konsequenzen	217
aa)	Hinweispflicht	217
bb)	Gegenbeweis	218
3.	Anerkannte Fallgruppen und Zweifelsfälle	218
a)	Allgemeine Geschäftsbedingungen	218
b)	Amtshaftung	218
c)	Arbeitsrecht	219
d)	Architektenhaftung	219
e)	Arzthaftung	219
f)	Baurecht	219
g)	Brandschäden	220
h)	ec-Karten-Missbrauch	220
i)	E-Mail	220
j)	Maklervertrag	220
k)	Mietrecht	220
l)	Nachnahmesendung	221
m)	Online-Auktionen	221
n)	Online-Überweisung	221
o)	Skiunfälle	221
p)	Telefonrechnungen	221
aa)	Gerichtliche Entscheidungspraxis	221
bb)	§ 45 i TKG	222
q)	Transportrecht	222
r)	Verkehrssicherungspflicht	222
s)	Verkehrsunfälle	223
t)	Versicherungsmissbrauch	224
u)	Zugang von Willenserklärungen	224
V.	Schadensschätzung (§ 287)	225
1.	Praktische Bedeutung	225
2.	Schadensersatzansprüche	226
a)	Nicht erfasste Tatbestandsmerkmale	226
b)	Erfasste Tatbestandsmerkmale	227
aa)	Haftungsausfüllende Kausalität	227
bb)	Höhe des Schadens	227
cc)	Anwendung zugunsten des Schädigers	228
c)	Mitwirkungspflicht	228
aa)	Ausgangstatsachen	228
bb)	Hinweispflicht	229
3.	Sonstige Forderungen	229
a)	Allgemeine Voraussetzungen	229
aa)	Streitige Forderungshöhe	229

Inhaltsverzeichnis

bb) Unverhältnismäßige Schwierigkeiten	229
b) Fallbeispiele aus dem Mietrecht	230
aa) Höhe der Mietminderung	230
bb) Mieterhöhungsverlangen	230
4. Gerichtliche Verfahrensweise	230
a) Beweisverzicht und Beweismaßsenkung	230
aa) Beweiserhebung nach Ermessen	230
bb) Beweismaß	231
cc) Beweislast	232
b) Hilfsmittel	232
c) Begründung der Entscheidung	233
VI. Glaubhaftmachung (§ 294)	234
1. Überblick	234
2. Anwendungsfälle	234
3. Mittel der Glaubhaftmachung, insbesondere eidesstattliche Versicherung	235
a) Beweismittel	235
b) Sofortige Verfügbarkeit	235
c) Eidesstattliche Versicherung	235
aa) Formalien	235
bb) Mindestinhalt	236
4. Beweismaß	236
a) Wahrscheinlichkeitsgrad	236
b) Eidesstattliche Versicherung	237
5. Begründung des Gerichts	237
VII. Darstellung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen	238
1. Zweck und Hauptbestandteile	238
2. Anforderungen im Allgemeinen	239
a) Spielräume	239
b) Fallbezogenheit	239
3. Standort	239
4. Einzelne Konstellationen	240
a) Gelungener Beweis	240
b) Misslungener Beweis	240
c) Anscheinsbeweis	240
5. Sprachstil	241
6. Zusammenfassung	241
VIII. Kontrolle im Berufungsverfahren	241
1. Tatsachenbindung und Fehlerkontrolle	242
a) Ausgangspunkt	242
b) Prüfung formeller Vorgaben	242
c) Inhaltliche Mängel	242
d) Prognose des Berufungsgerichts	243
2. Berufungsrügen und Prüfungsumfang	243

3. Fehlerfolgen	244
a) Eigene Tatsachenfeststellung	244
b) Zurückverweisung	245
7. Kapitel: Beweislast	247
I. Grundlagen der Beweislast	247
1. Beweisführungslast	247
2. Feststellungslast	247
a) Folgen der Beweislosigkeit	247
b) Entscheidungsnormen	248
c) Ausländisches Sachrecht	248
3. Bedeutung der Beweislast im Übrigen	248
a) Nochmals: Darlegungslast	248
b) Sonstige prozessuale Wirkungen	249
c) Klauselverfahren (§ 726)	249
II. Verteilung der Beweislast	249
1. Normentheorie	249
2. Gesetzlich verankerte Beweislastregeln	250
3. Richterliche Rechtsfortbildung (Gefahrbereiche)	251
a) Grundlagen	251
b) Fallgruppen	252
aa) Amtshaftung	252
bb) Anwaltshaftung	252
cc) Arzthaftung	253
dd) Mietrecht	255
ee) Produzentenhaftung	256
ff) Sonstige Berufspflichten	257
gg) (Vor-)vertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten ..	257
4. Negative Feststellungsklage	258
5. Abgrenzung	259
III. Beweislastverträge	259
1. Inhalt	259
2. Wirksamkeit	259
a) Grundsatz	259
b) Allgemeine Geschäftsbedingungen	260
8. Kapitel: Selbständiges Beweisverfahren	261
I. Grundlagen	261
1. Verfahrenszweck und Charakteristika	261
a) Streitvermeidungsfunktion	261
b) Unerhebliche Faktoren	261
c) Beweismittelbeschränkung	261
d) Verfahrenszeitpunkt	261

Inhaltsverzeichnis

e) Prozesskostenhilfe	262
2. Praktische Bedeutung und anwaltliche Pflichten	262
3. Mögliche Verfahrenskonkurrenz	263
4. Anwaltszwang	263
II. Antragsvoraussetzungen	264
1. Zustimmung des Gegners (§ 485 Abs. 1)	264
2. Verlust- oder Erschwerungsgefahr (§ 485 Abs. 1)	265
3. § 485 Abs. 2	265
a) Verfahrenssituation	265
b) Gegenstand der Begutachtung	266
aa) Zustandsfeststellung (Nr. 1)	266
bb) Ursachenfeststellung (Nr. 2)	266
cc) Aufwandsfeststellung (Nr. 3)	267
c) Rechtliches Interesse	267
aa) Praktische Handhabung	267
bb) Mindestanforderungen	268
III. Antragschrift (§ 487)	269
1. Form und Zuständigkeit	269
2. Inhalt	269
a) Zwingender Inhalt	269
aa) Mindestangaben	269
bb) Beweisthema	269
cc) Glaubhaftmachung	269
b) Weitere Angaben	270
c) Antragsrücknahme und Erledigungserklärung	270
3. Muster (§ 485 Abs. 2)	271
IV. Gerichtliche Entscheidung (§ 490)	272
1. Verfahren nach Eingang des Antrags	272
2. Stellungnahme des Gegners	272
3. Gerichtlicher Beschluss	273
a) Beweisbeschluss	273
b) Zurückweisung des Antrags	273
V. Durchführung der Beweisaufnahme	274
1. Anwendung allgemeiner Vorschriften	274
2. Mündliche Erörterung	274
3. Ende des Verfahrens	275
a) Abschluss der Beweisaufnahme	275
b) Überholendes Hauptsacheverfahren	276
VI. Frist zur Klageerhebung	276
1. Antrag	276
2. Anordnender Beschluss	277
3. Fristwahrung	277
4. Fehlende Klageerhebung	278

