

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Leipold, Freiburg,
Prof. Dr. Dr. h. c. Karl Heinz Schwab, Erlangen,
Prof. Dr. Rolf Stürner, Freiburg

2003 ISBN 3-452-25373-2

Schriftleitung

Zuschriften, die sich auf diese Zeitschrift beziehen, werden an Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Dieter Leipold, Universität Freiburg, Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Postfach, 79085 Freiburg, erbeten. Rezensionsexemplare und Rezensionen sind an Herrn Professor Dr. Rolf Stürner, Universität Freiburg, Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Postfach, 79085 Freiburg (Tel. 07 61/2 03-21 63) zu senden.

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen. Es wird davon ausgegangen, daß die zur Veröffentlichung eingesandten Entscheidungen von Instanzgerichten nicht auch anderen Zeitschriften angeboten werden.

Die vorbehaltenen Urheber- und Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung überarbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Verlag

Carl Heymanns Verlag KG, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Telefon 02 21 - 9 43 73 - 0, Telefax 02 21 - 9 43 73 - 901, e-mail: service@heymanns.com, http://www.heymanns.com. Deutsche Bank AG Köln 111 316 600, Postbank Köln 820 20 - 501.

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung und Ausgabe von Daten des Inhalts dieses Heftes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind nicht gestattet.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahr. Jahrespreis 138,00 €, zuzüglich Versandkosten. Einzelheft 39,50 € zuzüglich Versandkosten. Aufkündigung des Bezugs bis 15. 11. zum Jahresablauf.

Anzeigen

Heymanns Anzeigen-Verwaltung, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Ruf 02 21 - 9 43 73 - 308/309. Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 13 vom 1. 1. 2001 berechnet. Deutsche Bank AG Köln 111 316 600, Postbank Köln 228 03 - 501.

Druckerei

Gallus Druckerei KG Berlin.

ZZP 116. Band · Heft 3 · 2003 · Seiten 265–400 · ISSN 0342-3468

Inhalt

Abhandlungen

- Prof. Dr. Hanns Prütting* und *Dr. Sabine Wesser*
Die Erledigung des Rechtsstreits: nicht nur ein Kostenproblem 267
- Prof. Dr. Urs Peter Gruber* und *Dr. Erik Kießling*
Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002 – Elemente der »discovery« im neuen deutschen Gerichtsverfahren? 305
- Dr. Jan von Hein*
Die Berufungszuständigkeit der Oberlandesgerichte bei amtsgerichtlichen Entscheidungen mit Auslandsberührung (§ 119 I Nr. 1 lit. b und c GVG) .. 335

Entscheidungen

- BGH, Urteil vom 10. 12. 2002 – VI ZR 378/01 – Beweisverbot im Zivilprozeß (mit Anm. von Prof. Dr. *Christian Katzenmeier*) 371

Rezensionen

- Bub: Streitgegenstand und Rechtskraft bei Zahlungsklagen des Käufers wegen Sachmängeln (*Rimmelspacher*) 381
- Hacke: Der ADR-Vertrag. Vertragsrecht und vertragliche Gestaltung der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösungsverfahren (*Hager*) 384
- Kiener: Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte (*Vofskuhle*) 387
- Nobili: Die freie richterliche Überzeugungsbildung – Reformdiskussion und Gesetzgebung in Italien, Frankreich und Deutschland seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts (*Piekenbrock*) 389
- Petersen: Das internationale Zivilprozessrecht in Japan (*Heath*) 395
- Römermann/Hartung: Anwaltliches Berufsrecht (*Greger*) 398
- ZZP · 116. Band · Heft 3 · 2003 265

Entscheidungen

ZPO § 286 E; StPO § 163 a Abs. 4, § 136 Abs. 1 Satz 2

- a) Ein Beweisverbot wegen eines unterlassenen Hinweises nach §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO kommt nur in Betracht, wenn das Gericht im Freibeweisverfahren die Überzeugung gewonnen hat, daß die Voraussetzungen des Beweisverbots vorliegen.
- b) Ist die Partei des Zivilprozesses in einem vorangegangenen Strafverfahren entgegen §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht belehrt worden, so folgt im nachfolgenden Zivilprozeß nicht alleine daraus ein Beweisverbot bezüglich der Vernehmung der Verhörsperson als Zeuge und der urkundlichen Verwertung der polizeilichen Niederschrift über diese Vernehmung. Über die Frage der Verwertbarkeit ist vielmehr aufgrund einer Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall zu entscheiden. Jedenfalls wenn das Strafverfahren bereits rechtskräftig zu einem Freispruch geführt hat, ist ein Schutzbedürfnis der Partei grundsätzlich nicht mehr gegeben.

