

Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen

Schuschke / Kessen / Höltje

36., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-6802-1
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

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

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ZPO den vom Gegner behaupteten Inhalt der Urkunde als bewiesen ansehen. Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, wird der Beweis durch den Antrag angetreten, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben (§ 421 ZPO). Das Verfahren richtet sich dann nach §§ 424–427 ZPO. Soll ein Dritter im Besitz der Urkunde sein, durch die der Beweis geführt werden soll, kann die vorlegungspflichtige, in der Regel also die beweisführungspflichtige Partei beantragen (§ 428 ZPO), dass gegen den Dritten gem. § 142 ZPO vorgegangen wird.⁴³⁴ Nach dieser Vorschrift kann das Gericht anordnen, dass ein Dritter (aber auch eine Partei) in seinem Besitz befindliche Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt.

Eine Urkunde hat nur **Beweiskraft**, wenn sie echt ist. Die **Echtheit** einer öffentlichen Urkunde wird vom Gesetz vermutet (§ 437 Abs. 1 ZPO).⁴³⁵ Die Echtheit einer Privaturkunde ist zu beweisen, wenn sie bestritten ist (§ 440 Abs. 1 ZPO). Bei echter Namensunterschrift wird allerdings gem. § 440 Abs. 2 ZPO vermutet, dass die über der Unterschrift stehende Schrift echt ist. Es genügt also zunächst der Beweis der Echtheit der Unterschrift. Diese Vermutung gilt nicht für Zusätze oder Veränderungen, die unstrittig erst nach der Unterschrift auf die Urkunde gesetzt worden sein sollen.⁴³⁶ Diese gesetzlichen Vermutungen haben jeweils zur Folge, dass der Gegner sie widerlegen muss (§ 292 ZPO).⁴³⁷ Die Widerlegung kann mit allen Beweismitteln der ZPO erfolgen, soweit das Gesetz nicht im Einzelfall Einschränkungen vorsieht, so etwa in § 314 S. 2 ZPO hinsichtlich der Beweiskraft des Tatbestandes eines Urteils.

Steht die Echtheit der Urkunde fest, bestimmt sich ihre **formelle Beweiskraft**⁴⁵³ nach festen Regeln, an die das Gericht gem. § 286 Abs. 2 ZPO gebunden ist: **Öffentliche Urkunden** begründen nach §§ 415, 418 ZPO den vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs. Der Beweis des Gegenteils ist zulässig. Unter den besonderen Voraussetzungen des § 417 ZPO begründet die öffentliche Urkunde sogar den vollen Beweis ihres Inhalts. Von den Ausstellern unterschriebene **Privaturkunden** begründen vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben worden sind (§ 416 ZPO). Außerdem besteht eine **tatsächliche Vermutung für die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit einer Privaturkunde**.⁴³⁸ Wer sich auf mündliche Nebenabreden beruft oder darauf, es sei etwas anderes vereinbart worden, als schriftlich festgehalten ist, trägt hierfür die volle Beweislast.⁴³⁹ Diese Vermutung setzt allerdings voraus, dass der Geschäftsinhalt allein aus dem Urkundentext (dh ohne Berücksichtigung der außerhalb der Urkunde liegenden sonst für die Auslegung maßgeblichen Umstände) bestimmt werden kann. Dabei muss und kann der Urkundentext nach Wortlaut und innerem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) ausgelegt werden. Die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände können sodann zur Widerlegung der durch die Urkunde begründeten Vermutung des Geschäftsinhalts herangezogen werden.⁴⁴⁰

⁴³⁴ BGH NJW 2007, 155; Musielak/Voit/Stadler ZPO § 142 Rn. 9.

⁴³⁵ Zur Reichweite der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit einer Urkunde ausführlich: Elzer JR 2006, 447.

⁴³⁶ BGH NJW 2000, 1179; BayObLG RPfleger 1985, 106.

⁴³⁷ BGHZ 104, 172; Elzer JR 2006, 447, 450.

⁴³⁸ BGH NJW 1999, 1702, 1703; 2002, 3164f.; Grüneberg/Ellenberger BGB § 125 Rn. 21; Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 416 Rn. 3.

⁴³⁹ BGH NJW 1995, 3258.

⁴⁴⁰ Zum Ganzen: BGH NJW 2002, 3164 f.

- 454 Die **materielle Beweiskraft** der Urkunde wird durch die Bedeutung bestimmt, welche die durch die Urkunde bewiesene Erklärung für die Beweisfrage und damit für die Entscheidung hat.

