

Prozessuale Waffengleichheit durch Parteivernehmung

RA Dr. Bernhard von Kiedrowski und VRiLG Björn Retzlaff, Berlin

Nach einem viel beachteten Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹ zur prozessualen Waffengleichheit im Zivilprozess ist ein Gericht unter bestimmten Umständen verpflichtet, im Rahmen der Beweisaufnahme eine Partei auch dann zu vernehmen oder anzuhören, wenn das nationale Zivilprozessrecht dies nicht vorsieht. Die deutschen Gerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und sie weiter ausgeführt, insbesondere mit Blick auf sogenannte Vier-Augen-Gespräche. Dabei fasst das Bundesarbeitsgericht den Anspruch auf Parteivernehmung weiter als Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof. Der folgende Beitrag untersucht Umfang und Grenzen dieser Pflicht zur Parteianhörung oder -Vernehmung, die dem Wortlaut der ZPO nicht entnommen werden kann.

1. Die verfassungsrechtlich gebotene Vernehmung oder Anhörung der Partei

a) Skepsis gegenüber der Parteivernehmung

Unter den Beweismitteln der ZPO nimmt der Antrag auf Parteivernehmung eine Sonderstellung ein. Das Gesetz steht der Vernehmung einer Partei über eine umstrittene Tatsache skeptisch gegenüber. Da eine Partei „Zeuge in eigener Sache“ ist, besteht die Gefahr, dass ihre Aussage von ihrem Interesse am Prozessausgang beeinflusst ist und damit dem Ziel der Beweisaufnahme widerspricht, die Wahrheit über den streitigen Sachverhalt herauszufinden². Natürlich kann auch ein Zeuge ein Interesse an einem bestimmten Ergebnis eines Rechtsstreits haben. Die ZPO nimmt hier aber zulässigerweise eine generalisierende Sichtweise ein³: Das abstrakte Risiko einer interessegeleiteten und damit nicht der Wahrheit entsprechenden Aussage ist bei der Vernehmung einer Partei sicherlich höher als bei der Vernehmung eines Zeugen.

Aus diesem Grund regelt die ZPO, dass der Beweisantritt einer Partei, sie selbst zum Beweis einer umstrittenen Behauptung zu vernehmen, für das Gericht nicht bindend ist. Gemäß § 447 ZPO ist ihm vielmehr nur mit dem Einverständnis der Gegenseite nachzukommen. Die in § 448 ZPO geregelte – und im Verhältnis zu anderen möglichen Beweiserhebungen subsidiäre –

¹ Urteil vom 27.10.1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413.

² Prütting in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Auflage, 2011, vor §§ 445 ff, Rz. 1; Schreiber in: MünchKommZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Auflage, 2008, § 445, Rz.1; Geimer/Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. Auflage, 2010, Vor § 445, Rz. 5.

³ Vgl hierzu die beiden abweichenden Stellungnahmen der Richter Martens und Pettiti zum Urteil des EGHR, NJW 1995, 1413 (1414 f): „Da die oben genannte Regel [Anm.: nämlich das Verbot der Vernehmung der beweisbelasteten Partei] auf der unwiderlegbaren Vermutung beruht, dass eine Aussage, die ein „Zeuge in eigener Sache“ gibt, nicht vertrauenswürdig ist, liefern die unterschiedlichen Rollen des Herrn van W und van Reijendam [Anm.: Geschäftsführer der beweisbelasteten Partei] eine entscheidende und ausreichende Erklärung, weshalb ihnen nicht beiden erlaubt werden sollte, als Zeugen auszusagen.““

Parteivernehmung von Amts wegen setzt voraus, dass bereits ein sog. „Anfangsbeweis“ für die zu beweisende Behauptung spricht. Ein solcher ist nur dann anzunehmen, wenn die auf der Grundlage des bisherigen Parteivortrags und einer eventuell durchgeführten Beweisaufnahme getroffene richterliche Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass von einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Tatsachenbehauptung auszugehen ist. Es muss auf Grundlage der heranzuziehenden Beweise, des bisherigen Prozessverhaltens der Parteien, allgemeiner Erfahrungssätzen, der Persönlichkeit der Parteien sowie der unstreitigen Indizien mehr für als gegen das Vorliegen der behaupteten Tatsache sprechen.⁴ Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände trägt eine bloße Tatsachenbehauptung für sich allein keinen solchen „Anfangsbeweis“ für ihre eigene Richtigkeit in sich⁵.

b) Die „faire Balance“ zwischen den Parteien

Während diese Regelungen das Ziel verfolgen, das Gericht davon zu entbinden, eine Partei im Rahmen der Beweisaufnahme zu vernehmen, verstößt nach dem EGHRM⁶ und dem BVerfG⁷ unter bestimmten Umständen genau dies gegen das Recht der Partei auf prozessuale Waffengleichheit und auf rechtliches Gehör.