BGH, Urteil vom 10. 12. 2002 – VI ZR 378/01 – OLG München, LG Landshut

Tatbestand:

Der Kläger begehrt aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau und seines Sohnes Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einem Verkehrsunfall.

Am 12. 9. 1997 befuhr er zusammen mit seiner Ehefrau und seinem damals dreijährigen Sohn mit einem Unimog die abschüssige Ortsdurchfahrt der Ortschaft S. mit ca. 40 km/h. Als er vor einer scharfen Linkskurve die Geschwindigkeit reduzieren wollte, versagte die Fußbremse. Der Unimog kippte um und prallte gegen eine Hausmauer. Der Kläger, seine Ehefrau und sein Sohn erlitten erhebliche Verletzungen.

Den Unimog hatte ein Bruder des Klägers im April 1997 vom Beklagten gekauft. Ursache des Bremsversagens war ein Loch auf der Oberseite des Bremsschlauches, der die Bremszuleitung zum rechten Vorderrad bildet. Das Loch war entstanden, weil der nachträglich eingebaute Bremsschlauch um etwa einen Zentimeter zu lang und deshalb durchgescheuert war. Der Kläger behauptet, der Beklagte habe den Schlauch eingebaut. Dies ergebe sich unter anderem aus dem Vermerk über seine erste polizeiliche Anhörung und der Aussage des damals anhörenden Polizeibeamten.

In einem zwischen den Parteien geführten Vorprozeß, in dem der Kläger unter anderem ein Teilschmerzensgeld aus dem Unfall eingeklagt hatte, hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und dabei ausgeführt, die Aussage und der Vermerk des Polizeibeamten über die Erstvernehmung des Beklagten könne nicht verwertet werden, weil nicht auszuschließen sei, daß der Beklagte nicht ordnungsgemäß belehrt worden sei. Mit der jetzigen Klage begehrt der Kläger weiteren Schadensersatz und weiteres Schmerzensgeld für sich, seine Ehefrau und seinen Sohn.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen ursprünglichen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger habe nicht den Beweis geführt, daß der Beklagte den zu langen Bremsschlauch eingebaut und den Unfall dadurch verschuldet habe. Es könne aus den im Wege des Urkundenbeweises verwertbaren Aussagen der im Vorprozeß vernommenen Zeugen eine solche Überzeugung nicht gewinnen. Die Zeugenaussage des Polizeibeamten und dessen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nach dem Unfall gefertigter Vermerk

könnten nicht zu Lasten des Beklagten verwertet werden. Nach dem Stand des Ermittlungsverfahrens sei dieser als Beschuldigter in Frage gekommen und deshalb nach §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO als Beschuldigter zu belehren gewesen. Das Berufungsgericht sehe sich nicht in der Lage davon auszugehen, daß der Zeuge den Beklagten belehrt habe. Es spreche einiges dafür, daß die von dem Polizeibeamten wiedergegebenen Angaben des Beklagten unter Verstoß gegen die einschlägigen Vernehmungsvorschriften zustande gekommen seien. Da die Angaben des Beklagten im Ermittlungsverfahren rechtswidrig erlangt worden sein könnten, sei weder eine Verwertung des Aktenvermerks im Wege des Urkundenbeweises noch der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten zulässig. Der Beklagte habe sein diesbezügliches Rügerecht auch nicht nach § 295 ZPO verloren.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, der Rechtsstreit sei verfahrensfehlerhaft auf den Einzelrichter übertragen worden. Der Übertragungsbeschluß ist nämlich aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. 11. 2000 ergangen, in der die Zivilkammer ordnungsgemäß besetzt war, wohingegen es sich beim Termin am 23. 11. 2000, auf den die Revision abstellt, lediglich um einen Verkündungstermin gehandelt hat.