Beispiel: Streiten die Parteien darüber, ob der Beklagte sich für eine Schuld eines Dritten verbürgt hat, wird durch die Vorlage einer vom Beklagten unterschriebenen „Bürgschaftsurkunde“ bewiesen, dass der Beklagte die in der Urkunde über seiner Unterschrift niedergelegten Erklärungen tatsächlich abgegeben hat. Nicht „bewiesen“ ist, dass die Erklärungen den rechtlichen Tatbestand des Bürgschaftsvertrages ausfüllen, dass diese Erklärungen rechtlich wirksam sind, dass der Vertrag weiterhin besteht. Dies sind Rechtsfragen, die das Gericht durch Subsumtion unter die in Betracht kommenden Normen rechtlich beantworten muss, die also nicht „bewiesen“ werden können.

- 455 Nicht immer beweisen die Urkunden die Haupttatsachen, zu deren Beweis sie vorgelegt wurden, unmittelbar, sondern stellen nur Indizien dar, die den Schluss auf die Haupttatsache zulassen, wenn der Gegner nicht seinerseits einen Lebenssachverhalt vorträgt und beweist, der die Indizwirkung aufhebt.

Beispiel: Wird eine echte Quittung (§ 368 BGB) vorgelegt, soll durch sie in der Regel nicht bewiesen werden, dass der Gläubiger nur den Empfang der Leistung erklärt, sondern dass er sie auch wirklich empfangen hat. Behauptet der Gläubiger, dass er im Vertrauen darauf, vom Schuldner die versprochene Leistung umgehend zu erhalten, die Quittung schon einmal ausgefüllt habe, dass ihn der Schuldner aber getäuscht und das versprochene Geld dann doch nicht übergeben habe, beweist die Quittung nicht unmittelbar die Zahlung. Sie ist aber ein zunächst schlüssiges Indiz für die Zahlung, so dass der Gläubiger die Nichtzahlung beweisen muss.

- 456 Zu beachten ist, dass durch AGB-Regelungen wegen § 309 Nr. 12 S. 1 lit. b BGB Beweiswirkungen nur in begrenztem Umfang herbeigeführt werden können. Diese Vorschrift verbietet nicht nur eine Abänderung der Beweislage, sondern jede Erschwerung der Beweisführung für den Verwendungsgegner. So dürfen etwa aus einer Erklärung in AGB, bestimmte Informationsunterlagen erhalten und gelesen zu haben, keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden.⁴⁴¹ Empfangsbekenntnisse sind nur dann wirksam, wenn sie gesondert erklärt worden sind.⁴⁴²

- 457 **Urteile**, die in einer anderen Sache ergangen sind, binden den Richter nur, wenn sie unter den Parteien Rechtskraft erzeugen. Die Rechtskraft hat aber enge Grenzen und erstreckt sich nie auf präjudizielle Rechtsverhältnisse.⁴⁴³ Entsprechendes gilt für Verwaltungsakte.⁴⁴⁴ Im Übrigen hängt die Bedeutung solcher Urteile von der Überzeugungskraft ihrer Begründung ab. Das gilt auch für Strafurteile.⁴⁴⁵ Sie dürfen in der Beweiswürdigung nicht einfach zur Seite geschoben werden, wenn sie zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden. Der Zivilrichter muss sich mit einem solchen Strafurteil eigenständig auseinandersetzen, kann es aber nicht einfach als Beweismittel für oder gegen das Begehen einer Straftat durch die Partei verwenden. Das Strafurteil erhöht in jedem Fall die Darlegungslast des Gegners.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ Vgl. BGH NJW 2014, 2857 Rn. 28 ff.

⁴⁴² BGH NJW-RR 2019, 428 Rn. 37 (anders im Bereich der ärztlichen Aufklärung: BGH NJW 2021, 3528).

⁴⁴³ BGHR 2003, 1166 mAnm durch *Deichfuß* ProzRB 2003, 356.

⁴⁴⁴ BGH VersR 2021, 650.

⁴⁴⁵ BGHZ 85, 32; BGH WM 2021, 1937 Rn. 11.

⁴⁴⁶ BGH NJW-RR 2018, 1534 Rn. 9 mwN.