Nach der entscheidenden Passage in dem Urteil des EGHRM muss in einem Rechtsstreit eine „'faire Balance' zwischen den Parteien“ bestehen. Dies verlangt, dass jeder Partei die Möglichkeit eingeräumt werden muss, „ihren Fall – einschließlich ihrer Zeugenaussage – vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zu ihrem Prozessgegner bedeuten“.⁸

In dem vom EGHRM zu entscheidenden Fall ging es um den Inhalt eines Gesprächs zwischen dem Geschäftsführer der beweisbelasteten Klägerin und einem bei der Beklagten angestellten Mitarbeiter, der als Zeuge benannt war. Das Ausgangsgericht vernahm in der Beweisaufnahme lediglich den Zeugen der Beklagten und lehnte eine Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin als unzulässige Parteivernehmung ab. Nach Auffassung des EGHRM verstößt dies gegen den aus Art. 6 EGMR⁹ abgeleiteten Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit. Da auch die beweisbelastete Partei (bzw. deren Geschäftsführer) bei dem mündlichen Gespräch Wahrnehmungen zu dem betreffenden Vorgang gemacht hat und ihr keine anderen Beweismittel

⁴ BGH, Urteil vom 05.07.1989, VIII ZR334/88, NJW 1989, 3222 (3223); Urteil vom 16.07.1998, I ZR 32/96, NJW 1999, 363 (364); Urteil vom 19.02.2002, V ZR 90/01, NJW 2002, 2247 (2249); Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. Auflage, 2010, § 448, Rz. 4; Schreiber in: MünchKommZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Auflage, 2008, § 448, Rz.33; Prütting in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. Auflage, 2011, vor §§ 445 ff, Rz. 1.

⁵ BGH, Urteil vom 05.07.1989, VIII ZR334/88, NJW 1989, 3222 (3223).

⁶ Urteil vom 27.10.1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413.

⁷ Beschluss vom 21.02.2011, 2 BvR 140/00, NJW 2001, 2531.

⁸ Urteil vom 27.10.1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 (Tz 33).

⁹ Art. 6 (1) EGMR: „Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise ... gehört wird ...“

zur Verfügung standen, musste ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Wahrnehmungen ebenfalls dem Gericht „präsentieren“ zu können, damit sie bei der anschließenden Beweiswürdigung berücksichtigt werden können¹⁰.

Die deutschen Gerichte haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und gehen ebenfalls davon aus, dass eine Partei unter bestimmten Voraussetzungen von einem Zivilgericht im Zuge der Beweisaufnahme angehört oder vernommen werden muss. Das BVerfG leitet dieses Recht der Partei eines Zivilprozesses aus Art.103 Abs. 1 und aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG ab¹¹. Hieraus ergibt sich die Pflicht des Gerichts, die Richtigkeit bestrittener Tatsachen nicht ohne hinreichende Prüfung zu bejahen. Zugleich müssen die Parteien eines Zivilprozesses die Möglichkeit haben, sich im Rechtsstreit nicht nur mit rechtlichen, sondern auch mit tatsächlichen Argumenten zu behaupten. Mit Blick auf etwaige eigene Wahrnehmungen der Parteien muss jeder von ihnen eine „vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden, ihren Fall – einschließlich ihrer Aussage – vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für sie keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner darstellen“¹².

Auch der BGH und das BAG haben in einer Reihe von Entscheidungen ein Recht der Partei angenommen, ihre Wahrnehmungen zu einer streitigen Tatsache in der Beweisaufnahme zu „präsentieren“, sodass das Gericht sie würdigen muss¹³.

c) Die Umsetzung des Rechts auf Parteivernehmung

Dabei besteht Einigkeit, dass es weder der Anspruch auf rechtliches Gehör noch der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit gebieten, die zeugenlose Partei nach §§ 445 ff ZPO förmlich zu vernehmen. Vielmehr genügt es, wenn die Partei zu der betreffenden Problematik gemäß § 141 ZPO angehört wird¹⁴. Zwar stellt die Parteianhörung nach § 141 ZPO kein Beweismittel im Sinne der ZPO dar, sodass ein dahingehender Antrag auch grundsätzlich keinen wirksamen Beweisantritt darstellt¹⁵. Die Angaben der Partei in einer – möglicherweise auch nur von Amts wegen – durchgeführten Anhörung können aber genauso wie die in einer Parteivernehmung der

¹⁰ Urteil vom 27.10.1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 (1414 -Tz 35): „Während der hier interessierenden Unterredung verhandelten Herr van Reijendam und Herr van W auf gleicher Grundlage, beide waren zu den Verhandlungen von ihrer jeweiligen Partei befugt. Es ist daher schwierig einzusehen, warum ihnen nicht auch beiden die Gelegenheit gegeben worden ist, als Zeuge auszusagen.“

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 21.2.2001, 2 BvR 140/00, NJW 2001, 2531; Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170

¹² Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170

¹³ BGH, Urteil vom 23.4.2008, XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; Urteil vom 27.9.2005, XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschluss vom 25.9.2003, III ZR 384/02, NJW 2003, 3636; Beschluss vom 11.2.2003, XI ZR 153/02, MDR 2003, 647; BAG, Urteil vom 19.11.2008, 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschluss vom 22.5.2007, 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 2427

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170; BGH, Urteil vom 27.9.2005, XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschluss vom 25.9.2003, III ZR 384/02, MDR 2004, 227

¹⁵ BGH, Urteil vom 3.7.1967, VII ZR 48/65, MDR 1967, 312.

Beweiswürdigung unterzogen werden¹⁶. Damit ist dem Recht der Partei auf prozessuale Waffengleichheit auch durch eine Anhörung genüge getan.