VII. Verwertung im Hauptsacheverfahren	279
1. Voraussetzungen der Verwertung	279
a) Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes	279
b) Ladung und Geltendmachung	279
c) Ergänzungsgutachten und Anhörung des Sachverständigen	279
2. Urteil im Hauptsacheverfahren	280
3. Weitere Konstellationen	280
VIII. Streitwert und Gebühren	281
1. Streitwert	281
a) Grundsatz	281
b) Erkenntnisquellen	281
c) Zuständigkeit	282
d) Rechtsmittel	282
2. Gebühren	282
Stichwortverzeichnis	283

4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit

I. Grundsätze

1. Sachvortrag der Parteien

- 375 Ob über eine Tatsache Beweis erhoben werden muss, ergibt sich in erster Linie aus dem Sachvortrag und dem Verhalten der Parteien (**Beibringungsgrundsatz**). Es muss sich zunächst um erheblichen Vortrag handeln, dh solchen, der den geltend gemachten materiellrechtlichen Anspruch begründen oder ihm entgegenstehen kann. Wie präzise dieser Vortrag ausfallen, also behauptet oder bestritten werden muss, ist eine Frage der Darlegungslast.⁷⁵⁹ Die danach verbleibenden streitigen Tatsachen sind grundsätzlich beweisbedürftig. Für sie muss rechtzeitig tauglicher Beweis angetreten werden. Fehlt eine dieser Voraussetzungen oder ist die Beweisaufnahme aus den nachfolgend erörterten Gründen entbehrlich, so ist die Beweiserhebung abzulehnen. Andernfalls muss sie angeordnet werden.
- 376 Aus Sicht des Gerichts erfolgt also eine **zweistufige Prüfung**. Zunächst ist nach der Entscheidungserheblichkeit einer Behauptung zu fragen und sodann nach der Beweisbedürftigkeit. Im Übrigen gilt der **Vorrang des Hauptbeweises**. Solange dieser nicht erbracht ist, muss kein Gegenbeweis erhoben werden. Dies schließt die gleichzeitige Abarbeitung in einem Beweistermin aber nicht aus.

2. Sonderfall: gleichwertiges Vorbringen

- 377 Einen besonderen Fall der fehlenden Beweisbedürftigkeit einer streitigen Tatsache stellt das sog. gleichwertige (äquivalente) Vorbringen dar. Hier ist aufgrund unterschiedlicher Sachverhaltsschilderungen der Parteien zwar streitig, wie sich ein entscheidungserheblicher Vorgang zugetragen hat. Die rechtliche Bewertung des jeweiligen Parteivortrags führt aber **zum gleichen Ergebnis**. Dann kann die abschließende Feststellung der Tatsachen offen bleiben, wenn sich der Anspruchsteller den Vortrag des Gegners **zumindest hilfsweise zu Eigen gemacht** hat und seinen Anspruch auch hierauf stützt.⁷⁶⁰

Beispiele:

- Der Beklagte bestreitet eine deliktische Schädigung und damit einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, schildert die Dinge aber so, dass ein Ersatzanspruch auf § 904 Satz 2 BGB gestützt werden kann.
- Der Kläger nimmt die Beklagte als unmittelbare Vertragspartnerin in Anspruch. Nach deren Einlassung ergibt sich eine Mithaftung nach § 1357 Abs. 1 BGB.

In diesen Fällen ist der Streitgegenstand identisch, nur die Anspruchsgrundlage variiert. Es handelt sich daher nicht um Hilfsanträge.

- 378 An die hilfsweise Übernahme des gegnerischen Vortrags sind keine sonderlich großen Anforderungen zu stellen. Denn eine vernünftige Partei wird sich nicht dagegen wehren, dass das Gericht seine Entscheidung auf einen abweichenden Sachverhalt stützt,

⁷⁵⁹ Vgl. hierzu Rn. 28.

⁷⁶⁰ BGH NJW 1989, 2756; BGH NJW-RR 1994, 1505 f.

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

der aber letztlich den gewünschten Erfolg bringt. Etwas anderes gilt daher nur, wenn der Anspruchsteller ausdrücklich Gegenteiliges erklärt.⁷⁶¹ In Zweifelsfällen muss das Gericht ihn zur Stellungnahme auffordern (§ 139).⁷⁶²

3. Doppelrelevante Tatsachen

Tatsachen, die sowohl die **Zulässigkeit der Klage** (insbesondere die Zuständigkeit des Gerichts) begründen, als auch **Merkmal des materiellen Anspruchs** sind, bedürfen im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung keines Beweises (sog. sic-non-Fall).⁷⁶³ Insofern ist der schlüssige Klagevortrag als richtig zu unterstellen. In allen anderen Konstellationen bleibt es dabei, dass der Kläger die für die Zulässigkeit der Klage maßgebenden Tatsachen zu beweisen hat, sofern der Beklagte sie bestritten hat (sog. aut-aut-Fall und et-et-Fall).⁷⁶⁴ 379

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

1. Geständnis und Geständnisfiktion

Schrifttum: *Lange*, Bestreiten mit Nichtwissen, NJW 1990, 3233; *Nicoli*, Die Erklärung mit Nichtwissen, JuS 2000, 584; *Orfanides*, Probleme des gerichtlichen Geständnisses, NJW 1990, 3174; *Panetta*, Die Entwicklung des Grundsatzes der Mündlichkeit im Rahmen des gerichtlichen Geständnisses, NJOZ 2008, 2166; *Pawlowski*, Keine Bindung an „Geständnisse“ im Zivilprozess?, MDR 1997, 7; *Schneider*, Das Geständnis im Zivilprozess, MDR 1991, 297.