Protokolle über die Vernehmung von Zeugen in anderen Prozessen können im Einvernehmen der Parteien zu Beweiszwecken herangezogen werden. Der früher erhobene Zeugenbeweis wird dann zum Urkundenbeweis und ist als solcher (also nicht nach den Regeln der Würdigung einer Zeugenaussage) frei zu würdigen.⁴⁴⁷ Kommt es auf die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen, der nur in einem anderen Prozess vernommen wurde, an, kann sie nicht allein anhand der Urkunde ermittelt werden.⁴⁴⁸ Die Partei ist an ihre Zustimmung, sich mit der Auswertung einer früheren Beweisaufnahme zufriedenzugeben, nicht unwiderruflich gebunden. Sie kann, wenn sie erkennt, dass das Gericht Zweifel an der Überzeugungskraft dieses Urkundenbeweises hat, nachträglich die persönliche Vernehmung des Zeugen beantragen, ohne dass ihr hieraus der Vorwurf der Verfahrensverzögerung gemacht werden dürfte.⁴⁴⁹ Das Gericht darf sich dann nicht mit der Verwertung der protokollierten früheren Aussage begnügen.⁴⁵⁰

Weist eine Urkunde äußere Mängel auf, beispielsweise Durchstreichungen, Einschaltungen, Radierungen oder Unleserlichkeiten, ist sie nicht von vornherein wertlos, ihre Beweiskraft kann aber im Einzelfall aufgehoben oder gemindert sein; ob und inwieweit dies der Fall ist, entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung (§ 419 ZPO). Damit gelten für fehlerhafte Urkunden nicht mehr die strengen Beweisregeln der §§ 415–418 ZPO (mit der Wirkung des § 286 Abs. 2 ZPO), sondern wieder der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO).⁴⁵¹

3. Die amtliche Auskunft

Ein Beweismittel eigener Art ist die vom Gericht eingeholte amtliche Auskunft einer Behörde.⁴⁵² Je nach dem Charakter der Auskunft sind die Regeln über den Urkundenbeweis durch öffentliche Urkunde, über die schriftliche Vernehmung eines Zeugen (§ 377 Abs. 3 ZPO) oder über ein schriftliches Sachverständigengutachten⁴⁵³ entsprechend heranzuziehen. Aus § 273 Abs. 2 ZPO kann nicht entnommen werden, dass amtliche Auskünfte ohne entsprechenden Beweisantrag im Wege der Amtsermittlung nach freiem Ermessen des Gerichts einzuholen wären.⁴⁵⁴ Soweit die Auskunft nicht lediglich zur internen Stoffsammlung durch das Gericht eingeholt wurde, sondern als Beweismittel dienen soll, bedarf es eines entsprechenden Beweisantritts durch die Parteien.

Alle deutschen Behörden sind den Gerichten im Wege der Amtshilfe zur Erteilung der erbetenen Auskünfte verpflichtet, soweit nicht aus Gründen der Staatssicherheit, der Landesverteidigung, des Persönlichkeits- oder Datenschutzes⁴⁵⁵ ausnahmsweise Geheimhaltung geboten ist.

4. Der Zeugenbeweis

a) Der Zeugenbeweis wird durch Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Tatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll, angetreten

⁴⁴⁷ BGHZ 1, 220; BGH NJW 1982, 580; NJW 1995, 2856; NJW 2000, 1420; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 638; Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 286 Rn. 11.

⁴⁴⁸ Musielak/Voit/Foerste ZPO § 286 Rn. 5.

⁴⁴⁹ BGH NJW 1983, 999.

⁴⁵⁰ BGH MDR 1992, 803.

⁴⁵¹ BGH NJW 1988, 60; Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 419 Rn. 3.

⁴⁵² Zum Behördenbegriff in diesem Zusammenhang: Zöller/Greger ZPO § 273 Rn. 8.

⁴⁵³ BGH MDR 1964, 223.

⁴⁵⁴ Musielak/Voit/Foerste ZPO § 273 Rn. 11; Zöller/Greger ZPO § 273 Rn. 3.

⁴⁵⁵ BVerfG NJW 1970, 555.