War die zeugenlose Partei in der Beweisaufnahme zugegen, kann es sogar bereits ausreichen, wenn sie dort oder im anschließenden Termin die Gelegenheit hatte, durch eine Wortmeldung nach § 137 Abs. 4 ZPO ihre Sicht der Dinge vor Gericht darzustellen¹⁷. Ob die Möglichkeit zu Wortmeldung und Zeugenbefragung auch über die vom BVerfG und BGH entschiedenen Einzelfälle hinaus das Recht einer zeugenlosen Partei ihre Wahrnehmungen vor Gericht zu präsentieren zu erfüllen mag, erscheint fraglich¹⁸. Man denke daran, wie leicht in der Aufmerksamkeit des Gerichts die an einen Zeugen gestellte Frage durch seine Antwort in den Hintergrund gedrängt werden kann oder wie oft nähere Erläuterungen eines Fragenden durch das Gericht oder die Gegenseite mit der Ermahnung kommentiert werden, er solle an den Zeugen nur Fragen richten und keine Stellungnahmen abgeben.

Da aber jedenfalls Parteivernehmung nach §§ 445 ff ZPO und Parteianhörung nach § 141 ZPO beide gleichermaßen geeignet sind, den prozessualen Rechten einer zeugenlosen Partei Geltung zu verschaffen, werden im Folgenden die Begriffe „Recht auf Parteivernehmung“ und „Recht auf Parteianhörung“ synonym verwendet¹⁹.

d) Wann besteht der Anspruch auf Parteivernehmung?

Die höchstrichterliche Rechtsprechung fordert indessen keineswegs, dass ein Zivilgericht jedem Antrag einer zeugenlosen Partei auf ihre Vernehmung nachzukommen hätte. Vielmehr gilt nach wie vor der aus §§ 447 und 448 ZPO zu entnehmende Grundsatz, dass das Gericht einen dahingehenden Antrag einer Partei in der Regel nicht befolgen muss²⁰. Die im Gefolge des Urteils des EGHR ergangenen Entscheidungen modifizieren diesen Grundsatz lediglich für bestimmte Fallkonstellationen.

Der vorliegende Beitrag untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Partei eines Zivilprozesses ihre Vernehmung nun beanspruchen kann und unter welchen nicht. Dabei kommt dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass EGHR, BVerfG und BGH das Recht auf

¹⁶ tatsächlich ist der gesamte Akteninhalt der Beweiswürdigung zugänglich

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170; BGH, Urteil vom 23.4.2008, XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086

¹⁸ In dem durch das BVerfG zu entscheidenden Fall kam hinzu, dass die nicht vernommene zeugenlose Partei ihre Vernehmung oder Anhörung nicht beantragt hatte, im Fall des BGH kamen weitere objektive Umstände hinzu, auf die das Gericht die Beweiswürdigung gestützt hatte – vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 25.9.2003, III ZR 384/02 und unten Ziff. 2.f)

¹⁹ In jedem Fall muss eine Partei ihre Vernehmung oder Anhörung aber beantragen, es besteht keine Pflicht des Gerichts, sie von Amts wegen durchzuführen, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170, so zuletzt auch OLG Oldenburg, Beschluss vom 7.4.2010, 5 U 98/09, MDR 2010, 1078

²⁰ Die Lit. geht teilweise weiter, vgl. z.B. Leipold a.a.O., § 448 ZPO, Rz 32 m.w.N.; Überblick über das Meinungsbild bei Laumen in: § 18, Rz 5 m.w.N.

Parteivernehmung zwar auch mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör begründen, es aus Sicht der Verf. aber primär aus einem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebot herleiten (Art. 6 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG). Dies wird in der zitierten Äußerung des BVerfG deutlich, wonach jede Partei die Möglichkeit haben muss, ihren Fall „ohne wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner“ zu präsentieren²¹. Das Recht auf Parteivernehmung soll der betroffenen Partei also ein „Gleichziehen“ ermöglichen und setzt folglich ein „Ungleichgewicht“ in der Beweisaufnahme voraus.

Im Folgenden wird deshalb dieses „Ungleichgewicht“, das die Voraussetzung für den prozessualen Anspruch der Partei darstellt, zu charakterisieren sein. Dabei wird sich als entscheidende Voraussetzung für den Anspruch auf Parteivernehmung ergeben, dass sich die betreffende Partei in einem „Beweisnotstand“ befindet²². Ein solcher Beweisnotstand liegt aber nicht schon dann vor, wenn eine Partei für eine von ihr zu beweisende Tatsache (außer ihrer eigenen Vernehmung) kein Beweismittel benennen kann. Solche Beweislosigkeit kann ebenso Ausdruck eines allgemeinen Prozessrisikos sein und verlangt dann kein Abrücken von der in §§ 447 und 448 liegenden Grundentscheidung des Gesetzgebers²³. Auf der anderen Seite kann ein Anspruch auf Parteivernehmung wegen eines „prozessualen Ungleichgewichts“ nicht zwangsläufig davon abhängen, dass über ein sogenanntes Vier-Augen-Gespräch Beweis erhoben wird, auch wenn dieses Schlagwort in diesem Kontext oft verwendet wird. Ebenso wenig hängt der Anspruch auf Parteivernehmung davon ab, ob die zu vernehmende Partei für die streitige Tatsache die Beweislast trägt oder ob sie auf der Gegenseite der beweisbelasteten Partei steht. Das Ziel der folgenden Ausführungen ist es, das den Anspruch auslösende prozessuale Ungleichgewicht näher zu charakterisieren.

2. Anhörung oder Vernehmung der nicht beweisbelasteten Partei

a) „Gleichziehen“ mit der Gegenseite, die über einen Zeugen verfügt

Fall 1:

Die Klägerin – ein Bauunternehmen – nimmt einen Bauherrn auf die Vergütung von Malerarbeiten in Anspruch. Sie stellt eine teurere Tapete in Rechnung als im schriftlichen Vertragsangebot vorgesehen und behauptet, der Beklagte habe dies bei einem späteren Gespräch auf der Baustelle gegen Übernahme der Mehrkosten gegenüber ihrem Mitarbeiter M in Auftrag gegeben.