Kein Beweisbedarf besteht in erster Linie, wenn der Gegner eine vorgetragene Tatsache nicht bzw. nicht ausreichend bestreitet (§ 138 Abs. 3) oder wenn er sie sogar ausdrücklich zugesteht (§ 288). Die Unterscheidung zwischen beiden Vorschriften ist wichtig. Denn während ein unterlassenes Bestreiten (vorbehaltlich einer Verspätungspräklusion) nachgeholt werden kann, ist eine gestehende Partei grundsätzlich an ihr Wort gebunden (§ 290). Die Missachtung dieses Unterschieds kann einen Verfassungsverstoß bedeuten (Art. 103 Abs. 1 GG).⁷⁶⁵ Daher ist diesbezüglich Sorgfalt geboten. 380

a) **Geständnis (§§ 288 ff.). aa) Inhalt des Geständnisses.** Eine Partei vermag selbstverständlich zu erklären, dass eine ihr ungünstige Tatsachenbehauptung der Gegenseite wahr ist. Ein solches Geständnis ist nicht davon abhängig, ob der Erklärende diese Tatsache auch selbst wahrgenommen hat oder wahrnehmen konnte.⁷⁶⁶ Auch ist seine Überzeugung irrelevant. Das Wort „zugestehen“ oÄ ist nicht zwingend erforderlich.⁷⁶⁷ Es muss lediglich deutlich werden, dass **vorbehaltloses Einverständnis** besteht, die behauptete Tatsache ungeprüft zur Grundlage des Urteils zu machen. 381

Beispiele:

- Der Ausdruck, ein Sachverhalt werde „**unstreitig gestellt**“ oder „**außer Streit gestellt**“ kann nur dann als Geständnis iSv § 288 gelten, wenn zuvor umfangreiche

761 Musielak/Voit/*Musielak* Einl. Rn. 42.

762 *Schneider* MDR 2000, 189 (194).

763 BGH NJW 2010, 873.

764 KG NJW-RR 2001, 1509; aA *OLG Bremen* OLGR 2008, 834; *OLG Dresden* NZA-RR 2005, 215.

765 *BVerfG* NJW 2001, 1565.

766 BGH NJW 1994, 3109; aA *Orfanides* NJW 1990, 3174 (3177 f.).

767 BGH NJW 1987, 1947 (1948).

4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit

re Diskussionen der Parteien stattgefunden haben oder sonstige besondere Umstände und Äußerungen hinzukommen. Anderenfalls ist lediglich ein Verzicht auf weiteres Bestreiten anzunehmen.⁷⁶⁸ In Zweifelsfällen muss das Gericht nachfragen (§ 139).

- Wenn der Beklagte primär die **Aktivlegitimation des Klägers bestreitet** und „vorsorglich“ zur Schadenshöhe Stellung nimmt, kann nicht von einem Geständnis der übrigen Tatbestandsmerkmale ausgegangen werden.⁷⁶⁹
- Dagegen beinhaltet die **bloße Hauptaufrechnung gegen eine schlüssige Klageforderung** regelmäßig ein Geständnis der anspruchsbegründenden Behauptungen des Klägers (vgl. auch § 289 Abs. 1).⁷⁷⁰
- Wenn der Beklagte **gegen eine Darlehensklage einwendet**, er habe das Geld zwar erhalten, aber als Geschenk, so ist jedenfalls die Auszahlung zugestanden und nicht beweisbedürftig (vgl. auch § 289 Abs. 2).
- Erklärungen einer Partei **gegenüber einem polizeilichen Vernehmungsbeamten** haben nicht die Wirkung eines Geständnisses iSv § 288. Es handelt sich aber um ein gewichtiges Indiz.⁷⁷¹

382 Neben reinen Tatsachen sind auch sog. **Rechtstatsachen** (zB Kauf, Schenkung, Miete)⁷⁷² geständnisfähig.⁷⁷³ Das gleiche gilt für vorgreifliche (präjudizielle) Rechtsverhältnisse, sofern sie nicht eine rechtliche Würdigung enthalten, die dem Richter vorbehalten ist.

Beispiele:

Rechtsnachfolge (arg. § 239 Abs. 4); Zustandekommen eines Vertrages.⁷⁷⁴

Gegenbeispiele:

Auslegung einer Willenserklärung,⁷⁷⁵ Unwirksamkeit eines Vertrages wegen Formmangels⁷⁷⁶ oder Sittenwidrigkeit.

383 Einem **außergerichtlichen Geständnis** (zB aus einem Strafverfahren) kommt nur dann die Wirkung des § 288 zu, wenn es durch den Gestehenden – nicht den Gegner – in den Prozess eingeführt worden ist und sodann vom Gegner als eigene Behauptung übernommen wird.⁷⁷⁷ In allen anderen Fällen ist es im Rahmen des § 286 Abs. 1 als Indiz zu würdigen.⁷⁷⁸

768 BGH NJW 1983, 1496 (1497).

769 BGH NJW-RR 2005, 1297 (1298).

770 BGH NJW-RR 1996, 699 f.; aA OLG Celle OLGR 1999, 111.

771 OLG Brandenburg BeckRS 2009, 9205, das aber darüber hinaus unzutreffend eine Beweislastumkehr annimmt.

772 Vgl. hierzu Rn. 161.

773 BGH NJW 1992, 906; OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 530 (531).

774 BGH NJW-RR 2003, 1578 (1579); BGH NJW-RR 2006, 281 (282).

775 Thomas/Putzo/Reichold § 288 Rn. 1; anders aber BGH NJW-RR 2007, 1563 für die Bedeutung einer Vertragsklausel.

776 BGH NJW-RR 2004, 284 (285).

777 BGH NJW-RR 2005, 1297 (1298); OLG Hamm NJW-RR 1997, 405.

778 BGH NJW-RR 2004, 1001; OLG Bamberg NJW-RR 2003, 1223.

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

bb) Formale Voraussetzungen. Ein Geständnis kann in jeder Lage des Verfahrens und losgelöst vom sachlichen Zusammenhang erfolgen.⁷⁷⁹ Das gilt allerdings nicht für Aussagen im Rahmen einer Parteivernehmung (§§ 445 ff.) oder -anhörung (§ 141).⁷⁸⁰ 384