(§ 373 ZPO). Der Zeuge muss mit Namen und ladungsfähiger Anschrift angegeben werden. Die Benennung eines Zeugen als „N.N.“ (Nomen Nominandum) genügt nicht; das Gericht muss aber eine Frist zur Nennung des Namens setzen (§ 356 ZPO), bevor es diesen Beweis ablehnt.⁴⁵⁶

- 463 b) Zeugen im prozessrechtlichen Sinne sind Personen, die nicht Partei des Prozesses sind (und daher nicht für eine Parteivernehmung in Betracht kommen) und die dem Richter das kundgeben (bzw. kundgeben sollen), was sie mit eigenen Sinnen über „vergangene Tatsachen und Zustände“ (§ 414 ZPO) wahrgenommen haben. Neben am Verfahren gänzlich unbeteiligten Dritten können Zeuge also auch sein: der Nebenintervent, sofern er nicht als Streitgenosse gilt; der Schuldner in den Prozessen des Insolvenzverwalters; der Erbe im Prozess des Testamentsvollstreckers; nicht vertretungsberechtigte Organe juristischer Personen (zB ein Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft außer im Falle des § 112 AktG); Mitglieder eines verklagten nichtrechtsfähigen Vereins (§ 50 Abs. 2 ZPO); Kommanditisten;⁴⁵⁷ von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossene Gesellschafter einer oHG;⁴⁵⁸ der Prozessbevollmächtigte einer Partei. Ein Streitgenosse kann Zeuge über solche Tatsachen sein, die ausschließlich andere Streitgenossen betreffen.⁴⁵⁹
- 464 c) Die Aufgabe des Zeugen beschränkt sich darauf, das von ihm Wahrgenommene mitzuteilen; er soll es weder im Hinblick auf den Prozess bewerten noch durch Vermutungen über das, was über das Wahrgenommene hinausgeht, ausschmücken. Als Person, „die dabei war“,⁴⁶⁰ soll er dem Gericht seine konkreten Wahrnehmungen mitteilen, damit die Richter einen Sachverhalt feststellen können, den sie im Gegensatz zum Zeugen eben nicht erlebt haben. Diese Funktion sollte den Zeugen schon vor ihrer Vernehmung im Rahmen der Belehrung über ihre Wahrheitspflicht und die Folgen einer falschen Aussage vor Gericht (§ 395 Abs. 1 ZPO) verdeutlicht werden. Denn vielen Zeugen ist es gar nicht bewusst, dass sie über ihre Wahrnehmungen hinaus bloße Spekulationen als Tatsachen mitteilen, ohne dies deutlich zu trennen.

Ein typisches **Beispiel** hierfür sind die Aussagen vieler Zeugen, die selbst Autofahrer sind, über ihre Wahrnehmungen bei einem Verkehrsunfall:⁴⁶¹

Sie haben während ihrer eigenen Fahrten ein bestimmtes Verhalten anderer Autofahrer des Öfteren selbst wahrgenommen, sich hierüber vielleicht auch geärgert. Beim Unfall, über den sie als Zeugen vernommen werden, hörten sie tatsächlich nur einen Knall und sahen dann die reichlich zerbeulten unfallbeteiligten Fahrzeuge. Aus dem Streit der unfallbeteiligten Fahrer und der Stellung der Fahrzeuge an der Unfallstelle glauben sie, auf die von ihnen mehrfach erlebte Situation rückschließen zu dürfen und sogleich entstand vor ihrem inneren Auge ein konkretes Bild des Ablaufes des vorliegenden Unfalls. Sie schildern dann dem Gericht im besten Glauben einen Unfallhergang als von ihnen wahrgenommen, den sie in Wahrheit nicht gesehen haben. Sie meinen: „Es muss meiner Meinung nach so gewesen sein; es kann ja gar nicht anders gewesen sein.“ Sie sagen aber: „Es war so.“

- 465 Für die korrekte Aufnahme der Tatsachen zum Zeitpunkt des Geschehens, über das später berichtet werden soll, sind die **Wahrnehmungsmöglichkeit** für den Zeu-

⁴⁵⁶ Musielak/Voit/Huber ZPO § 373 Rn. 10.

⁴⁵⁷ BGH NJW 1965, 2253.

⁴⁵⁸ BGHZ 42, 230.

⁴⁵⁹ BGH WM 1983, 729; NJW-RR 1991, 256.

⁴⁶⁰ So sehr treffend Thomas/Putzo/Seiler ZPO Vorb. § 373 Rn. 1.