²¹ Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170, Rz 15

²² so z.B. BVerfG, a.a.O., Rz 16; BGH, Urteil vom 19.4.2002, V ZR 90/01, BGHZ 150, 334

²³ vgl. BGH, Urteil vom 23.4.2008, XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; BGH, Urteil vom 19.4.2002, V ZR 90/01, BGHZ 150, 334; Urteil vom 5.7.1989, VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222; OLG Schleswig, Beschluss vom 28.2.2011, 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.8.2011, 19 U 127/10; OLG Celle, Urteil vom 29.4.2010, 11 U 188/09

Der Beklagte bestreitet dies. Die beweisbelastete Klägerin benennt den Mitarbeiter M als Zeugen, den das Gericht auch vernimmt. M bestätigt den Vortrag der Klägerin. Der Beklagte beantragt seine Vernehmung als Partei. Muss das Gericht dem nachkommen?

Hier handelt es sich um den Standardfall, in dem ein Anspruch auf Parteivernehmung besteht. Der Beklagte kann zu dem streitentscheidenden Beweisthema keine Zeugen benennen, hat aber selbst Wahrnehmungen zu diesem Vorgang gemacht. Nach dem Gebot der prozessualen Waffengleichheit und dem des rechtlichen Gehörs darf das Gericht es dem Beklagten in dieser Situation nicht versagen, diese Wahrnehmungen in den Prozess einzuführen und muss sich auch im Rahmen der Beweiswürdigung hiermit auseinandersetzen. Wie bereits ausgeführt, muss der Beklagte nicht zwingend als Partei vernommen werden. Es ist ausreichend, wenn ihn das Gericht gemäß § 141 ZPO anhört. In jedem Fall ist das Gericht in der Beweiswürdigung frei (§ 286 ZPO). Das bedeutet, dass es die Aussage eines Zeugen durch das Ergebnis der Parteianhörung als erschüttert ansehen oder sogar anstelle des Zeugen der angehörten Partei Glauben schenken kann²⁴. Im vorliegenden Fall müsste das Gericht in diesen beiden Varianten die Klage abweisen.

b) Vernehmung eines unbeteiligten Zeugen

Fall 2:

Wie Fall 1. Das umstrittene Gespräch über die Verlegung der teureren Tapete führten der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte. Der Zeuge Z, der dieses Gespräch mitgehört hat, war – anders als im Fall 1 – kein Angestellter der Klägerin, sondern eines ebenfalls auf der Baustelle arbeitenden Drittunternehmens. Die Klägerin benennt Z, er wird vernommen und bestätigt den Vortrag der Klägerin. Der Beklagte beantragt seine Vernehmung als Partei.

Es fragt sich, ob die Gebote der Waffengleichheit und der Gewährung rechtlichen Gehörs auch hier die Vernehmung oder Anhörung des Beklagten verlangen. Eine formale Betrachtung könnte dafür sprechen: Die Klägerin konnte einen Zeugen benennen, der ihre Version bestätigte. Dem Beklagten stehen keine Zeugen zur Verfügung, dafür hat er eigene Wahrnehmungen zu dem Vorgang machen können. Andererseits ist der vernommene Zeuge Z kein Mitarbeiter der Klägerin, steht also prima facie – die genaue Beziehung zwischen Parteien und Zeugen bleibt dem Gericht häufig unklar – nicht in „ihrem Lager“. Gleichwohl hat der Zeuge aber die klägerische Sichtweise des streitigen Vorgangs bestätigt. Der Beklagte hingegen hatte bislang keine Möglichkeit seine Tatsachenversion dem Gericht durch ein Beweismittel zu präsentieren.

²⁴ BGH, Beschluss vom 25.9.2003, III ZR 384/02, NJW 2003, 3636; Urteil vom 16.7.1998, I ZR 32/96, NJW 1999, 363

Diese Fallkonstellation gibt Anlass, sich näher mit dem Begriff der Beweisnot zu beschäftigen, der nach der hier vertretenen Auffassung die entscheidende Voraussetzung für einen Anspruch auf Parteivernehmung ist. Beweisnot ist eine prozessuale Sondersituation. Sie ist nicht gleichzusetzen mit Beweislosigkeit. Damit ist Beweisnot nicht bereits dann gegeben, wenn einer Partei für den Beweis ihrer Tatsachenversion außer ihrer Vernehmung kein Beweismittel zur Verfügung steht – eine solche Situation ist ein allgemeines Prozessrisiko, das die ZPO in §§ 447 und 448 bewusst in Kauf nimmt, sodass diese Vorschriften nicht generell von der Rechtsprechung modifiziert werden können²⁵.

Grund für die in §§ 447 und 448 ZPO zum Ausdruck kommende Wertung ist aber wie dargelegt, dass das Gesetz skeptisch gegenüber der Verlässlichkeit der Aussage einer Partei ist. Diese Wertung ist im Grundsatz zu akzeptieren. Problematisch wird sie dort, wo das Gericht bereits einen Zeugen vernommen hat, der von seiner formalen Stellung her zwar Zeuge ist, bei dem eine vernünftig abwägende Gegenpartei aber Anlass zu der Befürchtung hat, dass seine Aussage – genau wie die Aussage einer Partei – interessengetrieben gewesen sein könnte. Das ist dann der Fall, wenn der Zeuge aus dem „Lager“ der Gegenpartei stammt, also in einer persönlichen oder beruflichen Nähebeziehung zu ihr steht (Ehe, Verwandtschaft, Anstellung, u.Ä.). In einem solchen Fall ist es nicht mehr hinnehmbar, einer Partei aus Sorge um ein neutrales Ergebnis der Beweisaufnahme gemäß §§ 447, 448 ZPO ihre Vernehmung zu verweigern. Vielmehr muss die Partei nun durch die „Präsentation“ ihrer Wahrnehmungen „gleichziehen“ können.

