

Beck'sches Mandatshandbuch Zivilrechtliche Berufung

Bearbeitet von
Von Norman Doukoff, M.A., Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D.

6. Auflage 2018. Buch. LIV, 465 S. Gebunden
ISBN 978 3 406 70968 5
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht
allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

von Tatsachen gehören, die „das erstinstanzliche Gericht seiner Entscheidung ohne Prüfung der Wahrheit zugrundelegt“. Die Prüfung der Wahrheit ist hier vielmehr nur dem Prozess vorgelagert, weshalb es nur, wie § 291 ZPO ausdrücklich sagt, keines Beweises – im Sinne einer Beweisaufnahme¹⁵⁹⁴ – bedarf.

Dies gilt zunächst für das sog. **lebensweltliche Alltagswissen**¹⁵⁹⁵, das jeder Erkenntnis zugrundeliegt (Beispiele: die Sonne geht morgens und nicht abends auf; in Mitteleuropa friert man im Winter in unbeheizten Räumen¹⁵⁹⁶) und als unerschütterlich wahr angesehen wird.¹⁵⁹⁷ Ob es sich dabei um eine eigenständige Gruppe¹⁵⁹⁸, einen Unterfall der offenkundigen Tatsachen¹⁵⁹⁹ oder um Erfahrungssätze¹⁶⁰⁰ handelt, ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, weil nämlich weitgehende Einigkeit dahin besteht, dass dieses Wissen in der mündlichen Verhandlung nicht explizit thematisiert werden muss,¹⁶⁰¹ da es ohnehin einem Gegenbeweis nicht zugänglich ist¹⁶⁰².

Dies gilt ferner für die eigentlichen **offenkundigen Tatsachen** wie die Lichtverhältnisse an einem bestimmten Tag¹⁶⁰³, den Lebenshaltungskostenindex (Verbraucherpreisindex)¹⁶⁰⁴ oder testierte und im Bundesanzeiger veröffentlichte Jahresabschlüsse¹⁶⁰⁵, die kraft der Quellen (z. B. Kalender, Kursbücher, amtliche Stadtpläne,¹⁶⁰⁶ statistische Jahrbücher,¹⁶⁰⁷ Brockhaus-Enzyklopädie, Kurszettel einer Zeitung, u. U. Tageszeitungen¹⁶⁰⁸ ganz allgemein¹⁶⁰⁹ und das Internet¹⁶¹⁰) von jedermann überprüfbar sind¹⁶¹¹ und deshalb oder kraft ihrer Gerichtskundigkeit¹⁶¹² als im konkreten Fall nicht überprüfungsbedürftig¹⁶¹³ gewertet werden.

Alle Quellen müssen natürlich auf ihre Seriosität und Richtigkeit im Einzelfall hinterfragt werden.¹⁶¹⁴

¹⁵⁹⁴ So eingehend *Walter*, S. 272 ff. (275).

¹⁵⁹⁵ *Schmidt-Hieber*, S. 10 f. spricht unter Hinweis auf älteres Schrifttum von „Menschenkundigkeit“; Schöpfer dieses Begriffs ist wohl *Gensler*, Ueber die Begriffe Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz, AcP 1 (1818), 258 (259, 261).

¹⁵⁹⁶ OLG Dresden NJW-RR 2002, 1163; weitere Beispiele bei *Balzer*, Rn. 3.

¹⁵⁹⁷ OLG München, Urt. v. 7.5.2004 – 10 U 5293/03 (BeckRS 2004, 149754 Rn. 6). Dieses Wissen wird in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, wenn auch ohne Verwendung des obigen wissenssoziologischen Begriffs, wiederholt erörtert, so in BGHZ 31, 43 (45) und in BSG NJW 1979, 1063.

¹⁵⁹⁸ So OLG München, Urt. v. 7.5.2004 – 10 U 5293/03 (BeckRS 2004, 149754 Rn. 6) unter Bezugnahme auf die moderne Wissenssoziologie.

¹⁵⁹⁹ So BGHZ 31, 43 (45) und BSG NJW 1979, 1063.

¹⁶⁰⁰ So *Schmidt-Hieber*, S. 10 f.; wohl auch RG, Urt. v. 29.5.1900 – III 61/00 (*Schubert*, Nachschlagewerk § 291 Nr. 2).

¹⁶⁰¹ BGHZ 31, 43 (45); BSG NJW 1979, 1063; OLG München, Urt. v. 7.5.2004 – 10 U 5293/03 (BeckRS 2004, 149754 Rn. 6); *Schmidt-Hieber*, S. 25; *Wieczorek/Schütze/Assmann* § 291 Rn. 19; MüKo-ZPO/*Prütting* § 291 Rn. 14; a. A. nur BGH NJW 2007, 3211 ohne die gebotene Differenzierung zwischen lebensweltlichem Alltagswissen und eigentlichen offenkundigen Tatsachen.

¹⁶⁰² So zu Recht BSG NJW 1979, 1063.

¹⁶⁰³ BGH NJW 2007, 3211; OLG München, Urt. v. 7.5.2004 – 10 U 5293/03 (BeckRS 2004, 149754 Rn. 6 – lebensweltliches Alltagswissen).

¹⁶⁰⁴ BGHZ 111, 214 (218); BGH NJW 1992, 2088; BAGE 83, 1.

¹⁶⁰⁵ BAG NZA-RR 2015, 371 (Rn. 61).

¹⁶⁰⁶ BGH VersR 1959, 30.

¹⁶⁰⁷ BGH NJW-RR 1993, 1122.

¹⁶⁰⁸ RGZ 102, 339 (343 f.).

¹⁶⁰⁹ Vgl. den Fall OLG München NJW 1978, 701 (702).

¹⁶¹⁰ Vgl. OLG Dresden NJW-RR 2007, 1619; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 1194; OLG Köln MDR 2016, 1266; ArbG Siegen LAGE § 42 ZPO 2002 Nr. 1.

¹⁶¹¹ *Abrens*, Kap. 1 Rn. 24.