2. Zu Recht rügt die Revision aber, daß das Berufungsgericht die Niederschrift des Polizeibeamten im Ermittlungsverfahren über die Anhörung des Beklagten vom 30. 9. 1997 und seine Zeugenaussage zu den Angaben des Beklagten für unverwertbar gehalten hat.

a) Offen bleiben kann, ob die Feststellungen des Berufungsgerichts dessen Rechtsansicht tragen, der Polizeibeamte sei verpflichtet gewesen, den Beklagten als Beschuldigtem zu belehren, ehe er ihn befragte (vgl. zu den Voraussetzungen einer Belehrungspflicht BGHSt 34, 138, 140; BGHSt 37, 48, 51 f.; BGHSt 38, 214, 227 f. und BGH, Beschluß vom 28. 2. 1997 – StB 14/96 –, NJW 1997, 1591).

b) Denn auch bei einer entgegen den Erfordernissen der Strafprozeßordnung unterbliebenen Belehrung ist vorliegend ein Beweisverbot nicht anzunehmen. Zum einen trifft die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu, schon die bloße Möglichkeit, das Beweismittel sei rechtswidrig entstanden, hindere das Gericht daran, zur Überzeugungsbildung auf dieses zurückzugreifen (dazu aa). Zum anderen wären der Aktenvermerk im Wege des Urkundenbeweises und die Aussage des Polizeibeamten schon deswegen verwertbar, weil unter den Umständen des Streitfalls ein Beweisverbot nicht besteht (dazu bb).

aa) Ein Beweisverbot wegen eines unterlassenen Hinweises nach §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO kommt nur in Betracht, wenn das Gericht die Überzeugung gewonnen hat, daß eine erforderliche Belehrung nicht erfolgt ist; bloße Anhaltspunkte für eine fehlende Belehrung und die sich daraus ergebende Möglichkeit, daß die Angaben im Ermittlungsverfahren unter Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Pflicht zur Belehrung gewonnen wurden, reichen dafür nicht aus. Dies entspricht der gefestigten Rechtsprechung im Strafverfahren. Für den Zivilprozeß kann insoweit nichts anderes gelten.

Der Bundesgerichtshof hat noch nicht entschieden, welche Anforderungen an die Annahme eines Verwertungsverbots zu stellen sind, wenn Angaben einer Partei des jetzigen Zivilprozesses im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren möglicherweise unter Verstoß gegen eine Hinweispflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO erlangt wurden. Die bisherigen Entscheidungen (Senatsurteil vom 12. 2. 1985 – VI ZR 202/83 –, VersR 1985, 573; vgl. auch BGH, Urteil vom 19. 1. 1984 – III ZR 93/82 –, VersR 1984, 458, 459) zu einem Verwertungsverbot wegen einer unterbliebenen Belehrung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren betreffen Fälle, in denen feststand, daß dort eine erforderliche Belehrung von Personen unterblieben ist, die als Zeugen im späteren Zivilprozeß aussagen sollten. Danach können polizeiliche Vernehmungsprotokolle und diesen vergleich-

bare, zusammenfassende Niederschriften der polizeilichen Verhörspersonen zwar grundsätzlich im Wege des Urkundenbeweises in den Zivilrechtsstreit eingeführt werden. Wenn bei der früheren Vernehmung die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht als Angehöriger unterblieben ist, ist dessen zivilprozessuale Vernehmung jedoch grundsätzlich nicht verwertbar. Desgleichen ist eine Vernehmung als Zeuge oder die Verwertung der Niederschrift über eine frühere Aussage eines Zeugen als Beschuldigter oder als Zeuge im Ermittlungsverfahren nicht zulässig, wenn die erforderliche Belehrung des Zeugen oder der Hinweis auf die Aussagefreiheit als Beschuldigter unterblieben ist.