Es kommt also entscheidend darauf an, ob in dem Rechtsstreit bislang nur Beweismittel erhoben worden sind, die aus Sicht einer vernünftig denkenden Partei „potenziell interessengetrieben“ waren²⁶. Ist das nicht der Fall, sondern kann sich das Gericht nach der bisherigen Beweisaufnahme auch auf Beweismittel stützen, die „neutral“ sind, besteht kein Bedürfnis nach einer Parteivernehmung zur Herstellung der Waffengleichheit. Es bleibt dann bei den allgemeinen Regeln der §§ 447, 448 ZPO²⁷.

Im Fall 2 ist der Beklagte daher nicht als Partei zu vernehmen. Der vernommene Zeuge Z steht nicht parteiähnlich im Lager der Gegenseite. Aus der Benennung des Zeugen durch die Gegenseite, kann dies nicht gefolgert werden. Meint der Beklagte, der Zeuge sei dem „Lager“ der Gegenseite zuzurechnen, obliegt es ihm, dies näher darzulegen, da dem Gericht eine solche Nähebeziehung – anders wenn etwa der Ehegatte einer Partei vernommen wird – in der Regel

²⁵ vgl. BGH, Urteil vom 23.4.2008, XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; BGH, Urteil vom 19.4.2002, V ZR 90/01, BGHZ 150, 334; Urteil vom 5.7.1989, VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222; OLG Schleswig, Beschluss vom 28.2.2011, 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.8.2011, 19 U 127/10; OLG Celle, Urteil vom 29.4.2010, 11 U 188/09

²⁶ BGH, Urteil vom 27.9.2005, XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschluss vom 11.2.2003, XI ZR 153/02, MDR 2003, 647

²⁷ BGH, Urteil vom 23.4.2008, XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086; Urteil vom 19.4.2002, V ZR 90/01, BGHZ 150, 334; Urteil vom 27.9.2005, XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; Beschluss vom 11.2.2003, XI ZR 153/02, MDR 2003, 647

nicht erkennbar ist. Beispielsweise müsste der Beklagte belegen, dass der Zeuge mittlerweile nicht mehr bei einem Dritten, sondern bei der Gegenpartei angestellt ist.

Die Beweisnot, bei der eine zeugenlose Partei ihre Vernehmung beanspruchen kann, lässt sich also wie folgt definieren: Nach dem aktuellen Stand der Beweisaufnahme wird sich das Gericht in der Beweiswürdigung im Wesentlichen nur auf die Angaben eines Zeugen stützen, bei dem die zeugenlose Partei Anlass zu der Befürchtung hat, dass er aufgrund einer Nähebeziehung zur Gegenpartei nicht neutral ist.

c) Keine vier Augen, kein Gespräch

Der Umstand, dass an dem Gespräch im Fall 2 drei Personen teilgenommen haben, es sich also nicht um ein Vier-Augen-Gespräch gehandelt hat, steht dem Anspruch des Beklagten auf Parteivernehmung allerdings nicht entgegen. Entscheidend ist nicht die Anzahl der Gesprächsteilnehmer, sondern der Umstand, dass alle mit Ausnahme der ihre Vernehmung beantragenden Partei dem „Lager“ der Gegenseite zuzurechnen sind. Ist eine Partei in diesem Sinne zeugenlos, muss es unerheblich sein, ob das „Lager“ der Gegenseite nur aus einem Zeugen oder auch der Gegenpartei bzw. noch weiterer Zeugen besteht. In all diesen Fällen hat die zeugenlose Partei wie im Fall 1 – wenn nicht sogar noch stärker – das Bedürfnis, gegenüber den Aussagen der Beweispersonen der Gegenseite ihre eigene Sicht der Dinge zu präsentieren.

Ebensowenig, wie es auf darauf ankommen kann, dass (insgesamt) nur vier Augen Wahrnehmungen zum Beweisthema gemacht haben, kann es entscheidend sein, dass es sich bei ihm um ein Gespräch handelt. Zwar ist in der Rechtsprechung der Anspruch auf Parteivernehmung ganz überwiegend nur im Zusammenhang mit „Vier-Augen-Gesprächen“ anerkannt worden, auch bei anderen Beweisthemen kann sich eine Partei nach der Aussage eines der Gegenseite nahestehenden Zeugen aber in der Lage befinden, dass nur durch die Einführung ihrer Wahrnehmungen in die Beweisaufnahme eine „faire Balance“ hergestellt werden kann²⁸

3. Anhörung / Vernehmung der beweisbelasteten Partei

a) Parteivernehmung ohne vorangegangene Vernehmung eines Zeugen?

Fall 3:

²⁸ Einen anderen Vorgang als ein Gespräch, nämlich die Frage des „eigenmächtigen Handelns“ einer Person betrifft offenbar BGH, Beschluss vom 11.2.2003, XI ZR 153/02, MDR 2003, 647.