Die Erklärung ist Prozesshandlung, für die am Landgericht und höheren Instanzen Anwaltszwang besteht (§ 78 Abs. 1).⁷⁸¹ Formell geschieht sie durch **mündliche Erklärung** in der Verhandlung oder durch **Bezugnahme** auf einen vorbereitenden Schriftsatz, in dem das Geständnis enthalten ist (§ 137 Abs. 3). Diese Bezugnahme kann auch stillschweigend erfolgen. Im Falle der mündlichen Abgabe des Geständnisses hat eine **Protokollierung** nebst Genehmigung und Genehmigungsvermerk zu erfolgen (§§ 160 Abs. 3 Nr. 3, 162 Abs. 1), bspw. wie folgt: 385

► Der Beklagtenvertreter erklärt:

Es wird eingeräumt, dass die Parteien am 29.5.2008 eine Vereinbarung über die hälftige Teilung der Kosten getroffen haben.

v.u.g. ◀

Diese Protokollierung gehört aber nur bei Erklärungen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter sowie gem. § 54 Abs. 2 Satz 2 ArbGG zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen.⁷⁸² Ein rein schriftsätzliches Geständnis genügt nur beim Verzicht auf eine mündliche Verhandlung (§ 128 Abs. 2–4). 386

cc) Wirkung und Widerruf. Das Geständnis **bindet den Richter** – und zwar auch in den nachfolgenden Instanzen (§ 535)⁷⁸³ –, es sei denn, das Gegenteil ist offenkundig (§ 291). Er hat die zugestandene Tatsache **ungeprüft** zu berücksichtigen. Diese Bindungswirkung geht grundsätzlich auch von einem bewusst unwahren Geständnis aus.⁷⁸⁴ Das ergibt sich aus § 290, wonach nur ein solches Geständnis seine Wirkung verliert, das unbewusst unwahr – also irrtümlich – abgegeben worden ist. Dies muss der Widerrufende beweisen, wobei ihm alle Beweismittel zur Verfügung stehen. 387

Praxistipp:

Bei aller Unvoreingenommenheit muss man erkennen, dass der doppelte Nachweis von Unwahrheit und kausalem Irrtum in der Praxis kaum gelingen wird. Das macht die besondere Gefahr des Geständnisses aus.

Auf ein Verschulden hinsichtlich des Irrtums kommt es nicht an.⁷⁸⁵ Ob auch bloße Motivirrtümer erfasst sind, ist streitig,⁷⁸⁶ da der Wortlaut der Norm keine Beschränkung enthält, aber zu bejahen.⁷⁸⁷ 388

779 BGH VersR 1996, 583.

780 BGH NJW 1995, 1432; BGH NJW-RR 2006, 672 (673); BLHAG/Nober § 288 Rn. 4.

781 BGH NJW-RR 2006, 672 (673); Zöller/Greger § 288 Rn. 3 c.

782 BGH NJW-RR 2003, 1578 (1579).

783 OLG Düsseldorf MDR 2000, 1211.

784 BGH NJW 1962, 1395; OLG Schleswig NJW-RR 2000, 356.

785 BGH MDR 2005, 834 (835).

786 Zustimmung: OLG Düsseldorf OLG R 2001, 49; Musielak/Voit/Huber § 290 Rn. 2; andeutungsweise auch BGH NJW 1981, 2193 (2194). Ablehnend: BGH NJW 1962, 1395 (1396); Hk-ZPO/Saenger § 290 Rn. 8.

787 So schon RGZ 11, 405 (408).

4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit

- 389 Ein im Termin durch den Rechtsanwalt abgegebenes Geständnis kann die miterschiedene Partei allerdings sofort und ohne weitere Begründung widerrufen oder berichtigen (§ 85 Abs. 1 Satz 2).
- 390 **b) Geständnisfiktion infolge Nichtbestreitens (§ 138 Abs. 3).** In der Praxis ungleich häufiger sind das Nichtbestreiten einer behaupteten Tatsache und das daraus folgende Entfallen der Beweisbedürftigkeit. Allerdings sind die Gerichte mit dieser Schlussfolgerung mitunter schnell bei der Hand, wenn sie dem Gegner der beweiselasteten Partei vorwerfen, er habe den deren Vortrag „*nicht hinreichend substantiiert bestritten*“. Darin kann ein Verstoß gegen § 286 Abs. 1 liegen.⁷⁸⁸
- 391 **aa) Erklärungspflicht.** Ausgangspunkt ist bei Verfahren mit Verhandlungsmaxime die Erklärungspflicht jeder Partei (§ 138 Abs. 2). Sie muss zu allen tatsächlichen Behauptungen des Gegners Stellung nehmen. Wegen der anderenfalls eintretenden nachteiligen Folgen handelt es sich um eine **prozessuale Last**. In Verfahrenskonstellationen, bei denen trotz Möglichkeit der Anhörung keine Erklärungspflicht besteht, kommt die Geständnisfunktion demnach nicht zur Anwendung. Das gilt namentlich für §§ 726 ff.⁷⁸⁹
- 392 Je nach Reaktion des Gegners sind zunächst drei Grundrichtungen denkbar:
- die Behauptung wird zugestanden (§ 288, siehe oben),
 - sie wird als unwahr bezeichnet, also bestritten, oder
 - mit keiner Äußerung bedacht.
- 393 Den letzteren Fall regelt § 138 Abs. 3. Im Schnittfeld dieser Konstellationen liegen sodann das prozessual unzureichende Bestreiten und die Erklärung mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4).
- 394 **bb) Folge eines Nichtbestreitens.** Sie ist die gleiche wie in § 288. Denn es wird ein Geständnis fingiert. Der Richter hat die Behauptung ungeprüft zu übernehmen. Er ist gebunden. Allerdings kann das Bestreiten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung **nachgeholt** werden.⁷⁹⁰ Dann ist aber zu prüfen, ob nicht eine Zurückweisung wegen Verspätung zu erfolgen hat (§§ 296 Abs. 1 und 2, 530, 531).⁷⁹¹
- 395 Vor Anwendung des § 138 Abs. 3 ist stets zu prüfen, ob sich ein Bestreiten nicht aus den Umständen ergibt, also **stillschweigend** erfolgt ist. Zu diesem Zweck muss man die gesamten Erklärungen der Partei berücksichtigen. Ein Bestreiten ist in aller Regel gegeben, wenn der Beklagte einen Sachverhalt schildert, der mit dem des Klägers unvereinbar ist.⁷⁹² Das gilt auch, wenn dieser konträre Vortrag vor dem der beweiselasteten Partei erfolgt ist.⁷⁹³ In allen anderen unklaren Fällen hat das Gericht der betroffenen Partei Gelegenheit zu geben, ihre eventuelle Absicht zum Bestreiten zu er-