¹⁶¹² Vgl. dazu etwa BVerfGE 10, 177 (182): „Gerichtskundig sind Tatsachen, die dem Richter kraft seines Amtes, z. B. aus früheren Prozessen, bekannt geworden sind. Die Gerichtskundigkeit ist ein Unterfall der Offenkundigkeit.“; RG WarnRspr. 1908, Nr. 93 für dem Richter aus von ihm geleiteten Prozessen bekanntes betrügerisches Geschäftsgebaren einer Partei; BGH NJW-RR 1990, 1376; 2011, 569 (und ihm folgend *Wieczorek/Schütze/Assmann* § 291 Rn. 12, wo Gerichtskundigkeit ohne Erwähnung der gegenteiligen Ansicht BGHSt. 6, 292 für Aussagen von Zeugen in anderen Verfahren verneint wird); BVerwG NVwZ 1990, 571; BayVerfGHE 63, 144 (Tz. 38); *Oberheim*, Taktik Rn. 1639–1645 (auch zur **Aktenkundigkeit** und zur **Privatkundigkeit**).

¹⁶¹³ So auch *Roth*, S. 203.

¹⁶¹⁴ Vgl. nur *Pantle*, S. 1168 für einen fehlerhaften Eintrag im Großen Brockhaus von 1953.

Literaturhinweise: Eine lebhafte juristische Diskussion zur Seriosität und Richtigkeit von Quellen hat sich im Zusammenhang mit dem Internet entwickelt. Zu nennen sind etwa: *Dötsch* MDR 2011, 1017 ff.; *Bachmeier* DAR 2012, 557 ff.; *Greger*, Der surfende Richter – Sachverhaltsaufklärung per Internet, Festschrift für Rolf Stürner, Tübingen 2013, 289 ff.

Ähnliches ist im Zusammenhang mit der Internet-Enzyklopädie *Wikipedia* zu beobachten, die seit 2004 auch von Gerichten gerne herangezogen wird, z. T. auch für Trivialitäten wie die Definition eines Mobiltelefons als tragbares ortsunabhängiges Telefongerät (vgl. die Rechtsprechungsübersichten bei openJur unter <https://openjur.de/suche/wikipedia/00.html> und unter „Wikipedia: Wikipedia als Quelle für Gerichte“, https://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Wikipedia_als_Quelle_f%C3%BCr_Gerichte, jeweils <15.3.2017>]). Dabei fällt auf, dass die Aussagen und Zitate aus diesem Werk überwiegend unkritisch verwendet werden (Musterbeispiel AG Köln NJW 2011, 2979), obwohl die *Wikipedia*, die weder eine transparente redaktionelle Betreuung der Artikel noch einen Qualifikationsnachweis der Autoren kennt, insbesondere im Bereich der Geistes- und Gesellschaftswissenschaften zahlreiche einseitige, unvollständige oder fehlerhafte Einträge aufweist. Es wird verkannt, dass die *Wikipedia* keine Quelle, sondern über die externen Weblinks und die Einzelnachweise nur ein Rechercheinstrument ist. Hierzu hat sich mittlerweile ein recht umfangreiches Schrifttum entwickelt. Zu nennen sind etwa: *Zosel*, Im Namen des Volkes: Gerichte zitieren Wikipedia, JurPC Web-Dok. 140/2009, Abs. 1–73; *Klinger*, jurisPR-ITR 4/2012 Anm. 4; *Schimmel*, Wikipedia für Juristen: Die Affäre für jedermann, in: Legal Tribune Online, 6.3.2017, http://www.lto.de/persistent/a_id/22280/ (18.5.2017); ferner die Ergebnisse des Symposiums der Fernuniversität Hagen vom 3./4.3.2017 unter dem Titel „Rechtsquelle Wikipedia? Praxis – Fiktionen – Standard“, über das *Steinhauer* unter <https://kapselschriften.blogspot.de/2017/03/rechtsquelle-wikipedia.html> ausführlich berichtet.

- 509 Wäre es richtig, dass die offenkundigen Tatsachen ungeprüft der Entscheidung zugrundegelegt würden, wäre es nicht recht verständlich, dass Bundesverfassungsgericht¹⁶¹⁵ und Bundesgerichtshof¹⁶¹⁶ einmütig fordern, dass solche Tatsachen zum Gegenstand der Verhandlung zu machen seien und den Parteien Gelegenheit gegeben werden müsse, sich zu äußern, um gegebenenfalls Gegenbeweis antreten zu können¹⁶¹⁷.

bb) Die unstreitig gestellten oder zugestandenen Tatsachen. Auch die unstreitig gestellten oder zugestandenen Tatsachen werden nicht „ungeprüft“ zugrundegelegt.

- 510 Die Parteien schaffen zum einen vielmehr kraft ihrer Parteiherrschaft insoweit eine durch die Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO begrenzte prozessuale oder formelle Wahrheit¹⁶¹⁸, wie auch die auf der Beweisaufnahme beruhende „persönliche Gewissheit“¹⁶¹⁹ des Richters eine solche prozessuale Wahrheit ist, wie das Reichsgericht in seiner auch heute noch maßgeblichen Grundsatzentscheidung vom 14.1.1885 zur Beweiswürdigung dargelegt hat, wonach das aufgrund „möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis“ Gewonnene „als Wahrheit gilt“¹⁶²⁰.

- 511 Zum anderen hat diese Parteiherrschaft, die das Gericht grundsätzlich zwingt, übereinstimmend eingeführten, unstreitig gestellten oder zugestandenen Sachvortrag als verbindlich zugrunde zulegen,¹⁶²¹ durchaus ihre Grenzen. Zunächst muss nochmals betont werden, dass die prozessuale Wahrheit nicht dahin verstanden werden darf, dass auch eine für den Richter verbindliche übereinstimmende Prozesslüge der Parteien zulässig wäre.¹⁶²² Des Weiteren

¹⁶¹⁵ BVerfGE 10, 177 (182) und NJW-RR 1996, 183 (184) jeweils für gerichtskundige Tatsachen; BVerfGE 48, 206 für allgemeinkundige Tatsachen.

¹⁶¹⁶ NJW-RR 1990, 1376 – Meister-Kaffee; 1993, 1122 (1123); NJW 2007, 3211.

¹⁶¹⁷ BVerfG NJW-RR 1996, 183 (184); BGHZ 31, 43 (45); 156, 250 (253 f.); BayVerfGHE 63, 144 (Tz. 39); *Jäckel*, Rn. 414; a. A. *Pantle*, passim mit eingehender Begründung und *Pantle/Kneißl*, Rn. 310; *Zöller/Greger* § 291 Rn. 4.