Die Klägerin, eine GmbH, macht gegen die Beklagte Ansprüche aus einem Bauvertrag geltend. Den Auftrag habe der Mitarbeiter M der Beklagten dem Geschäftsführer der Klägerin mündlich in einem Gespräch erteilt. Die Beklagte bestreitet dies. Zum Beweis der Auftragserteilung beruft sich die Klägerin auf die Vernehmung oder Anhörung ihres Geschäftsführers. Muss das Gericht dem nachkommen?

Nein. Das Gericht ist nicht zu einer Vernehmung der Klägerin als Partei verpflichtet – und wohl nicht einmal berechtigt. Für eine Vernehmung nach § 447 ZPO fehlt es an dem Einverständnis der Beklagtenseite, um dessen Einholung sich nicht das Gericht kümmern muss, sondern das ggf. vom Beweisführer einzuholen und vorzutragen ist²⁹. Eine Vernehmung von Amts wegen gemäß § 448 ZPO setzt die bereits erwähnte „Anfangswahrscheinlichkeit“ zugunsten der Version der zu vernehmenden Partei voraus. Dafür gibt es hier vor Beweisaufnahme³⁰ keine Anhaltspunkte. Vielmehr ist der Vortrag beider Parteien vor der Beweisaufnahme im Zweifel gleichermaßen wahrscheinlich³¹.

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts hingegen müsste das Gericht dem Antrag der Klägerin nachkommen. Das BAG hat wiederholt entschieden, dass bei umstrittenen Gesprächen zwischen den Parteien die beweisbelastete Partei dadurch Beweis antreten kann, dass sie ihre eigene Anhörung oder Vernehmung beantragt³². Diese Rechtsprechung lässt nach Meinung der Verf. aber außer Acht, dass der Anspruch auf Parteivernehmung primär aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit gewonnen wird und ein Ungleichgewicht in der bisher durchgeführten Beweisaufnahme voraussetzt. Ist – wie hier – noch gar nicht Beweis erhoben worden, befindet sich der Kläger nicht in der von EGhMR und BVerfG beschriebenen Situation, dass er gegenüber der Gegenseite benachteiligt wäre und nun „gleichziehen“ müsste³³. Als beweisbelastete Partei für einen Umstand keinen Beweisantritt liefern zu können, ist kein prozessuales Ungleichgewicht, sondern eine übliche Folge des Beibringungsgrundsatzes. Der Rechtsprechung von EGhMR und BVerfG kann nicht entnommen werden, dass dieser auch in Fällen modifiziert werden soll, in denen noch gar keine Beweisaufnahme stattgefunden hat.

An der Rechtsprechung des BAG ist ferner zu kritisieren, dass der Antrag der klagenden Partei auf ihre Anhörung nach § 141 ZPO offenbar entgegen der Systematik der ZPO als Strengbeweismittel angesehen wird. Natürlich könnte das Gericht – ohne dazu verpflichtet zu sein – auch im Fall 3 den Kläger gemäß § 141 ZPO als Partei anhören. Die Parteianhörung unterliegt nicht den Beschränkungen der Parteivernehmung, sie kann auch unabhängig vom Vorliegen eines „Anfangsbeweises“ von Amts wegen durchgeführt werden. Die Anhörung ist aber kein

²⁹ Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, 2009, § 447 ZPO, Rz 2 m.w.N.

³⁰ hierzu BGH, Urteil vom 5.7.1989, VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222

³¹ wie hier z.B. OLG Schleswig, Beschluss vom 28.2.2011, 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.8.2011, 19 U 127/10; OLG Celle, Urteil vom 29.4.2010, 11 U 188/09

³² Urteil vom 19.11.2008, 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschluss vom 22.5.2007, 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 885

³³ vgl. insb. BVerfG, Beschluss vom 27.2.2008, 1 BvR 2588/06, NJW 2008, 2170

Beweismittel, sondern soll dem Gericht nur die Klärung des Sachverhalts ermöglichen³⁴. Zwar kann ihr Ergebnis – wie der gesamte Akteninhalt – vom Gericht auch im Rahmen einer Beweiswürdigung verwertet werden³⁵. Wie erwähnt kann dies sogar so weit gehen, dass das Gericht den Angaben einer Partei gegenüber der Aussage eines Zeugen Glauben schenkt³⁶. Eine solche Verwertung der Anhörung setzt aber voraus, dass zuvor nach den Regeln des Strengbeweises Beweis erhoben worden ist – etwa durch Vernehmung eines Zeugen oder einer Partei. Daran fehlt es hier.

Das klägerische Vorbringen ist nach der hier vertretenen Auffassung also beweislos.

b) Herbeiführen der „Beweisnot“?

Fall 4:

Wie Fall 3. Die Klägerin benennt den Mitarbeiter M der Beklagten als Zeugen für ihre Behauptung des Vertragsschlusses. Das Gericht vernimmt ihn. M bestätigt das Beweisthema allerdings nicht sondern sagt aus, der Klägerin noch keinen Auftrag erteilt zu haben. Nunmehr beantragt K die Vernehmung ihres Geschäftsführers als Partei.

Nach der oben gegebenen Definition³⁷ besteht hier das vom EGHR beschriebene prozessuale Ungleichgewicht, das die Vernehmung des Geschäftsführers gebietet. Allerdings hat die Klägerin diesen Notstand durch die Benennung des im Lager der Gegenseite stehenden Zeugen selbst herbeigeführt. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob auch eine Partei auf diesem Wege §§ 447 und 448 ZPO „ausschalten“ und ihre Vernehmung erzwingen kann.