788 BGH NJW-RR 1989, 898 (899).

789 BGH MDR 2005, 52.

790 BGH NJW 1982, 183 (184); *Schneider* MDR 1968; 813; unzutreffend daher *OLG München* MDR 1984, 321 (es gelte § 290).

791 Vgl. hierzu Rn. 252 ff.

792 BGH MDR 2001, 1058.

793 BGH NJW-RR 2001, 1294.

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

läutern (§ 139). Ein Klageabweisungsantrag bedeutet für sich genommen noch kein konkludentes Bestreiten.⁷⁹⁴

cc) **Qualität des Bestreitens.** Ob das pauschale Bestreiten des Gegners ausreicht, um zur Beweisbedürftigkeit zu gelangen, ist bereits oben im Rahmen der **Darlegungslast** erläutert worden.⁷⁹⁵ Es sei an dieser Stelle nur nochmals erwähnt, dass es auf die Möglichkeiten der Partei ankommt, mithin auf die Zumutbarkeit näherer Angaben.⁷⁹⁶ Präzise Einwände können nur bei eigener Tatsachenkenntnis und Sachkunde verlangt werden.⁷⁹⁷ In der Mehrzahl der Fälle genügt einfaches Bestreiten, insbesondere gegenüber oberflächlichem Vortrag der beweisbelasteten Partei.⁷⁹⁸ Auch der Umstand, dass die Darlegung im Einzelfall der beweisbelasteten Partei wesentlich schwerer fällt als ihrem Gegner, genügt allein nicht, um diesem eine erweiterte Obliegenheit zum Bestreiten aufzuerlegen.⁷⁹⁹ Das wird allzu oft verkannt.

Beispiel:

Den Vortrag des Klägers über Zeitpunkt, Höhe und teilweise Rückzahlung eines Darlehens kann der Beklagte mit dem pauschalen Einwand bestreiten, niemals Geld erlangt zu haben.⁸⁰⁰

Gegenbeispiel:

Bei einer Punkteklage aus mehreren aufgeschlüsselten Rechnungsposten (zB Betriebskostenabrechnung) genügt das bloße „vollumfängliche“ Bestreiten nicht. Der Gegner muss darlegen, welche der Positionen er bestreitet und warum, ggf. eine eigene Berechnung aufmachen.⁸⁰¹

Typischer Fehler:

Die Verwendung der altbekannten Floskel, es werde alles bestritten, was nicht ausdrücklich zustanden sei. Diese ist inhaltsleer und bedeutungslos.⁸⁰² Das liegt so offen, dass das Gericht hierauf nicht noch hinweisen muss.⁸⁰³

dd) **Erklärung mit Nichtwissen.** Im Grundsatz kann man von jeder Partei ein klares „ja“ oder „nein“ verlangen. Nur über Behauptungen der darlegungspflichtigen Partei, von deren Wahrheit oder Unwahrheit der Gegner keine Kenntnis hat, darf dieser sich mit Nichtwissen erklären (§ 138 Abs. 4). Dann entsprechen die Wirkungen einem Bestreiten, obwohl es sich eigentlich um kein solches handelt.⁸⁰⁴ Daher ist die häufig gelesene Bezeichnung „Bestreiten mit Nichtwissen“ unpräzise und zu vermeiden.

794 MüKoZPO/*Fritsche* § 138 Rn. 25; Thomas/Putzo/*Reichold* § 138 Rn. 17; aA OLG Frankfurt MDR 1969, 579.

795 Vgl. hierzu Rn. 28.

796 BGH NJW 1999, 2887 f.

797 BGH NJW-RR 1986, 60.

798 BGH NJW 1999, 1404 (1405 f.).

799 BGH NJW 1997, 128 (129).

800 BGH NJW 1999, 579 (580).

801 OLG Köln MDR 1975, 848.

802 MüKoZPO/*Fritsche* § 138 Rn. 19.

803 Zutreffend BLHAG/*Anders* § 138 Rn. 33; aA *Doms* MDR 1991, 498 (499).

804 AA BGH NJW 1989, 161 (162) (Sonderfall des Bestreitens).

4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit

Beispiel:

Über das behauptete Eigentum des Klägers am unfallbeteiligten Kfz darf sich der Beklagte mit Nichtwissen erklären.⁸⁰⁵

- 398 Umstände, die eine Partei vergessen hat und aus diesem Grund **nicht mehr weiß** („Nichtmehrwissen“), fallen grundsätzlich nicht unter § 138 Abs. 4. Die Partei muss vielmehr triftige Gründe glaubhaft machen, aus denen heraus der Erinnerungsverlust lebensnah erscheint.⁸⁰⁶ Das betrifft am ehesten lang zurückliegende Alltagsvorgänge. Dabei muss ferner dargelegt werden, dass im Rahmen des Zumutbaren versucht wurde, sich die verlorene Kenntnis wieder zu verschaffen.
- 399 Im Übrigen muss das Wissen eines **gesetzlichen Vertreters** von diesem beschafft werden und steht daher de facto eigenem Wissen gleich. Dabei kommt es auf die Vertretereigenschaft im Zeitpunkt der prozessualen Erklärungspflicht an.⁸⁰⁷ Ob für die Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Vertreters Ähnliches gilt (analog § 166 BGB), ist streitig, aber zu verneinen.⁸⁰⁸
- 400 Bei juristischen Personen und Personengesellschaften müssen Erkundigungen über vorhandenes Wissen der Mitarbeiter eingezogen werden.⁸⁰⁹ Diese prozessuale **Informationspflicht** darf nicht zu streng gehandhabt werden, denn sie befindet sich ohnehin schon an der Grenze dessen, was der Wortlaut des § 138 Abs. 4 hergibt.⁸¹⁰ Bei außerhalb eines Unternehmens stehenden Personen muss eine Partei nur dann Informationen zu beschaffen versuchen, wenn sie bezogen auf den Streitfall unter Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung der Partei tätig geworden sind (zB der örtliche Reiseleiter für den Reiseveranstalter),⁸¹¹ also gleichsam in deren Lager stehen.⁸¹² Die bloße Geschäftspartnerschaft genügt nicht.⁸¹³