⁴⁶¹ Hierzu: Kirchhoff MDR 1999, 1473.

gen (Versperrte ihm etwas die Sicht? War es bereits sehr dunkel? Erschwertete großer Lärm das Mithören? usw), seine persönliche **Wahrnehmungsfähigkeit** (Ist er sehr kurzsichtig? Hört er etwa schwer? Ist er etwas „begriffsstutzig“? usw) und seine **Wahrnehmungsbereitschaft** (War er in ein Gespräch vertieft? War er mit anderen Tätigkeiten befasst, als er die Wahrnehmung gemacht haben will? Musste er sich gar zu diesem Zeitpunkt auf einen anderen Vorgang konzentrieren? usw) von großer Bedeutung. Der Vernehmende sollte diese Voraussetzungen der Wahrnehmung durch den Zeugen deshalb klären und im Protokoll mit festhalten, da dies die Beurteilung der Aussage auch in späteren Instanzen sehr erleichtert. Derjenige, der eine Aussage nur anhand des Protokolls zu beurteilen hat, sollte versuchen, sich über die Wahrnehmungssituation des Zeugen Klarheit zu verschaffen, bevor er dessen Angaben zur Sache wertet.

Die Angaben des Zeugen zur Sache werden nicht nur durch das bestimmt, was er seinerzeit wahrgenommen hat, sondern auch durch die konkrete **Wiedergabesituation** der früheren Wahrnehmungen nunmehr im Prozess: Liegt der Vorfall, über den berichtet werden soll, lange zurück und war er damals für den Zeugen von geringer persönlicher Bedeutung, ist es ganz natürlich, dass der Zeuge Details, vielleicht sogar den gesamten Vorgang vergessen hat. Seine **Fähigkeit zur Wiedergabe** ist also eingeschränkt. Es spricht in der Regel nicht gegen, sondern für einen Zeugen, wenn er sich nach langer Zeit an vieles nicht mehr erinnert.⁴⁶² Deshalb wird dann, wenn der Zeuge an einen sehr lange zurückliegenden Vorgang noch eine sehr detaillierte Erinnerung hat, stets bei der Vernehmung nach dem Grund dieser ungewöhnlich guten Erinnerung zu fragen sein. Auch diese Angaben sollten protokolliert werden. Die **Bereitschaft zur umfassenden und zutreffenden Wiedergabe** des früher einmal Wahrgenommenen kann durch die persönliche Beziehung des Zeugen zu einer der Prozessparteien oder zum Gegenstand des Rechtsstreits beeinflusst sein.⁴⁶³ Deshalb sollte der Zeuge nach seinen Beziehungen (nicht nur den verwandtschaftlichen Beziehungen im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 1–3 ZPO) zu den Prozessparteien und zum Streitstoff des Prozesses (auch nicht nur im Hinblick auf das mögliche Aussageverweigerungsrecht nach § 384 ZPO) befragt werden.

d) Sind mehrere Zeugen zu vernehmen, muss sich das Gericht zunächst über die Reihenfolge der Vernehmung klarwerden. Besteht die Beweisaufnahme aus mehreren Komplexen, zu denen unterschiedliche Zeugen zu vernehmen sind, sollten zunächst alle Zeugen zu einem Komplex gehört werden, ehe zum nächsten Komplex übergegangen wird. Sodann sollten immer die Zeugen, die die beweispflichtige Partei benannt hat, vor denen gehört werden, die der Gegner als Gegenzeugen benannt hat. Denn der Gegner kann auf seine Zeugen immer noch verzichten, wenn schon die Zeugen der beweispflichtigen Partei das Beweisthema nicht bestätigt haben. Die Zeugen, die unmittelbar zu Haupttatsachen benannt wurden, sind vor denen zu hören, die zu Indizien für die nämlichen Haupttatsachen benannt sind.

Das JVEG ermöglicht insbesondere bei besser verdienenden Zeugen häufig nicht eine volle Entschädigung des konkreten Verdienstausfalls (maximal 25 € pro Stun-

⁴⁶² OLGR Nürnberg 2007, 276.

⁴⁶³ Selbstverständlich muss dies nicht so sein. Es kann auch nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass Ehegatten, Freunde oder Freundinnen usw in der Regel ohne Rücksicht auf die Wahrheit zu Gunsten der ihnen nahestehenden Parteien aussagen, vgl. BGH NJW 1988, 566; NJW 1995, 955; NJW-RR 1995, 1210; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 789; OLGR Brandenburg 2007, 1017, 1018.

de; § 22 S. 1 JVEG). Daher sollte das Gericht bemüht sein, Zeugen nicht zu lange nutzlos vor dem Gerichtssaal warten zu lassen. Nutzloses langes Warten kann auch die Wiedergabebereitschaft des Zeugen beeinflussen, da Verärgerung das freie Gespräch des Zeugen mit dem Gericht – auch unbewusst – blockieren kann. Deshalb empfiehlt es sich, zu voraussichtlich länger dauernden Beweisaufnahmen die erst später zu vernehmenden Zeugen von vornherein zu einem späteren Zeitpunkt zu laden.