In den bislang ergangenen Urteilen ist der Frage, ob die zeugenlose Partei ihre Beweisnot selbst herbeigeführt hat, keine Bedeutung beigemessen worden. Dieser Umstand findet in keiner Entscheidung Erwähnung. In vielen Urteilen kann der Sachverhaltsschilderung auch nicht entnommen werden, welche Partei dem Gericht die maßgeblichen Beweisantritte unterbreitet hat. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass die Rechtsprechung einen Anspruch auf Parteivernehmung wiederholt auch auf der Aktivseite angenommen hat, also in Fällen, in denen die zeugenlose Partei – wie hier – die Beweislast für die streitige Tatsache trägt³⁸. Wie soeben dargelegt³⁹ geht das BAG bei Gesprächen, die allein zwischen den Parteien stattgefunden haben, sogar davon aus, dass die beweisbelastete zeugenlose Partei sogar unabhängig von der vorangegangenen Vernehmung

³⁴ BGH, Urteil vom 3.7.1967, VII ZR 48/65, MDR 1967, 834

³⁵ vgl. oben Ziff. 1 b)

³⁶ vgl. oben Ziff. 2.a)

³⁷ vgl. oben Ziff. 2. b)

³⁸ so insbesondere schon im Ausgangsfall des EGHR, Urteil vom 27.10.1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413

³⁹ vgl. Ziff. 3 a)

eines Zeugen aus dem Lager der Gegenseite ihre eigene Vernehmung oder Anhörung als Partei beantragen kann⁴⁰. Modifiziert diese Rechtsprechung nach Meinung der Verf. die Regelungen der §§ 447, 448 ZPO auch zu weitgehend, spricht sie doch dafür, dass die zeugenlose Partei das Ungleichgewicht in der Beweisaufnahme, das Voraussetzung für ihre Vernehmung ist, jedenfalls herbeiführen kann, ohne dass dies Auswirkungen auf ihre prozessualen Rechte hätte. Insbesondere kann eine solche Vorgehensweise der zeugenlosen Partei nicht als missbräuchlich oder gezielte Umgehung von §§ 447 und 448 ZPO bezeichnet werden. Denn als die Klägerin den Zeugen aus dem Lager der Gegenseite benannte, konnte sie darauf hoffen, dass dieser vielleicht doch ihre Version der Dinge bestätigen würde. In diesem Fall wäre die Vernehmung ihres Geschäftsführers nicht erforderlich geworden. Erst wenn der Zeuge tatsächlich die Version der Gegenseite bestätigt, besteht aus Sicht der Klägerin Anlass, ein nicht neutrales Ergebnis der Beweisaufnahme zu befürchten. Die Beweisnot ist damit nicht alleinige Folge des klägerischen Prozessverhaltens, sondern auch des Verlaufs der Beweisaufnahme, der nie vorhersehbar ist. Damit muss die zeugenlose Partei hier genauso wie in den „Passivfällen“⁴¹ vernommen werden.

Im Fall 3⁴² müsste das Gericht die Klägerin wohl darauf hinweisen, dass ihrem Antrag auf Parteivernehmung nicht nachgekommen werden kann, solange nicht ein objektiver Anlass besteht, ein Ungleichgewicht in der bisherigen Beweisaufnahme zu befürchten. Die Klägerin hat dann zu entscheiden, ob er den Zeugen der Gegenseite benennt. Auf diesem Weg kann sie die Schwelle zur Beweisaufnahme überschreiten und die Vernehmung oder Anhörung ihres Geschäftsführers erwirken. Im Ergebnis wird das Gericht nach der Vernehmung von Zeuge und Partei natürlich häufig zu einem non liquet kommen, die Klägerin würde also auch dann unterliegen. Dies ist aber – anders als eine Klageabweisung wegen Beweislosigkeit – kein zwingendes Ergebnis. Auf dem geschilderten Wege hat sie zumindest die Möglichkeit, eine Beweisaufnahme mit ihrer Vernehmung und damit eine Obsiegenschance zu erzwingen. Zudem entfällt die Notwendigkeit für die alternativ in Betracht kommende Vorgehensweise der Klägerin, ihren Anspruch an einen Dritten abzutreten, um auf diese Weise einen Zeugen zu gewinnen⁴³.

c) Waffenungleichheit auch bei unergiebigem Gegenzeugen?

Sollte der Zeuge M im Fall 4 angeben, sich an das Gespräch kaum noch erinnern zu können und keine nähere Angaben zu seinem Inhalt machen, wäre nach Einschätzung der Verf. der Geschäftsführer der Klägerin ebenso zu vernehmen. Auch hier besteht nach dem bisherigen

⁴⁰ Urteil vom 19.11.2008, 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschluss vom 22.5.2007, 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 885

⁴¹ vgl. Fall 1 Ziff. 2.a)

⁴² vgl. oben Ziff. 3. a)

⁴³ Ein solches Vorgehen wird auch deshalb immer seltener von Erfolg gekrönt sein, da der Beklagte gegen den Zedenten eine sog. isolierte Drittwiderklage erheben und dadurch seine Zeugenstellung beenden könnte, vgl. BGH, Urteil vom 13.6.2008, V ZR 114/07, NJW 2008, 2852; zum Gerichtsstand vgl. BGH, Beschluss vom 30.9.2010, Xa ARZ 191/10, NJW 2011, 460

Ergebnis der Beweisaufnahme ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien, denn es ist allein ein Zeuge vernommen worden, der als Mitarbeiter der Gegenseite möglicherweise ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Zwar war die Vernehmung unergiebig, wenn sich das Gericht aber allein hierauf stützt führt dies genau wie eine Aussage, die die Version der Gegenseite bezeugt, aufgrund der Beweislast der Klägerin zu einer Klageabweisung – nunmehr wegen eines non liquet. Aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin besteht daher auch hier Anlass zu der Befürchtung, dass das Ergebnis der Beweisaufnahme allein vom Interesse der Gegenseite beeinflusst ist. Bewertete man dies anders, führte dies zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, dass es für die Beklagte am besten ist, wenn sich „ihr“ Zeuge an das Beweisthema nicht mehr erinnert.