¹⁶¹⁸ Vgl. zu dieser etwa *Scheuerle*, Juristische Evidenzen S. 261; *Brinkmann*, S. 8.

¹⁶¹⁹ BGHZ 53, 245 (256). Die Kritik von Stein/Jonas/Leipold § 286 Rn. 4 an dieser persönlichen Gewissheit geht fehl, weil der Bundesgerichtshof nicht von einer „Gewissheit mit Zweifeln“ spricht – der persönlich überzeugte Richter hat gerade keine Zweifel mehr (vgl. auch *Brinkmann*, S. 43); im Übrigen ist die Forderung, der Richter habe nicht als Person, sondern „in seiner Rolle als Richter“ überzeugt zu sein, psychologisch kaum erfüllbar, abgesehen davon, dass ein Richter keine „Rolle“ innehat.

¹⁶²⁰ RGZ 15, 339; ebenso OLG München NZV 2006, 261; NJW 2011, 396. Die Entscheidung des Reichsgerichts wird allgemein als grdl. angesehen (vgl. etwa *Perband*, S. 99).

¹⁶²¹ Vgl. BGH NJW 1981, 1562 (1563); NJW-RR 1987, 1018 (1019); BAG NJW 2008, 2732; NZA 2011, 571; LG Berlin NJW 1978, 1061.

¹⁶²² Eingehend und überzeugend *Olzen*, S. 416 ff. Dieses Fehlverständnis der formellen Wahrheit war schon vor der ZPO-Novelle 1898 nicht mehr herrschend, vgl. *Damrau*, S. 145 f. Es findet aber auch heute noch im-

können die Parteien den Richter natürlich nicht durch die übereinstimmende Behauptung, dass $2 \times 2 = 5$ sei¹⁶²³ oder kontrafaktisches Unstreitigstellen von offenkundigen Tatsachen wie Straßenbreiten, Kreuzungsanlagen, Lage von Straßenbahnhaltestellen, Fahrbahnteilern und dergleichen binden.¹⁶²⁴ Der Richter prüft die Parteibehauptungen vielmehr auf ihre Vereinbarkeit mit Naturgesetzen, lebensweltlichem Alltagswissen, offenkundigen Tatsachen und Erfahrungssätzen sowie auf ihre rechtliche Verwertbarkeit und lässt Unvereinbares oder Unzulässiges nach fehlender Reaktion auf einen entsprechenden Hinweis gemäß § 139 Abs. 1 ZPO¹⁶²⁵ unbeachtet.¹⁶²⁶

2. Parteivorbringen

Zu den „festgestellte Tatsachen“ gehört auch das in der revisionsrechtlichen Parallelvorschrift § 559 Abs. 1 ZPO genannte „Parteivorbringen“, weil andernfalls die Überprüfung in der Revision weitergehend als in der Berufung.¹⁶²⁷ 512

B. Konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit

Konkreter Anhaltspunkt ist jeder objektivierbarer und intersubjektiv vermittelbarer rechtlicher oder tatsächlicher Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen;¹⁶²⁸ bloß subjektive Zweifel, lediglich abstrakte Erwägungen oder Vermutungen der Unrichtigkeit ohne greifbare Anhaltspunkte genügen nicht¹⁶²⁹ (so z. B. nicht, dass der Berufungsführer das gerichtlich erholte Gutachten nicht für überzeugend hält¹⁶³⁰). 513

mer wieder Anhänger im monographischen Schrifttum, etwa *Schmidt-Hieber*, S. 56 ff. mit den nicht neuen Argumenten, der mit der Privatautonomie korrespondierende Verhandlungsgrundsatz erlaube es den Parteien, den vom Gericht zu entscheidenden Fall in den Grenzen des materiellen Rechts in tatsächlicher Hinsicht nach Belieben festzulegen und auch die Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO stünde dem nicht entgegen, weil die Parteien sich jederzeit gegenseitig von der Einhaltung dieser Pflicht entbinden können, da sie entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nur sekundär gegenüber dem Gericht bestünde. Sehr bedenklich erscheint es, wenn diese Theorie auch in der neuesten Auflage des führenden Anleitungsbuchs für Referendare, junge Anwälte und Richter von (jetzt) *Schuschke/Kessen/Höltje*, Rn. 110 ohne Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung und einem irreführenden, weil auch die einschlägige Rechtsprechung ignorierenden Beispiel vertreten wird. Unzutreffend auch *Hille*, S. 182 – die von ihm herangezogenen Entscheidungen BGH NJW 1962, 1395 und 1995, 1432 (1433) betreffen nicht das Unstreitigstellen, sondern die Frage des Widerrufs von Geständnissen nach § 290 ZPO, wobei der Bundesgerichtshof in der erstgenannten Entscheidung den Ausschluss eines Widerrufs bei bewusst unwahren Geständnissen sogar als Sanktionierung der Wahrheitspflicht ansieht.

¹⁶²³ *Keuneke*, S. 3 f. mit weiteren Beispielen.

¹⁶²⁴ BAG 87, 234 (240 f.) ganz allgemein; OLG München, Urt. v. 28.9.2007 – 10 U 3328/07 (BeckRS 2007, 16706); ferner *Cahn*, S. 69; *Olzen*, S. 419, 421; *Keuneke*, S. 3 f.; *Stein/Jonas/Leipold* § 138 Rn. 15; a. A. neuerdings wieder *Schuschke/Kessen/Höltje*, Rn. 110 ohne Erwähnung der gegenteiligen h. M.

¹⁶²⁵ BVerfG NJW-RR 1996, 183 (184); vgl. auch *Wieczorek/Schütze/Smid* § 139 Rn. 15: „Schließlich sind allgemeinkundige Tatsachen in das Verfahren schon deshalb einzuführen, weil sich aus deren Kenntnis ein Bedarf nach Richtig- oder Klarstellung von Behauptungen der Parteien ergeben kann – etwa über Witterungsverhältnisse im Rahmen des Streits um Verkehrsunfälle, der Lage von Feiertagen, der Abhaltung von Märkten usf.“

¹⁶²⁶ BAGE 83, 1 für offenkundige Tatsachen; NZA 2011, 571 und MDR 2017, 465 für unstreitige, aber einem Beweisverwertungsverbot unterliegende Tatsachen; *Gehrlein*, ZPR § 5 Rn. 5; *Keuneke*, S. 4; *MüKo-ZPO/Prütting* § 291 Rn. 13; ebenso für Geständnisse BGHZ 37, 154 und NJW 1979, 2089; *Bruns*, Zivilprozessrecht Rn. 156d; *Cahn*, S. 38 f. sowie *Pawlowski*, S. 9.