Im Strafverfahren muß der Tatrichter nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Freibeweisverfahren klären, ob ein Hinweis nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gegeben wurde, sofern tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Hinweis unterblieben ist. Bleibt offen, ob eine gesetzlich vorgesehene Belehrung erfolgt ist, kann der Inhalt der Vernehmung verwertet werden (vgl. BGHSt 38, 214, 224; BGH, Urteil vom 20. 6. 1997 – 2 StR 130/97 –, NSStZ 1997, 609).

Im Zivilprozeß können hinsichtlich der Äußerung einer Partei keine strengeren Anforderungen gelten. Dies folgt aus der Überlegung, daß der Schutzzweck der verletzten Belehrungsvorschrift im Zivilprozeß nicht weiter reichen kann als im Strafprozeß. Darf das Beweismittel im Strafprozeß verwertet werden, weil sich der Verstoß gegen die Belehrungsvorschrift nicht feststellen läßt, so besteht kein Grund, es im Zivilprozeß unberücksichtigt zu lassen. Die Parteien des Zivilprozesses haben einen Anspruch darauf, daß ihr Vorbringen zur Kenntnis genommen wird und die von ihnen angetretenen Beweise erhoben werden. Die Annahme eines Verwertungsverbots ist daher nur gerechtfertigt, wenn die diesem zugrunde liegenden Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts festgestellt sind. Hinsichtlich des dabei zu beachtenden Verfahrens ist das Zivilgericht an das sonst vorgeschriebene Beweisverfahren nicht gebunden, sondern kann vielmehr im Wege des sogenannten Freibeweises verfahren; insoweit gilt nichts anderes als für die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen. Die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung werden durch das Freibeweisverfahren indes nicht gesenkt (vgl. dazu etwa Senatsurteil vom 24. 4. 2001 – VI ZR 258/00 –, VersR 2001, 1262, 1263; BGH, Beschlüsse vom 9. 7. 1987 – VII ZB 10/86 –, NJW 1987, 2875, 2876; vom 16. 5. 1991 – IX ZB 81/90 –, NJW 1992, 627, 628; vom 26. 6. 1997 – V ZB 10/97 –, NJW 1997, 3319). Das Berufungsurteil kann mithin schon aus diesem Grund nicht bestehenbleiben.

bb) Selbst wenn der Beklagte unter Verstoß gegen §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO tatsächlich nicht belehrt worden sein sollte, wäre die Verwertung der polizeilichen Niederschrift über seine Vernehmung im Wege des Urkundenbeweises und die Vernehmung des Polizeibeamten als Zeuge zulässig, weil bei der vorliegenden Fallgestaltung kein Beweisverbot besteht.

(1) Die Frage der Verwertung unzulässig erlangter Beweismittel ist in der Zivilprozeßordnung nicht ausdrücklich geregelt. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die insbesondere zu mit Eingriffen in das verfassungsrechtlich gewährleisteteste Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verbundenen Lauschangriffen oder heimlichen Tonbandaufnahmen ergangen ist, ergibt sich jedoch, daß rechtswidrig geschaffene oder erlangte Beweismittel im Zivilprozeß nicht schlechthin unverwertbar sind. Über die Frage der Verwertbarkeit ist vielmehr in derartigen Fällen aufgrund einer Interessen- und Güterabwägung nach den im Einzelfall gegebenen Umständen zu entscheiden (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3619, 3624; Senatsurteile vom 3. 6. 1997 – VI ZR 133/96 –, VersR 1997, 1422 und vom 24. 11. 1981 – VI ZR 164/79 –, VersR 1982, 191, 192; BGH, Urteile vom 27. 1. 1994 – I ZR 326/91 –, NJW 1994, 2289, 2292, und vom 4. 12. 1990 – XI ZR 310/89 –, NJW 1991, 1180).