- 469 e) Vor der Vernehmung sind die Zeugen über ihre **Wahrheitspflicht** zu belehren, ferner darüber, dass sie ihre Aussage unter Umständen zu beeiden haben (§ 395 Abs. 1 ZPO) und dass die eidliche (vorsätzliche wie fahrlässige) wie die uneidliche (vorsätzliche) Falschaussage vor Gericht strafbar sind (§§ 153, 154, 161 StGB).⁴⁶⁴ Die Belehrung sollte in einer Form erfolgen, dass sie für Laien verständlich ist, sie nicht einschüchtert, sondern ihnen umgekehrt vor Augen führt, welche wichtige Aufgabe die Zeugen bei der Ermittlung des Sachverhalts haben und dass das Gericht ohne ihre Mithilfe den Streit der Parteien nicht richtig entscheiden kann. Es ist ganz wesentlich, dass den Zeugen gegenüber von Anfang an eine Atmosphäre erzeugt wird, die ihre Wiedergabebereitschaft nicht herabsetzt und ihnen den Ernst ihrer Aufgabe verdeutlicht, so dass eine sachliche und ergiebige Beweisaufnahme zu erwarten ist. Steht einzelnen Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 ZPO) oder ein Aussageverweigerungsrecht (§ 384 ZPO) zu, sind sie hierüber gesondert zu belehren. Diese Belehrung ist zu protokollieren. Während die Belehrung nach § 395 ZPO nur Ordnungsvorschrift ist, die Aussage also auch verwertet werden kann, wenn diese Belehrung versehentlich vergessen wurde,⁴⁶⁵ ist die Aussage eines Zeugen, der nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 1–3 ZPO aufgeklärt wurde, nicht verwertbar. Der Mangel ist allerdings gem. § 295 ZPO heilbar.⁴⁶⁶
- 470 Die eigentliche Vernehmung des Zeugen beginnt mit seiner **Befragung zur Person** (§ 395 Abs. 2 ZPO). Sie sollte sich nicht nur auf die in Abs. 2 S. 1 genannten Formalien (Vor- und Zuname, Alter, Beruf und Wohnort) und auf die verwandschaftlichen Beziehungen zu den Parteien erstrecken, sondern die ganze Bandbreite des Abs. 2 S. 2 (Umstände, die die Glaubwürdigkeit des Zeugen in der vorliegenden Sache betreffen) ausschöpfen. Macht sich der Vernehmende schon zu Beginn der Vernehmung bewusst, aus welchen Gründen die Wiedergabebereitschaft des Zeugen gehemmt sein könnte, kann er durch entsprechende Nachfragen uU manches klarstellen, was ansonsten nur verschlüsselt geäußert würde. So kann es etwa wesentlich sein, dass der Zeuge bei einer Partei beschäftigt ist oder beschäftigt war und vielleicht in Unfrieden ausgeschieden ist.
- 471 Die Vernehmung zur Sache beginnt damit, dass der Zeuge das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im **Zusammenhang** aussagt (§ 396 Abs. 1 ZPO). Der Gegenstand seiner Vernehmung ist dem Zeugen bereits mit der Ladung mitgeteilt worden (§ 377 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Zweckmäßigerweise vergewissert sich der Vernehmende aber, ob dem Zeugen die Frage auch verständlich mitgeteilt wurde. Die zusammenhängende Aussage des Zeugen zur Sache, die zunächst nicht durch Zwischenfragen oder das Diktat ins Protokoll unterbrochen werden

⁴⁶⁴ Unterbleibt die Belehrung über die Strafbarkeit der Falschaussage, hindert dies eine spätere Bestrafung nach §§ 153, 154 StGB nicht: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 153 Rn. 2; Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorb. §§ 153 ff. Rn. 23.

⁴⁶⁵ Thomas/Putzo/Seiler ZPO § 395 Rn. 1; Zöller/Greger ZPO § 395 Rn. 1.