¹⁶²⁷ BGHZ 158, 295 (300); *Oberheim*, Berufung Rn. 339 und Taktik Rn. 3261; *Braunschneider*, Strategien Rn. 478–484; a. A. *Lange*, Prozessstoff S. 37.

¹⁶²⁸ So Regierungsentwurf, S. 100; Rechtsausschuss, S. 123; BGHZ 159, 254 (258); BGH NJW 2004, 1876; WM 2004, 1147; OLG Saarbrücken OLG 2003, 196; OLG Rostock OLG 2003, 119 (120); OLG Koblenz NJOZ 2004, 416; VersR 2011, 619 (621); OLG München, Urt. v. 30.6.2006 – 10 U 4663/05 (juris), st. Rspr., etwa Urt. v. 26.2.2010 – 10 U 5168/09 (juris).

¹⁶²⁹ BGHZ 159, 254 (258); OLG München, Urt. v. 30.6.2006 – 10 U 4663/05 (juris), st. Rspr., etwa Urt. v. 26.2.2010 – 10 U 5168/09 (juris).

¹⁶³⁰ BGH NJW 2003, 3480.

Konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen tatsächlichen Feststellungen können sich aus folgenden Umständen ergeben:

- Übergehen oder Verkennen von Parteivortrag,
- Verkennen der Beweislast,
- Übergehen von Beweisanträgen,
- fehlerhafte Beweisaufnahme und
- fehlerhafte Beweiswürdigung.

I. Übergehen oder Verkennen von Parteivortrag

Die Missachtung von Parteivortrag tritt in verschiedenen Formen sehr häufig auf, wobei überwiegend die Arbeitsbelastung der Instanzgerichte ursächlich ist.

1. Übergehen von Parteivortrag

514 Das Übergehen von Parteivortrag tritt auf als

- (1) schlicht vollständiges Übergehen,¹⁶³¹
- (2) Übergehen privatgutachtlich untermauerten Parteivortrags,¹⁶³²
- (3) überspannte Anforderungen an erfolgten Parteivortrag¹⁶³³.

2. Verkennen von Parteivortrag

Unter diese Fallgruppe fallen die folgenden drei Fallgestaltungen:

- 515 (1) Zugrundelegen von Tatsachen, die keine Partei behauptet hat und die auch nicht offenkundig sind.¹⁶³⁴
- 516 Hauptanwendungsfall der ersten Variante ist die Berücksichtigung eines sog. **überschießenden Beweisergebnisses** (d. h. einer in der Beweisaufnahme zutage getretenen Tatsache) bei der Entscheidung.¹⁶³⁵ Dies ist im Hinblick auf den Beibringungsgrundsatz zwar grundsätzlich unzulässig, es ist aber zu beachten, dass sich eine Partei regelmäßig solche Tatsachen jedenfalls insoweit hilfsweise zu eigen macht, als sie ihre Rechtsposition zu stützen geeignet sind (siehe näher oben Rn. 20).
- 517 Bei der zweiten Variante stellt sich die Frage, ob und wie zusätzlich zum Parteivortrag **beim Gericht vorhandenes allgemeinkundiges Wissen** in die Verhandlung einzuführen ist. Während früher die Ansicht vorherrschte, dass es dem Gericht verwehrt sei, solch offenkundiges Wissen von sich aus einzubringen und zu verwerten,¹⁶³⁶ z. T. mit Ausnah-

¹⁶³¹ BVerfGE 11, 220; 70, 218 und insbesondere BVerfGE 54, 86 (93): Ein im Tatbestand noch erwähnter Antrag samt dazugehörigem Tatsachenvortrag wird in den Entscheidungsgründen und der Streitwertfestsetzung nicht mehr erörtert; BGH NJW 2015, 2125 (Tz. 10 ff.); Beschl. v. 10.8.2016 – VII ZR 158/15 (juris Rn. 9 ff.): Übergehen eines (erheblichen) Aufrechnungseinwands; BayVerfGHE 47, 47 (52), st. Rspr., etwa BayVBl. 2015, 853; OLG Karlsruhe VersR 2003, 224 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 20.12.2004 – 12 U 1365/03 (juris Rn. 49) und VersR 2015, 1172 (Tz. 13).

¹⁶³² BGH NJW-RR 2010, 711 (Tz. 4); NJW 2015, 1311 (Tz. 6).

¹⁶³³ BGH GE 2010, 1741; NZM 2017, 256 (Tz. 10); Urt. v. 25.4.2017 – VIII ZR 217/16 (juris Rn. 24).

¹⁶³⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.8.2017 – 2 BvR 238/17 – (juris Rn. 2): Annahme eines von niemandem vorgetragenen Mitverschuldens des Beklagten nach § 254 Abs. 1 BGB ist willkürlich und verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG; BGH NJW 1989, 3161 (362); 1998, 156 (159).

¹⁶³⁵ Die Problematik wird auch im deutschsprachigen Ausland immer wieder kontrovers erörtert. Zur Rechtslage in Österreich vgl. etwa OGH, Beschl. v. 8.9.1948 – 1Ob271/48; Urt. v. 21.9.2006 – 2Ob179/06 x und Beschl. v. 27.9.2016 – 1Ob153/16 f. sowie umfassend *Kaindl*, Überschießende Beweisergebnisse im Zivilprozess, Diss. Wien 2010. In der Schweiz ist die Rechtslage nicht abschließend geklärt (verneinend etwa Kantonsgericht Graubünden, Urt. v. 18.3.2015 – ZK1 13 90 m. w. N.; offengelassen von BG, Urt. v. 27.11.2014 – 4A 195/2014 und 4A 197/2014, E 7.2 und 7.3 mit umfass. Darstellung des Meinungsstandes).