Weitere Sonderfälle:

- Der in Anspruch genommene **Haftpflichtversicherer** darf sich über die Unfallschilderung des Geschädigten grundsätzlich nicht mit Nichtwissen erklären.⁸¹⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn der – näher darzulegende – Verdacht der Unfallsmanipulation durch die beteiligten Fahrer besteht.⁸¹⁵
- Im Falle der **Abtretung** oder der **gewillkürten Prozesstandschaft** muss sich der Kläger die Kenntnisse des Zedenten bzw. Rechtsinhabers über die vom Beklagten vorgebrachten Einwendungstatsachen zurechnen lassen.⁸¹⁶

805 KG NZV 2009, 292.

806 BGH NJW 1995, 130 (131).

807 BGH NJW-RR 2002, 612 (613).

808 LG Berlin VersR 2001, 1226; Hk-ZPO/Wöstmann § 138 Rn. 8; aA Musielak/Voit/Stadler § 138 Rn. 17.

809 BGH NJW 1995, 130 (131).

810 BGH NJW 1990, 453 (454).

811 LG Frankfurt VersR 1991, 378.

812 BGH NJW-RR 2009, 1666 (1668).

813 BGH NJW 1999, 53 (54).

814 OLG Frankfurt VersR 1974, 585 (19. Senat); aA OLG Frankfurt NZV 2006, 258 (13. Senat); MüKoZ-PO/Fritsche § 138 Rn. 30; differenzierend BGH NJW 2019, 3788.

815 OLG Karlsruhe r+s 1997, 107, 108 f.

816 OLG Köln NJW-RR 1995, 1407 f.; OLG Düsseldorf MDR 2002, 1148.

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

- Ob das auch für Fälle der gesetzlichen Vertragsübernahme – zB nach § 566 BGB und bei Mängleinwänden des Mieters⁸¹⁷ – gilt, erscheint zweifelhaft. Man muss sich davor hüten, § 138 Abs. 4 durch uferlose Ausdehnung des „Verantwortungsbereichs“ einer Partei zu entwerten. Die Norm gebietet eine teleologische Reduktion nur dann, wenn die Erklärungslast durch arbeitsteilige Organisation oder prozesstaktische Manöver allzu leicht abzustreifen wäre.

Soweit sich nach alledem eine unzulässige Erklärung mit Nichtwissen ergibt, ist dies wie ein Nichtbestreiten zu werten (§ 138 Abs. 3). Es bedarf also keines Beweises. 401

Praxistipp:

Wenn der Gegner im Termin neuen Vortrag bringt, zu dem die eigene Partei keine spontanen Informationen präsent hat, darf der Anwalt sich nicht einfach mit einer Erklärung mit Nichtwissen behelfen. Vielmehr hat er eine Schriftsatzfrist (§ 283) zu beantragen, um zwischenzeitlich prüfen zu können, welches Wissen vorhanden ist oder ggf. beschafft werden muss. Notfalls hat das Gericht einen solchen Antrag anzulegen (§ 139).⁸¹⁸

2. Offenkundigkeit

Schrifttum: *Bachmeier*, Internetrecherche – Gerichtsbekanntheit und Beweisaufnahme, DAR 2012, 557; *Dötsch*, Internet und Offenkundigkeit, MDR 2011, 1017; *Pantle*, Beweiserhebung über offenkundige Tatsachen?, MDR 1993, 1166; *Stackmann*, Terra incognita – was ist gerichtsbekannt?, NJW 2010, 1409.

Gemäß § 291 bedürfen bei Gericht offenkundige Tatsachen keines Beweises. Auf Bestreiten oder Zugestehen solcher Tatsachen kommt es nicht an. Das gilt auch, wenn ein Urkundenprozess geführt wird und die offenkundige Tatsache nicht durch Urkunden zu beweisen gewesen wäre.⁸¹⁹ 402

Man unterscheidet zumeist zwischen allgemeinkundigen und gerichtskundigen Tatsachen. Dagegen sind Erfahrungssätze nicht von § 291 erfasst.⁸²⁰ 403

a) **Allgemeinkundige Tatsachen.** Hierunter fallen solche Umstände, die eine beliebig große Anzahl verständiger Menschen ohne besondere Fachkunde aus allgemein zugänglichen Quellen zuverlässig wahrnehmen kann.⁸²¹ 404

Beispiele:

Historische Ereignisse und deren anerkannte Ursachen, geografische Gegebenheiten und Entfernungen, regionale Gebräuche, Angaben in statistischen Jahrbüchern, der regelmäßig veröffentlichte Lebenshaltungskostenindex, Börsenkurse, die überaus große Bekanntheit einer Marke.⁸²²

817 Bejahend AG Hamburg NZM 2007, 802.

818 BGH NJW 1985, 1539 (1543).

819 BGHZ 62, 286; BGH WM 1985, 738.

820 BGH NJW 2004, 1163 (1164); vgl. im Übrigen Rn. 176.

821 BSG NJW 1979, 1063.

822 BGH GRUR 2011, 1043; OLG München OLG 2002, 50.

4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit

- 405 **Informationsquellen** in diesem Sinne sind insbesondere wissenschaftliche Nachschlagewerke, Zeitungen und Zeitschriften, aber auch Datenbanken im Internet.⁸²³ Hierzu gehört durchaus auch „Wikipedia“,⁸²⁴ wobei sich eine kritische Prüfung empfiehlt, ob die Angaben als zuverlässig angesehen werden können.⁸²⁵
- 406 **Nicht allgemeinkundig** sind Faktoren, die zwar als solche bekannt sind, deren Wirkung aber vom Einzelfall abhängt (zB Lärmbelästigung).⁸²⁶ Das schließt es nicht aus, in solchen Fällen aus der Lebenserfahrung heraus beweisrechtliche Konsequenzen zu ziehen.

Beispiel:

Dass ein Heizungsausfall im Winter den Betrieb einer Anwaltskanzlei erheblich beeinträchtigt, ist zwar nicht offenkundig,⁸²⁷ entspricht aber einer typischen Mangelfolge. Im Mietrechtsstreit kann hierfür ein Anscheinsbeweis sprechen.

- 407 **b) Gerichtskundige Tatsachen.** Das Gericht kann solche Tatsachen ohne Beweis zugrunde legen, die ihm **in amtlicher Eigenschaft** – insbesondere in anderen Verfahren, gleich welcher Art – bekannt geworden sind und an die es sich mit voller Überzeugung erinnern kann.