⁴⁶⁶ BGH NJW 1985, 1158.

sollte, sollte der Schwerpunkt seiner Vernehmung sein. Es ist aussagepsychologisch sehr wichtig, dass der Zeuge nicht in kleinen Schritten dahin gelenkt wird, wo ein (auch unbewusst) in der Sache voreingenommener Richter oder die Partei ihn gerne sehen würden, sondern dass er zunächst einmal ganz unbefangen kundtut, was er glaubt, zur Sache sagen zu müssen und zu können. Aus dem zusammenhängenden Bericht des Zeugen ergeben sich wichtige Aufschlüsse darüber, ob der Zeuge hinreichend informiert, orientiert und bereit ist, an der Wahrheitsfindung mitzuarbeiten, oder ob er – bewusst oder unbewusst – mit der Wahrheit zurückhält oder gar unwahr aussagt. Bevor der Zeuge seine zusammenhängende Aussage beendet hat, soll er nicht unterbrochen werden. Dieses Gebot gilt für alle, also auch für den vernehmenden Vorsitzenden. Bei umfangreicheren Aussagen kann dies mit dem Gebot kollidieren, die Aussage möglichst nahe am Wortlaut dessen, was der Zeuge tatsächlich gesagt hat, zu protokollieren. Der Vernehmende wird in Fällen dieser Art nicht umhinkönnen, sich während der Aussage Notizen für sein Protokolldiktat anzufertigen. Keinesfalls sollte der Zeuge deshalb unterbrochen werden, weil er sich in Widersprüche und Unklarheiten verstrickt. Gerade diese Vorhalte sollten ihm erst gemacht werden, wenn der „erste Durchgang“ seiner Aussage beendet ist. Nur dann, wenn der Zeuge allzu weit vom Beweisthema abschweift, sollte er behutsam zum Thema hingeführt und angehalten werden, sachbezogen auszusagen. Das Gebot, den Zeugen nicht zu unterbrechen, gilt allerdings nicht, wenn der Zeuge unsachlich wird oder – was auch vorkommt – die Parteien, andere Zeugen oder die Prozessbevollmächtigten beleidigt. Hier hat das Gericht eine Fürsorgepflicht gegenüber allen Beteiligten. So wie die Beteiligten vor unsachlichen Zeugen zu schützen sind, sind natürlich die Zeugen vor unsachlichen Zwischenrufen der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten zu schützen. Jeder Versuch der Parteien und ihrer Anwälte, den Zeugen durch Zwischenfragen und Dazwischenreden zu beeinflussen und ihn „aus dem Konzept zu bringen“, muss vom Vernehmenden von vornherein klar und bestimmt unterbunden werden.

Hat der Zeuge im Zusammenhang ausgesagt, sollte zunächst einmal seine Aussage im Zusammenhang protokolliert werden. Der Zeuge muss dem Diktat gut zuhören, weil es deutlich macht, wie der Vernehmende ihn verstanden hat. Er soll am Ende das Protokoll genehmigen (§§ 162 Abs. 1 S. 1 iVm § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO) und kann daher für seine Aussage, so wie sie protokolliert worden ist, zur Verantwortung gezogen werden. Daher sollte dem Zeugen sogleich Gelegenheit gegeben werden, Verständnisfehler des Diktierenden zu korrigieren. 472

Im Anschluss an diese erste Protokollierung sollte nun der Vernehmende die Fragen stellen, die für ihn bei der Aussage noch offengeblieben sind. Insbesondere sollte spätestens jetzt abgeklärt werden, wie die Wahrnehmungssituation des Zeugen sich damals, als sich die Dinge ereigneten, über die er jetzt berichtet, tatsächlich darstellte. Durch eine solche Nachfrage wird häufig klargestellt, dass der Zeuge selbst viel weniger gesehen oder gehört hat, als nach seiner Schilderung zunächst anzunehmen war, und dass vieles auf seiner schlichten Annahme beruht: „Es kann gar nicht anders gewesen sein“ oder aber auf späteren Erzählungen der Parteien. Der Zeuge sollte deshalb, wenn er häufigeren Kontakt zur Partei hat (Verwandter, Freund, Arbeitnehmer usw), danach gefragt werden, wann er sich zuletzt mit der Partei über den Gegenstand seiner Vernehmung unterhalten hat. Die Fragen sollten so formuliert sein, dass der Zeuge nicht eingeschüchtert wird. Es ist in der Regel nicht angezeigt, dem Zeugen schroff die Unwahrheit einer Aussage vorzuhalten, sondern ihm sollte behutsam die Korrektur von Irrtümern ermöglicht werden. Selbst wenn das Gericht von einer bewussten Lüge des Zeugen überzeugt sein sollte,

genügt es, dies im Urteil zum Ausdruck zu bringen. Der Vernehmende sollte sich immer bewusst sein, dass viele Zeugen nur einmal in ihrem Leben als Zeuge vor Gericht erscheinen müssen und in dieser Rolle zunächst ein Unbehagen empfinden.