(2) Die demnach erforderliche Abwägung kann der erkennende Senat selbst vornehmen, weil die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte feststehen. Bei den abzuwägenden widerstreitenden

Interessen ist das Schutzinteresse des Beklagten an der Nichtberücksichtigung seiner früheren Angaben im Zivilrechtsstreit gegenüber dem Interesse des Klägers an seiner Rechtsverwirklichung durch eine umfassende Beweisaufnahme abzuwägen. Dabei ist generell von Bedeutung, daß jedes Beweisverbot die im Rahmen der Zivilprozeßordnung grundsätzlich eröffneten Möglichkeiten der Wahrheitsforschung und damit die Durchsetzung der Gerechtigkeit und die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege beeinträchtigt und somit auch durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechte der auf Durchsetzung ihres Anspruchs klagenden Partei berührt. Andererseits genießt auch die Wahrheitsfindung im Zivilprozeß keinen absoluten Vorrang, sondern findet möglicherweise ihre Grenze in der Zumutbarkeit weiteren Vorbringens, insbesondere auch dort, wo die Partei gezwungen wäre, eine ihr zur Unehre reichende Tatsache oder eine von ihr begangene strafbare Handlung zu offenbaren (vgl. BVerfGE 56, 37, 44 und zum Meinungsstand MünchKommZPO/Peters, 2. Aufl., § 138 Rdnr. 15; Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 138 Rdnr. 3).

Die strafprozessuale Belehrung des Beschuldigten ist nicht darauf gerichtet, ihn vor einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme zu schützen. Sie soll vielmehr den Beschuldigten davor schützen, aktiv zu seiner strafrechtlichen Verfolgung beitragen zu müssen, und damit den Grundsatz verwirklichen, daß niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht, also ein Schweigerecht hat, welches zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses gehört und Bestandteil eines fairen Verfahrens ist (vgl. BGHSt 38, 214, 220 f.; BVerfGE 56, 37, 43). Schon aus diesem Schutzzweck wird ersichtlich, daß die für den Strafprozeß maßgebenden Grundsätze jedenfalls nicht ohne weiteres auch im Zivilprozeß gelten, in dem es nicht um den staatlichen Strafanspruch, sondern um den ganz anders gelagerten zivilrechtlichen Konflikt von Interessen gleichgeordneter Bürger geht (vgl. Senatsurteil vom 24. 11. 1981 – VI ZR 164/79 –, VersR 1982, 191, 193; BGH, Urteil vom 19. 1. 1984 – III ZR 93/82 –, VersR 1984, 458, 459; OLG Celle, VersR 1977, 361). Das oben dargelegte Schutzbedürfnis der Partei des Zivilprozesses, die als Beschuldigter vernommen worden ist, nicht aktiv zu ihrer strafrechtlichen Verfolgung beitragen zu müssen, ist vielmehr schon dadurch gewährleistet, daß hinsichtlich ihrer früheren Angaben ein strafrechtliches Verwertungsverbot besteht. Jedenfalls, wenn – wie hier – das Strafverfahren bereits rechtskräftig zu einem Freispruch geführt hat, ist ein solches Schutzbedürfnis grundsätzlich nicht mehr gegeben.

(3) Die Rechtsstellung einer Partei des Zivilprozesses unterscheidet sich auch wesentlich von derjenigen des Zeugen, der ein Recht zur Zeugnisverweigerung hat. Dieses Recht des Zeugen dient dazu, ihn vor einem Konflikt zu schützen, der durch seine Wahrheitspflicht einerseits und seine sozialen und familiären Pflichten andererseits entstehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. 7. 1994 – I StR 83/94 –, NJW 1994, 2904). Daraus hat der erkennende Senat abgeleitet, daß im Zivilrechtsstreit eine Niederschrift über die Aussage eines im Ermittlungsverfahren rechtswidrig nicht Belehrteten ebenso unverwertbar ist wie die Aussage der Verhörsperson, wenn der Betroffene nunmehr von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht (Senatsurteil vom 12. 2. 1985 – VI ZR 202/83 –, VersR 1985, 573). Einen gleichgelagerten Schutz genießt der vormalige Beschuldigte als Partei im Zivilrechtsstreit nicht. Dort besteht vielmehr grundsätzlich die Möglichkeit, Beweis durch Parteivernehmung zu erheben und im Falle der Weigerung einer Partei, sich als solche vernehmen zu lassen oder einen Eid zu leisten, dies unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage frei zu würdigen (vgl. §§ 445 ff. ZPO), wohingegen das Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren nicht zu seinem Nachteil verwertet werden darf.