¹⁶³⁶ So etwa RG JW 1889, 452; BAG AP ZPO 542 (a. F.) Nr. 1; BAGE 28, 196 (201); OLG Schleswig SchlHA 1974, 168; heute noch etwa *Greger*, Der surfende Richter S. 294 (unter selektiver Auswertung der Rechtsprechung).

men für Indizien und Hilfstatsachen,¹⁶³⁷ herrscht heute zu Recht der gegenteilige Standpunkt vor¹⁶³⁸. Das Gericht hat sein entsprechendes Wissen gemäß § 139 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO einzuführen und den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(2) Fehlerhafte Wertung eines Vorbringens als unstrittig oder zugestanden.¹⁶³⁹ 518

(3) Verkennen des wesentlichen Kerns des Parteivorbringens.¹⁶⁴⁰ 519

Dazu müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist. Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvorbringens eines Beteiligten zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrages schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich¹⁶⁴¹ oder aber offensichtlich unsubstantiiert war¹⁶⁴². Gegebenenfalls kommt es darauf an, ob dem Gesamtzusammenhang des Urteils bei verständiger Würdigung unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des urteilenden Gerichts entnommen werden kann, dass es das Vorbringen zwar erwogen, aber als unwesentlich beurteilt hat.¹⁶⁴³

II. Verkennen der Beweislast

Da es sich bei der Beweislast ausweislich der Entstehungsgeschichte der Zivilprozessordnung¹⁶⁴⁴ und des BGB¹⁶⁴⁵ um eine materiellrechtliche Frage handelt,¹⁶⁴⁶ unterfällt die Verknennung ihrer Verteilung¹⁶⁴⁷ dem Berufungsgrund der fehlerhaften Rechtsanwendung, § 513 Abs. 1 Var. 1 ZPO in Verbindung mit § 546 ZPO.¹⁶⁴⁸ Diese Feststellung ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, weil nämlich zum einen die Zuordnung zum Verfahrensrecht eine explizite und formgerechte Verfahrensrüge erforderlich machen würde (vgl. oben Rn. 465)¹⁶⁴⁹, was für die beschwerte Partei ungünstiger wäre, und zum anderen die Zuordnung auch für die Frage von Bedeutung ist, ob eine Verknennung der Beweislast eine Aufhebung des Ersturteils und Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz nach § 538 Abs. 2 ZPO rechtfertigt, was der Bundesgerichtshof – angesichts der jetzigen Gesetzesfassung zu Recht – verneint¹⁶⁵⁰.

¹⁶³⁷ Etwa *Walter*, S. 280.

¹⁶³⁸ BGH NJW-RR 1993, 1122; NJW 2007, 3211; BAGE 83, 1; 87, 234 (240 f.); OLG Frankfurt a. M. MDR 1977, 849; OLG Köln MDR 2016, 1266; OVG Hamburg NJW 1994, 2779; *Wieczorek/Schütze/Smid* § 139 Rn. 15 und *Wieczorek/Schütze/Assmann* § 291 Rn. 18; *MüKo-ZPO/Prütting* § 291 Rn. 13; a. A. *Musielak/Voit/Huber* § 291 Rn. 4, wonach das Gericht zwar die offenkundige Tatsache von sich aus einführen dürfe, eine Verwertung aber wegen der Notwendigkeit der „Wahrung des Beibringungsgrundsatzes“ eine Bezugnahme wenigstens einer Partei erfordere.

¹⁶³⁹ BVerfG NJW 1993, 2165.

¹⁶⁴⁰ BVerfGE 50, 32, st. Rspr., etwa NVwZ 2016, 238; BGH NJW 1993, 538, st. Rspr., etwa Urt. v. 15.2.2017 – VIII ZR 284/15 (juris Rn. 16); BayVerfGH BayVbl. 2015, 853; OLG Hamm NJW 2014, 78 (83).

¹⁶⁴¹ BVerfGK 1, 259; BGH NJW 2012, 304 (Tz. 12).

¹⁶⁴² BVerfGE 86, 133 (145 f.); BVerfGK 1, 259.

¹⁶⁴³ Vgl. BVerfG NJW 1994, 2279.

¹⁶⁴⁴ *Motive*, S. 201 f. (bei *Hahn*, S. 270 f.).

¹⁶⁴⁵ Vgl. §§ 193–198 des 1. Entwurfs zum BGB.

¹⁶⁴⁶ BGH NJW 1983, 2032; NJW-RR 1988, 831: jedenfalls, wenn „die Frage der Beweislast dem materiellen Recht zuzuordnen ist“ (der Sinn dieser Einschränkung ist nicht erkennbar, da die Zivilprozessordnung keine Bestimmungen betreffend die materiellrechtliche Beweislast enthält, vgl. *Rosenberg* S. 4); *Zöller/Greger* § 138 Rn. 8c; *Thomas/Putzol/Reichold* Rn. 20 vor § 284; *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 Rn. 34; a. A. OLG Düsseldorf MDR 1982, 502.

¹⁶⁴⁷ Vgl. dazu *RegE/ZPO-RG*, S. 100; Rechtsausschuss, S. 123; *Hannich/Meyer-Seitz/Meyer-Seitz* § 529 Rn. 42; *Oberheim*, Taktik Rn. 1541.

¹⁶⁴⁸ BGHZ 28, 251 (254); *Gehrlein*, ZPR § 14 Rn. 75; *Löhnig*, S. 246; *Wieczorek/Schütze/Gerken* § 513 Rn. 12; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 1005; *Zöller/Greger* Rn. 15 vor § 284.

¹⁶⁴⁹ So in der Tat *Bernhardt*, Beweislast S. 325 für die Revisionsinstanz; abl. *Mühlberger*.

¹⁶⁵⁰ NJW 1988, 831 (zum früheren Recht); a. A. *Mühlberger* zu § 539 ZPO a. F.