474 Anschließend gibt der Vernehmende den anderen Mitgliedern des Gerichts (§ 396 Abs. 3 ZPO) und den Anwälten (§ 397 Abs. 2 ZPO) Gelegenheit, dem Zeugen ergänzende Fragen zu stellen. Der persönlich anwesenden Partei kann darüber hinaus gestattet werden, ihrerseits Fragen an den Zeugen zu richten (§ 397 Abs. 2 ZPO). Der Vernehmende hat dabei in besonderem Maße darauf zu achten, dass die Partei, die den Prozess natürlicherweise viel emotionaler erlebt als das Gericht und die Anwälte, den Zeugen nicht einschüchtert, bloßstellt oder beleidigt. Auch Suggestivfragen, durch die versucht wird, dem Zeugen um jeden Preis eine Antwort in den Mund zu legen, sollten nicht zugelassen werden (§ 397 Abs. 3 ZPO).

475 Werden dem Zeugen Urkunden, Skizzen usw aus der Akte vorgehalten, sollte ihm Gelegenheit gegeben werden, diese Unterlagen unmittelbar einzusehen. Der persönliche Anblick dieser Unterlagen usw weckt oft das Erinnerungsvermögen des Zeugen und hilft ihm zu einer detaillierteren und wahrheitsgemäßen Aussage. Halten die Anwälte oder Parteien dem Zeugen Urkunden usw vor, sollte das Gericht immer sogleich kontrollieren, ob der Vorhalt auch zutrifft. Oft lesen die Parteien in Urkunden Dinge hinein, die sich dort nicht finden. Wird dem Zeugen etwas vorgehalten, was sich nicht in den Gerichtsakten findet, sollte das Gericht in diese Urkunden Einsicht nehmen, ehe dem Zeugen Vorhaltungen gemacht werden. Ist der Zeuge zu mehreren Komplexen zu hören, sollte jeder Komplex isoliert nach dem vorstehend beschriebenen Verfahren (geschlossene Aussage des Zeugen, danach erst Diktat dieser Aussage ins Protokoll, Ergänzungsfragen des Vernehmenden, der übrigen Mitglieder des Gerichts, der Prozessbevollmächtigten, der Parteien) abgehandelt werden, damit die Aussage nicht zu umfangreich wird und dabei Details, die wichtig sein können, in Vergessenheit geraten.

476 Widersprechen sich die Aussagen verschiedener Zeugen, kann der Vernehmende sie einander gegenüberstellen (§ 394 Abs. 2 ZPO).

477 f) Bei der Bewertung der Aussage eines Zeugen muss zwischen der **Glaubhaftigkeit seiner Aussage** und der **Glaubwürdigkeit seiner Person** unterschieden werden. Die Aussage ist **glaubhaft**, wenn sie in sich widerspruchsfrei⁴⁶⁷ und nicht bereits durch objektive Umstände widerlegt ist, sich in den bereits feststehenden oder unstreitigen Sachverhalt zwanglos einpasst und den Gesetzen der Logik und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht widerspricht. Die Widerspruchsfreiheit ist allerdings ein durchaus problematisches Kriterium. So können Widersprüche zum unstreitigen Sachverhalt auch darauf zurückzuführen sein, dass die Parteien – unbewusst oder bewusst – übereinstimmend falsch vorgetragen haben. Zudem wird es auch einem redlichen Zeugen passieren, dass er sich in Einzelheiten irrt. Die persönliche **Glaubwürdigkeit** des Zeugen wird durch in seiner Person liegende Umstände geprägt. So kann etwa von Bedeutung sein die Art, wie der Zeuge ausgesagt hat (unnatürlich, als würde ein „Gedicht“ aufgesagt; nur auf suggestives Vorsagen der Partei hin, die den Zeugen benannt hat; offensichtlich eingeschüchtert durch die anwesende Partei; mit großer Bestimmtheit Details aufzählend, die der Zeuge nicht kennen kann; usw), sein erkennbares (insbesondere auch materielles) Interesse an einem bestimmten Ausgang des Rechtsstreits,⁴⁶⁸ die erkennbare Anti-

⁴⁶⁷ OLG Hamm NJWE-VHR 1996, 110.

⁴⁶⁸ OLGR Karlsruhe 2007, 213.