Anders liegt der Fall natürlich, wenn der vernommene Zeuge in keiner (erkennbaren) Nähebeziehung zur Beklagten stehen sollte. Dann besteht aus Sicht der Klägerin kein Anlass zu der Befürchtung, die Beweisaufnahme werde allein durch die Interessen der Gegenseite beeinflusst. Unabhängig davon, ob die Vernehmung des neutralen Zeugen ergiebig war oder nicht hat die Klägerin dann keinen Anspruch auf ihre Vernehmung⁴⁴.

d) „Vier-Augen-Gespräch“ ohne Zeugen

Haben an dem Gespräch in Fall 3 auf beiden Seiten ausschließlich die Geschäftsführer der Parteien teilgenommen, gilt im Prinzip dasselbe. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf ihre Vernehmung, solange nicht ausnahmsweise ein Anfangsbeweis gemäß § 448 ZPO für die Richtigkeit ihres Vorbringens besteht⁴⁵. Nach der hiervon abweichenden Rechtsprechung des BAG⁴⁶ wäre dem Antrag der Klägerin hingegen wohl nachzukommen. Nimmt man nach der hier vertretenen Ansicht an, dass sich der Anspruch auf Parteivernehmung aus einem Ungleichgewicht in der Beweisaufnahme ergibt, muss die Klägerin diese herbeiführen, indem sie die Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten nach § 445 ZPO beantragt⁴⁷. Die Beantragung einer Anhörung nach § 141 ZPO ist nicht ausreichend, da hierdurch nicht die Schwelle zur Beweisaufnahme überschritten wird. Dazu ist die Erhebung eines Beweismittels im strengen Sinne, also nach §§ 371 ff ZPO erforderlich. Lässt sich der Geschäftsführer der Beklagten vernehmen⁴⁸ hätte danach die Klägerin Anspruch auf Anhörung oder Vernehmung ihres Geschäftsführers.

⁴⁴ ggf. hat die Partei, die vernommen werden will, darzulegen, dass der gehörte Zeuge im „Lager“ der Gegenseite steht, vgl. Ziff. 2. b)

⁴⁵ vgl. hierzu BGH, Urteil vom 5.7.1989, VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222, OLG Schleswig, Beschluss vom 28.2.2011, 5 U 112/01; OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.8.2011, 19 U 127/10; OLG Celle, Urteil vom 29.4.2010, 11 U 188/09

⁴⁶ Urteil vom 19.11.2008, 10 AZR 671/07, NJW 2009, 1019; Beschluss vom 22.5.2007, 3 AZN 1155/06, NJW 2007, 885

⁴⁷ vgl. oben Ziff. 3.a)

⁴⁸ die Verweigerung könnte das Gericht gemäß § 446 ZPO bewerten und dürfte den Anfangsbeweis für eine Vernehmung des klägerischen Geschäftsführers von Amts wegen nach § 448 ZPO begründen

4. Fazit

Der Anspruch einer zeugenlosen Partei auf ihre Anhörung oder Vernehmung im Rahmen der Beweisaufnahme setzt ein prozessuales Ungleichgewicht voraus. Dieses ist nicht schon bei Beweislosigkeit gegeben, sondern nur dann, wenn nach dem aktuellen Stand der Beweisaufnahme das Gericht seine Beweiswürdigung im Wesentlichen auf die Angaben eines Zeugen stützen wird, der in einer Nähebeziehung zur Gegenpartei steht. Dann hat die zeugenlose Partei Anlass zu der Befürchtung, dass dieser Zeuge nicht neutral ist, sodass ihr hinsichtlich ihrer eigenen Vernehmung die in §§ 447, 448 ZPO zum Ausdruck kommende Sorge des Gesetzes um die fehlende Neutralität einer Parteivernehmung nicht entgegengehalten werden darf.

Der Anspruch auf Parteivernehmung ist in der Rechtsprechung fast ausschließlich im Zusammenhang mit Vier-Augen-Gesprächen erörtert worden. Tatsächlich kommt es aber auf das Vorliegen des soeben beschriebenen prozessualen Ungleichgewichts an. Ob der zu beweisende Vorgang ein Gespräch ist und ob er unter vier oder mehr Augen stattgefunden hat, kann aus verfassungsrechtlicher Sicht hingegen nicht maßgeblich sein. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die zeugenlose Partei für das Beweisthema die Beweislast trägt oder nicht.

Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, dass bei Gesprächen, die allein zwischen den Parteien stattgefunden haben, die für den Inhalt des Gesprächs beweisbelastete Partei Beweis antreten kann, indem sie ihre eigene Anhörung oder Vernehmung beantragt, geht nach Einschätzung der Verf. indes zu weit⁴⁹. Hier wird ohne Not eine Modifizierung der Regelungen der ZPO vorgenommen (§§ 141, 447, 448), zu der auch nach der Rechtsprechung von EGhMR und BVerfG kein Anlass besteht.

⁴⁹ vgl. oben Ziff. 3 a)