Beispiele:

Wissenschaftliche Erkenntnisse aufgrund von Gutachten in anderen Prozessen;⁸²⁸ dienstliche Mitteilungen, etwa über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens; Existenz eines Testamentes.

Zweifelsfall:

Zurückhaltung ist geboten bei der Feststellung ambivalenter Begriffe, etwa einer „schwierigen Wohnmarktsituation“ in einer bestimmten Stadt.⁸²⁹ Diese kann man allenfalls als Indiz verwerten.

- 408 Demnach scheiden solche Tatsachen aus, die der Richter auf private Weise ermittelt hat.⁸³⁰ Anderenfalls wäre er zugleich Zeuge, was die Verfahrensordnung nicht zulässt (§ 41 Nr. 5).
- 409 Bei einem Kollegialgericht muss es sich um unmittelbare Kenntnis der Mehrheit, also mindestens zweier Richter handeln (§ 196 Abs. 1 GVG).⁸³¹
- 410 Ob auch solche Tatsachen erfasst sind, die der Richter zwar nicht präsent hat, aber **aus Akten desselben Gerichts** beschaffen könnte, ist streitig.⁸³² Diese Frage ist zu ver-

823 *ArbG Siegen* MMR 2006, 836.

824 OLG München NJW-RR 2019, 248; *LG Köln* GRUR-RR 2009, 260; *AG Köln* NJW 2011, 2979.

825 BeckOK ZPO/Bacher § 291 Rn. 5.

826 OLG Schleswig NJW-RR 1991, 715; aA OLG München MDR 2004, 531.

827 So aber OLG Dresden NJW-RR 2002, 1163.

828 BGH NJW 1998, 3498 (3499).

829 So aber LG Dresden WuM 1994, 377.

830 BGH NJW 1987, 1021. Anders ist es bei der Ermittlung allgemeinkundiger Tatsachen; vgl. BGH NJW 2007, 3211.

831 BGH VersR 1960, 511.

832 Bejahend Thomas/Putzo/Reichold § 291 Rn. 2; verneinend OLG Jena InVo 2002, 422; BLHAG/Nober § 291 Rn. 5 a.

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

neinen, denn anderenfalls würde die Trennlinie zum Urkundenbeweis und dessen besonderen Regeln verwischt.⁸³³ Es verstößt im Übrigen gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, wenn Aussagen, die Zeugen vor dem gleichen Gericht in einem anderen Verfahren gemacht haben, als gerichtsbekannt verwertet werden.⁸³⁴ In Zweifelsfällen muss das Gericht den Weg über eine Beweisaufnahme wählen, statt vorschnell von § 291 Gebrauch zu machen.

c) **Verfahrensfragen.** aa) **Tatsachenvortrag.** Sehr streitig ist, ob offenkundige Tatsachen in Verfahren mit Verhandlungsmaxime überhaupt durch die Parteien eingeführt werden müssen⁸³⁵ oder ob sie das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen hat.⁸³⁶ Hierzu muss man sich den Zweck und die systematische Stellung des § 291 vor Augen halten. Er will eine Beweisaufnahme vermeiden, wo sie überflüssige Förmerei wäre. Vom Wegfall der Dispositionsmaxime und des Beibringungsgrundsatzes wird nicht gesprochen. Es bleibt daher bei der **Notwendigkeit entsprechenden Parteivortrags.** 411

Praxistipp:

Für die Verfahrenswirklichkeit ist die Bedeutung dieser Streitfrage gering.⁸³⁷ Denn der besonnene Anwalt wird auch solche Tatsachen vortragen, von denen er mutmaßt, sie bedürften wegen Offenkundigkeit keiner Beweisaufnahme.

Aus der hier vertretenen Lösung folgt allerdings, dass ein **Versäumnisurteil** (§ 331) 412 gegen den Beklagten auch dann ergehen kann, wenn sich aus einer offenkundigen Tatsache eine rechtsvernichtende oder -hemmende Einwendung gegen den Klageanspruch ergäbe.

Etwas anderes gilt nur, wenn der Klageanspruch selbst auf offenkundig unzutreffende 413 Tatsachen gestützt wird.⁸³⁸

bb) **Gerichtliches Procedere.** Das Gericht hat die Parteien darauf **hinzuweisen**, dass 414 es infolge Offenkundigkeit einer Tatsache keinen Beweis zu erheben beabsichtigt (§ 139).⁸³⁹ Den Parteien ist die Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (Art. 103 Abs. 1 GG). Nur dann ist eine Verwertung im Urteil möglich. Anderenfalls liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel iSv § 538 Abs. 2 Nr. 1 vor.⁸⁴⁰ In dessen Entscheidungsgründen kann es dann heißen:

► ... Hierüber musste das Gericht trotz Bestreitens des Beklagten keinen Beweis erheben. Denn dieser Umstand ist allgemein bekannt und daher offenkundig (§ 291 ZPO).
... ◀

833 Hk-ZPO/Saenger § 291 Rn. 6; Musielak/Voit/Huber § 291 Rn. 2.

834 BGH MDR 2011, 562.

835 So BAG NJW 1977, 695; BLHAG/Nober § 291 Rn. 7; offengelassen bei BVerfG NJW 1994, 1274; differenzierend Zöller/Greger § 291 Rn. 2 a.

836 So AG Dortmund WuM 2004, 720; Hk-ZPO/Saenger § 291 Rn. 10; PG/Laumen § 284 Rn. 10.

837 Ebenso Musielak/Voit/Huber § 291 Rn. 4.

838 BGH NJW 1979, 2089.

839 BGH NJW-RR 1993, 1122 (1123); BAG NZA-RR 2011, 378.

840 BGH NJW-RR 2013, 1013.

4. Kapitel: Beweisbedürftigkeit

- 415 Die Möglichkeit, **Gegenbeweis** anzutreten, besteht stets.⁸⁴¹ Er ist auf die Unrichtigkeit der als allgemein- oder gerichtskundig behandelten Tatsache gerichtet.

3. Vermutungen, Fiktionen und Abgrenzungsfälle

Schrifttum: *Baumgärtel*, Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung“ im Zivilprozess, FS-Schwab (1990), S. 43; *Medicus*, Ist Schweigen Gold? – Zur Widerlegung der Rechtsvermutungen aus §§ 891, 1006 BGB, FS-Baur (1981), S. 63; *Musielak*, Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, 561.