III. Übergehen von Beweisanträgen

1. Die Ablehnung von Beweisanträgen

- 521 a) **Ablehnungsgründe.** Bei den Ablehnungsgründen – fehlende Beweiserhebungsbedürftigkeit, Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit der Beweiserhebung¹⁶⁵¹ – handelt es sich zum Teil um spezifische zivilprozessuale, zum Teil aber auch in Analogie zu § 244 Abs. 3 und 4 StPO gebildete¹⁶⁵².
- 522 b) **Form der Ablehnung.** Die Ablehnung eines Beweisantrags erfolgt im Zivilprozess anders als im Strafprozess und im Verwaltungsgerichtsprozess (vgl. § 244 Abs. 6 StPO; § 86 Abs. 2 VwGO) nicht in der mündlichen Verhandlung im Beschlusswege, sondern **erst im Urteil**¹⁶⁵³ (eine dann zu protokollierende entsprechende Ankündigung in der mündlichen Verhandlung ist allerdings unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens geboten¹⁶⁵⁴).
- 523 Sie muss **grundsätzlich explizit** erfolgen.¹⁶⁵⁵ Eine stillschweigende Ablehnung durch Übergehen, wie sie das Reichsgericht wiederholt zugelassen hat¹⁶⁵⁶ und auch heute noch von Teilen der Literatur¹⁶⁵⁷ vertreten wird, ist angesichts des aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden Rechts auf Beweiserhebung¹⁶⁵⁸ und im Hinblick auf § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO, wie er heute verstanden wird (vgl. unten Rn. 616–618), abgesehen von dem Fall, dass die beantragte Beweiserhebung aus materiellrechtlichen Gründen überflüssig ist¹⁶⁵⁹, nicht zulässig.¹⁶⁶⁰
- 524 c) **Folgen einer fehlerhaften Ablehnung.** Das in der Praxis überaus häufige Übergehen von Beweisanträgen begründet konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen

¹⁶⁵¹ OLG München NJW 1972, 2048.

¹⁶⁵² Zu § 244 Abs. 3 StPO: BGH DRiZ 1959, 252, st. Rspr., etwa NZM 2017, 29 (Tz. 29); OLG München NJW 1972, 2048; zu § 244 Abs. 4 StPO: BGHZ 53, 245 (258 f.) st. Rspr., etwa BGH NJW 1991, 2961 (2963); OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 496 (498); a. A. etwa *Schneider*, Beweis Rn. 204.

¹⁶⁵³ BFHE 155, 498; BFH/NV 2003, 470; Musielak/Stadler, Rn. 35; Musielak/Voit/Foerste § 284 Rn. 13; Zimmermann, Gutachten Rn. 178; unklar *Braun*, § 47 III 2 (S. 751); „Dafür ist jedoch kein besonderer Beschluß erforderlich, vielmehr kann die Ablehnung auch in den Urteilsgründen erfolgen.“

¹⁶⁵⁴ *Jäckel*, Rn. 289; *Pukall/Kießling*, Rn. 905.

¹⁶⁵⁵ RGZ 40, 420 (424) zu § 287 ZPO; RG, Urt. v. 14.10.1925 – V 466/23 für Ablehnung eines Antrags auf Ortsbesichtigung; RG WarnRspr. 1937, Nr. 42; OLG München, Urt. v. 11.3.2016 – 10 U 4087/15 (juris Rn. 20).

¹⁶⁵⁶ RG JW 1900, 390; RG WarnRspr. 1937, Nr. 103 (stillschweigende Ablehnung eines Antrags auf Zeugeneinvernahme der Kindsmutter in einem Ehelichkeitsanfechtungsprozeß im Hinblick auf die vom Tatrichter gewonnene Überzeugung von der angeblichen Wertlosigkeit der Bekundungen der Zeugin) und Nr. 129 (stillschweigende Ablehnung eines Antrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aufgrund durch Augenschein begründete gegenteilige Überzeugung des Tatrichters). Zur Unrichtigkeit dieser und ähnlicher Entscheidungen des Reichsgerichts auch wegen Verstoßes gegen § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vgl. *Herbert Schneider* NJW 1951, 482.

¹⁶⁵⁷ *Zimmermann*, Gutachten Rn. 178 und 448 bei offensichtlich belanglosem (?) Antrag sowie § 286 Rn. 13; *Braun*, § 47 III 2 (S. 751); MüKo-ZPO/Priütting § 284 Rn. 91; Musielak/Voit/Foerste § 284 Rn. 13; PG/Laumen § 284 Rn. 42; BL/Hartmann § 286 Rn. 21 (die dort aufgeführten Nachweise stützen seinen Standpunkt nicht).

¹⁶⁵⁸ BVerfGE 50, 32 (35), st. Rspr., etwa NJW 2011, 49 (Rn. 11, 12); BGH, Beschl. v. 28.4.2011 – V ZR 220/10 (juris Rn. 11).

¹⁶⁵⁹ BayObLG SeuffArch. 67 (1902), 40; Musielak/Stadler, Rn. 41; *Balzer*, Rn. 359; *Jauernig/Hess*, § 51 Rn. 15; *Greger*, Veränderungen S. 152 für die Urkundenvorlageanordnung nach § 142; *Jäckel*, Rn. 290 mit wenig klarer Einschränkung Rn. 292; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 116 Rn. 9; vgl. auch BVerfG NJW 2009, 1585 Rn. 36 und OLG München, Urt. v. 19.10.2007 – 10 U 1662/06 (juris Rn. 24).

¹⁶⁶⁰ So zu Recht *Pukall/Kießling*, Rn. 1272; ferner *Schuschke/Kessen/Höltje*, Rn. 739 für § 287 Abs. 1 Satz 2. Für die Praxis wenig hilfreich *Zöllner/Greger* Rn. 8b vor § 284, wonach sich die Ablehnungsgründe „in den meisten Fällen“ aus dem „Urteilskontext“ ergäben, wenn dies aber nicht der Fall sei, würde die fehlende Begründung Verfahrensrügen provozieren; dies gilt auch für den in die gleiche Richtung gehenden Rat von PG/Laumen § 284 Rn. 42. Soweit Musielak/Stadler, Rn. 41 eine Ausnahme auch für den Fall zulassen will, dass der Richter bereits von der zu beweisenden Tatsache überzeugt ist, kann dem nicht beipflichtet werden, weil es bei dieser durchaus fehleranfälligen Fallgestaltung dann die von Musielak/Stadler genannte „konkludente“ Begründung gerade nicht gäbe und eine explizite Begründung somit im Interesse der Selbst- und Fremdkontrolle erforderlich ist.

tatsächlichen Feststellungen.¹⁶⁶¹ Das Übergehen von Beweisanträgen stellt nämlich seit jeher einen Verstoß gegen § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO dar,¹⁶⁶² der – auch als Ausfluss der Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG¹⁶⁶³ – die Pflicht zur Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnisquellen umfasst, insbesondere der angebotenen Beweismittel. Des weitverbreiteten unmittelbaren Rückgriffs auf Art. 103 Abs. 1 GG¹⁶⁶⁴ bedarf es angesichts dieser einfachgesetzlichen Lage nicht. Das Übergehen von Beweisanträgen begründet, da es sich bei der Beweiserhebung um das Kernstück des Zivilprozesses handelt,¹⁶⁶⁵ einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, wenn es auf der Grundlage der materiellrechtlichen Beurteilung durch den Erstrichter nicht nachvollziehbar ist.¹⁶⁶⁶

2. Die einzelnen Ablehnungsgründe

a) Fehlende Beweiserhebungsbedürftigkeit. Keiner Beweiserhebung bedürfen:

- (1) Tatsächliche Grundlagen der Streitwertfestsetzung gemäß § 3 Hs. 1 ZPO; nach § 3 Hs. 2 ZPO kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen – hier beschränkt auf Augenscheinseinnahme und sachverständige Begutachtung – eine Beweisaufnahme durchführen, muss dies aber nicht¹⁶⁶⁷. 525
- (2) Tatsächliche Behauptungen, für welche die beweisbelastete (!) Partei keinen oder nur verspätet Beweis angetreten hat.¹⁶⁶⁸ 526
- (3) Tatsächliche Behauptungen, von deren Wahrheit oder Unwahrheit das Gericht schon aufgrund des streitigen Parteivorbringens (sei es auch im Rahmen einer Parteianhörung nach §§ 139 Abs. 1, 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO, auch wenn diese anders als die Parteivernehmung nur „Streitstoff“, nicht aber „Beweisstoff“ liefert¹⁶⁶⁹) überzeugt ist (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO – „gesamter Inhalt der Verhandlungen“)¹⁶⁷⁰; die Anhörung rechtfertigt. 527

¹⁶⁶¹ RegE/ZPO-RG, S. 100; Rechtsausschuss, S. 123; OLG Brandenburg, Urt. v. 16.5.2007 – 13 U 125/06 (juris); Balzer, Rn. 368.

¹⁶⁶² RG Gruchot 35 (1891), 969 (972); RGZ 94, 140 (144); 118, 382 (383 f.); BGHZ 6, 185; BGH NJW-RR 1992, 1392 (1393); OLG Köln NJW 1994, 394; OLG München NJW 1972, 2048; Urt. v. 24.1.2014 – 10 U 1673/13 (juris Rn. 28).

¹⁶⁶³ Vgl. BVerfGE 50, 32 (36), st. Rspr., etwa BVerfG WM 2012, 492; BGHZ 6, 185; besonders nachdrücklich dann BGH, Urt. v. 7.5.1958 – V ZR 237/56 (JurionRS 1958, 13 614 = BeckRS 2014, 17720), st. Rspr., etwa r+s 2014, 94; VersR 2014, 1023 f. (Tz. 16); MDR 2015, 234; BWStGH NJW 2015, 1869. Abrens, Kap. 15 Rn. 7, 8 nimmt eine andere Abgrenzung zwischen § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG vor.

¹⁶⁶⁴ Vgl. etwa BGH r+s 2015, 310 (hippologisches Gutachten) und Urt. v. 15.2.2017 – VIII ZR 284/15 (juris Rn. 16); OLG Jena MDR 2012, 542 (das weitere Verstöße gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens sowie den – aus Art. 2 Abs. 1; 20 Abs. 3 GG folgenden – Justizgewährungsanspruch angenommen hat).

¹⁶⁶⁵ OLG München NJW 1972, 2048 (2049); NJW-RR 2014, 1123 (1124).

¹⁶⁶⁶ BGH VersR 2011, 1392 (Tz. 21); Urt. v. 15.2.2017 – VIII ZR 284/15 (juris Rn. 16–22); OLG München – anknüpfend an seine Entscheidung NJW 1972, 2048 f. – in st. Rspr., etwa NJW-RR 2014, 1123 (1124), Urt. v. 30.6.2017 – 10 U 3545/14 (juris Rn. 53 und v. 11.8.2017 – 10 U 2683/14 (juris Rn. 59, 71), anders aber ohne Begründung im Urt. v. 23.6.2017 – 10 U 4540/16 (juris Rn. 3, 11, 17 mit der sachwidrigen Folge einer Parteianhörung, der Einvernahme von zwei Zeugen und der Einholung eines mündlichen Sachverständigen-gutachtens in zweiter Instanz); OLG Koblenz NJW 2004, 1186 und MDR 2015, 975; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2010, 1689; 2011, 1001; KG, Beschl. v. 2.8.2010 – 12 U 49/10 (juris Rn. 52); VersR 2012, 774 ff.; OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 496 (498); NZV 2012, 295 (296); OLG Jena MDR 2012, 542; OLG Naumburg NJW-RR 2012, 1535 (1536); OLG Nürnberg, Urt. v. 3.2.2016 – 4 U 1078/15 (juris Rn. 39–42); Pukall/Kießling, Rn. 906; Wiczorek/Schützel/Gerken § 538 Rn. 27; Zöller/Greger Rn. 8 vor § 284; Zöller/Heßler § 538 Rn. 25; BL/Hartmann § 286 Rn. 62 s. v. Zurückverweisung.

¹⁶⁶⁷ RG JW 1893, 252; OLG München RpfL. 1992, 409; BeckOK-ZPO/Wendtland § 3 Rn. 3 Thomas/Putzo/Hüßtege § 3 Rn. 3.

¹⁶⁶⁸ So die ganz h. M., vgl. die Nachweise bei Walther NJW 1972, 237 Fn. 1, ferner Weber NJW 1972, 896 f.

¹⁶⁶⁹ BGH NJW 1960, 100; MDR 1967, 834; BGHZ 150, 334 (343); Beschl. v. 28.4.2011 – V ZR 220/10 (juris Rn. 13); anders wohl BGH VersR 1980, 229; NJW-RR 1991, 983; 1997, 598 (599); KG NJW 2011, 1975 jeweils für den Fall eines behaupteten Kraftfahrzeugdiebstahls im Kaskoprozess.

¹⁶⁷⁰ Vgl. schon Motive, S. 207 (bei Hahn, S. 275); aus der Rechtsprechung BGH LM § 286 ZPO (B) Nr. 4; NJW 1960, 100; 1974, 1248; 1982, 940 f.; NJW-RR 1991, 983 und 1997, 598 (599) sowie KG NJW 2011, 1975 jeweils für den Fall eines behaupteten Kraftfahrzeugdiebstahls im Kaskoprozess; OLG Saarbrücken NJW-RR 2011, 178 (179) für das Vorliegen eines posttraumatischen Zervikalsyndroms („HWS-Distorsionsverletzung“); Reinecke, S. 633 f.; Zimmermann, Gutachten Rn. 167 und jetzt umfassend Eschelbach/Geipel,

tigt im Übrigen nicht die Ablehnung eines Antrags auf Vernehmung des Gegners nach § 445 Abs. 1 ZPO¹⁶⁷¹.