- 416 a) **Gesetzliche Vermutungen (§ 292)**. aa) **Vermutungsbasis**. Das Gesetz schreibt dem Richter an verschiedenen Stellen bindend vor, dass er von einer tatbestandsfremden Tatsache (Vermutungsbasis) auf das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals zu schließen habe. Dabei kann es sich auch um ein negatives Tatbestandsmerkmal handeln.

Beispiele:

- § 440 Abs. 2: Echtheit der Unterschrift → Echtheit der Urkunde
 - § 476 BGB: Mangelerscheinung innerhalb von 6 Monaten → Mangel bei Gefahrübergang⁸⁴²
 - § 558 d Abs. 3 BGB: qualifizierter Mietspiegel → ortsübliche Vergleichsmiete
 - § 630 h Abs. 3 BGB: fehlende Dokumentation → fehlende ärztliche Maßnahme⁸⁴³
 - § 938 BGB: dauerhafter Eigenbesitz
 - § 1117 Abs. 3 BGB: Besitz des Hypothekenbriefes → Übergabe
 - § 1253 Abs. 2 Satz 1 BGB: Besitz → Rückgabe der Pfandsache
 - § 2009 BGB: vollständiges Nachlassinventar
 - § 409 Abs. 2 HGB: unterzeichneter Frachtbrief → ordnungsgemäße Übergabe
 - § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO: Zahlungseinstellung⁸⁴⁴ → Zahlungsunfähigkeit
 - § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG: Namensliste im Interessenausgleich → dringendes betriebliches Erfordernis
 - § 39 a WpÜG: mindestens 90 % Grundkapital → Angemessenheit der Abfindung
 - § 84 Abs. 2 Satz 1 AMG: Schadenseignung eines Arzneimittels → konkrete Schadensverursachung
- 417 In einigen Fällen wird auf eine Basistatsache ganz verzichtet und ein Tatbestandsmerkmal voraussetzungslos „bis zum Beweis des Gegenteils“ vermutet.

841 *BVerfG* 1996, 183, 184; aA *Zöller/Greger* § 291 Rn. 4.

842 *BGH NJW* 2017, 1093; *BGH BeckRS* 2020, 13134.

843 *BGH NJW* 2015, 411.

844 Vgl. zum insofern denkbaren Indizienbeweis *BGH NJW-RR* 2011, 1413; *BGH NZI* 2013, 932.

II. Mangelnde Beweisbedürftigkeit kraft Gesetzes

Beispiele:

- § 178 Abs. 2 VVG (Unfreiwilligkeit eines Unfalls)
- Ähnlich ist es mit der gesetzlichen Dringlichkeitsvermutung in § 12 Abs. 2 UWG.⁸⁴⁵ Sie betrifft den Verfügungsgrund im Rahmen der §§ 935, 940 und damit einen Sonderfall des Rechtsschutzbedürfnisses. Diese Vermutung wird insbesondere durch langes Zuwarten bei der Antragstellung widerlegt.⁸⁴⁶

Gegenstand einer gesetzlichen Vermutung kann neben einer Tatsache auch ein **Rechtszustand** sein. Dann ist das Gericht von der Prüfung der Frage entbunden, ob das Recht entstanden oder untergegangen ist. 418

Beispiele:

- § 891 BGB: Grundbucheintrag → Rechtsinhaberschaft
- § 1006 Abs. 1 BGB: Besitz → Eigentum
- § 1362 Abs. 1 BGB: Besitz → Schuldnerigentum
- § 1964 Abs. 2 BGB: Erbrecht des Fiskus
- § 2365 BGB: Bezeichnung als Erbe → Erbrecht

bb) Beweisrechtliche Folgen. Die begünstigte Partei hat zunächst die Vermutungsbasis vorzutragen und notfalls zu beweisen. Das eröffnet die Möglichkeit des Gegenbeweises.⁸⁴⁷ Wenn der Beweis gelungen ist oder gar nicht notwendig war, steht die Vermutungsfolge ohne weitere Beweisaufnahme fest. Das Gericht muss die vermutete Tatsache auch dann zugrunde legen, wenn es von dessen Vorliegen nicht überzeugt ist.⁸⁴⁸ Nach ganz überwiegender Ansicht muss die vermutete Tatsache noch nicht einmal behauptet worden sein.⁸⁴⁹ Im Ergebnis kommt es also zu einer **Verschiebung des Beweisthemas**.⁸⁵⁰ 419

Der **Beweis des Gegenteils** bezieht sich auf die Vermutungsfolge.⁸⁵¹ Er ist der anderen Partei grundsätzlich eröffnet, es sei denn, das Gesetz schließt dies ausdrücklich aus (unwiderlegbare Vermutung). 420

Beispiele:

§ 503 Abs. 2 Satz 4 BGB (Ausübung des Rücktrittsrechts), § 1566 BGB (Zerrüttung der Ehe), § 344 HGB (Zugehörigkeit zum Handelsgeschäft).

Dieser Beweis ist erst dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache zur vollen Überzeugung feststeht.⁸⁵² Insofern gelten die allgemeinen Regeln, einschließlich der Möglichkeit einer Parteivernehmung (§ 292 Satz 2) und des Indizien- 421

845 AA *OLG Celle* GRUR-RR 2008, 414 und *OLG Koblenz* WRP 1985, 578 (579) (nur „tatsächliche Vermutung“); vgl. auch *Traub* WRP 2000, 1046 (jeweils zu § 25 UWG aF).

846 *BGH* GRUR 2000, 151 (152); *KG* NJW-RR 2001, 1201 (1201).

847 Vgl. hierzu Rn. 199.

848 *PG/Laumen* § 292 Rn. 4.

849 *StJ/Thole* § 292 Rn. 20; *PG/Laumen* § 292 Rn. 4.

850 *BGH* NJW 1951, 397 (398); *Hk-ZPO/Saenger* § 292 Rn. 7.

851 *BGH* NJW-RR 2000, 397 spricht auch insoweit vom „Gegenbeweis“ (zu § 6 Abs. 3 aF VVG).

852 *BGH* NJW 2002, 2101 (2102); unzutreffend und wirt daher die Formulierung „gesetzliche Vermutung entkräftet“ bei *KG* NJW-RR 2008, 890 (891) (zu § 6 Abs. 3 aF VVG).