- 528 (4) Tatsächliche Behauptungen, die aufgrund der **Interventionswirkung** (§§ 68; 74 ZPO)¹⁶⁷² oder der **Bindungswirkung** nach §§ 108; 112 SGB VII¹⁶⁷³ feststehen.
- 529 (5) Tatsächliche Behauptungen, die **geschätzt** werden können (§ 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO).¹⁶⁷⁴ Das Ob und der Umfang der Beweisaufnahme stehen im Ermessen des Gerichts. Es ist insoweit nicht an Beweisanträge gebunden,¹⁶⁷⁵ was aber nicht bedeutet, dass das Gericht für seine Ablehnung der Beweiserhebung keine Begründung geben muss¹⁶⁷⁶ oder in einer für die Streitentscheidung zentralen Frage auf unerlässliche Erkenntnisse zu verzichten darf¹⁶⁷⁷. Für den Bereich des Verkehrshaftpflichtrechts hat diese Erleichterung der Beweisaufnahme etwa die praktisch außerordentlich wichtige Folge, dass ein privat erholtes Schadensgutachten, „solange nicht Anhaltspunkte für gravierende Mängel bestehen, ungeachtet des Bestreitens des Beklagten für den Tatrichter eine ausreichende Grundlage [ist], den Schaden nach § 287 ZPO zu schätzen“.¹⁶⁷⁸
- 530 (6) Tatsächliche Behauptungen, über die ein **Geständnis** abgegeben wurde (§ 288 Abs. 1 ZPO), wobei das Geständnis von einem bloßen Unstreitigstellen¹⁶⁷⁹ oder Nichtbestreiten (§ 138 Abs. 3 ZPO)¹⁶⁸⁰ zu unterscheiden ist; ein in einem Strafverfahren abgelegtes Geständnis entfaltet nicht die Wirkungen des § 288 ZPO, sondern ist lediglich im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO als Indiz zu werten;¹⁶⁸¹ Letzteres gilt auch für Geständnisse gegenüber einem polizeilichen Vernehmungsbeamten¹⁶⁸² oder einem sonstigen außergerichtlichen Geständnis etwa im Rahmen der Korrespondenz – ein Geständnis liegt in all diesen Fällen nur vor, wenn der Gestehende selbst (und nicht etwa der Gegner) es in den Prozess einführt¹⁶⁸³.
- 531 (7) Tatsachen, die **offenkundig** sind, also **allgemeinkundig** oder **gerichtskundig** (§ 291 ZPO).¹⁶⁸⁴
- 532 (8) Tatsächliche Behauptungen, für die eine – im Einzelfall nicht durch den grundsätzlich zulässigen Beweis des Gegenteils hinsichtlich der Vermutungsbasis erschütterte – **gesetzliche Vermutung** streitet (§ 292 ZPO), wobei es sich um Tatsachenvermutungen¹⁶⁸⁵ (z. B. §§ 363; 476; 558d Abs. 3; 685 Abs. 2; 836; 938; 1117 Abs. 3; 1253 Abs. 2; 2009;

Parteihöring, passim; a. A. OLG Naumburg, Urt. v. 3.4.2014 – 1 U 23/13 (juris Rn. 18) und VRS 129 (2015), 273 jeweils ohne Erwähnung der Vorgenannten (nur die Ausführungen von *Eschelbach/Geipel* werden zitiert, aber missverstanden).

¹⁶⁷¹ BGH MDR 1967, 312; Beschl. v. 28.4.2011 – V ZR 220/10 (juris Rn. 12); OLG München NJW-RR 2014, 1123 (1124); a. A. *Abrens*, Kap. 40 Rn. 47 ohne Erwähnung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Fall des rügelosen Weiterverhandelns unter Berufung auf OLG Koblenz NJW-RR 2008, 342 (343), das ebenfalls die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erwähnt und auch nicht darlegt, warum ein einmal gestellter Beweisantrag auch innerhalb derselben Instanz wiederholt werden muss.

¹⁶⁷² BGH NJW 1998, 79 (80); *Pukall/Kießling*, Rn. 901; eingehend *Jäckel*, Rn. 427–429.

¹⁶⁷³ Thomas/Putzo/Reichold § 284 Rn. 4.

¹⁶⁷⁴ BGHZ 3, 162 (177), st. Rspr., etwa BGH NJW-RR 1998, 331 (333).

¹⁶⁷⁵ BGH NJW 2006, 615 (Tz. 28).

¹⁶⁷⁶ So schon RG JW 1893, 15; *Pukall/Kießling*, Rn. 852.

¹⁶⁷⁷ BGH NJW 2006, 615 (Tz. 28); NJW-RR 2007, 500; Beschl. v. 16.4.2015 – IX ZR 195/14 (juris Rn. 9).

¹⁶⁷⁸ BGH VersR 1989, 1056 (1057).

¹⁶⁷⁹ Vgl. dazu eingehend *Jäckel*, Rn. 381.

¹⁶⁸⁰ BGHZ 12, 49 (51); BGH NJW 1982, 183; 1983, 1496 (1497); *Schneider*, Beweis Rn. 109; a. A. OLG München MDR 1984, 321 (322).

¹⁶⁸¹ BGH NJW-RR 2004, 1001; OLG Bamberg NJW-RR 2003, 1223; OLG Koblenz, Urt. v. 18.1.2007 – 6 U 536/06 (juris).

¹⁶⁸² OLG Brandenburg, Urt. v. 18.3.2009 – 4 U 162/07 (juris).

¹⁶⁸³ BGH NJW-RR 2005, 1297; OLG Hamm NJW-RR 1997, 405; *Jäckel*, Rn. 383, der noch zusätzlich fordert, dass sich die Gegenseite diesen Vortrag zu eigen macht.

¹⁶⁸⁴ *Pukall/Kießling*, Rn. 844; *PG/Laumen* § 284 Rn. 46.

¹⁶⁸⁵ Vgl. dazu und zur Abgrenzung zu den sog. tatsächlichen Vermutungen eingehend *Musielak*, Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, 561 ff.