(4) Vorliegend geht es lediglich um die Frage, ob die Äußerung einer Partei beim rechtswidrigen Unterlassen eines Hinweises nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nur einem strafrechtlichen Verwertungsverbot unterliegt oder auch in einem Zivilprozeß unverwertbar ist. Dies betrifft nicht das Recht am gesprochenen Wort, sondern ist nach anderen Gesichtspunkten, insbesondere dem Schutzzweck der nicht beachteten Vorschrift und dem Interesse der Gegenpartei, zu beurteilen.

Dem Schutzzweck wird jedoch dadurch genügt, daß die Äußerung im Ermittlungsverfahren gegebenenfalls einem strafrechtlichen Verwertungsverbot unterliegt.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergeben sich bei Abwägung der beiderseitigen Interessen keine durchgreifenden Gründe für die Annahme eines Beweisverbots. Es ist deshalb gerechtfertigt, dem Interesse des Klägers an einer umfassenden Beweisaufnahme und damit dem wesentlichen Grundsatz des Zivilprozesses, die Wahrheit zu erforschen und ein richtiges Urteil zu sprechen, den Vorrang vor dem Interesse des Beklagten an einer Nichtverwertbarkeit seiner früheren Äußerungen einzuräumen.

III. Da das Berufungsurteil ersichtlich auf den aufgezeigten Rechtsfehlern beruht, war die Sache unter Aufhebung dieses Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Im weiteren Verfahren wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob nach §§ 1629, 1795, 181 BGB eine wirksame Abtretung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs seines zum Zeitpunkt der schriftlichen Abtretungserklärung vom 24. 8. 2000 sechs Jahre alten Sohnes vorliegt. Die bisherigen Feststellungen reichen für die Annahme eines wirksamen Abtretungsvertrags nicht aus.

Anmerkung:

Das zur Aufnahme in die amtliche Sammlung vorgesehene Urteil des VI. Zivilsenats zu der umstrittenen und rechtsdogmatisch bis heute nicht befriedigend gelösten Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß fordert in seinen drei zentralen Aussagen die Kritik heraus.

1. Beweis der ein Verwertungsverbot begründenden Tatsachen

Im Zivilprozeß soll ein Beweisverbot wegen eines unterlassenen Hinweises nach §§ 163 a Abs. 4, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO in Betracht kommen können, dies jedoch nur, wenn das Gericht im Freibeweisverfahren die Überzeugung gewonnen hat, daß die Voraussetzungen des Beweisverbots vorliegen. Bleibt offen, ob eine gesetzlich vorgesehene Belehrung erfolgt ist, soll der Inhalt der Vernehmung verwertet werden können. Der VI. Zivilsenat begründet seinen Standpunkt nicht gesondert, verweist statt dessen kurzerhand auf eine entsprechende Spruchpraxis der Strafgerichte und meint, im Zivilprozeß könnten hinsichtlich der Äußerung einer Partei keine strengeren Anforderungen gelten. Dabei nicht einmal erwähnt wird die im Schrifttum verbreitete geäußerte und eingehend begründete Kritik an der strafprozeßrechtlichen Judikatur. Die Lehre tritt im Falle der Nichterweisbarkeit für ein Verwertungsverbot ein, da die Verwertung einer Aussage des Beschuldigten trotz möglicherweise fehlender Belehrung gegen die Erfordernisse eines fairen Verfahrens und gegen die Menschenwürde verstoßen könne¹. Auch wenn man die Kritik nicht teilt, sondern den Strafgerichten mit der (eher formalen) Begründung zustimmt, daß der Grundsatz in dubio pro reo für die Schuldfrage und nicht für Zweifel über das Vorliegen eines Prozeßverstoßes gilt, erscheint der Erst-recht-Schluß des VI. Zivilsenats methodisch zweifelhaft. Die Entscheidung im Falle eines *non liquet* ist im Zivilprozeß nach eigenständigen Kriterien zu treffen. Es gelten wie auch sonst die Regeln der *Beweislast*². Entsprechend der allgemeinen Regel hat

¹ Vgl. etwa Roxin, JZ 1992, 923 f.; Bohlander, NStZ 1992, 504 ff.; Hauf, MDR 1993, 195 (196 f.); Wollweber, StV 1999, 355 (356); Löwe/Rosenberg-Hanack, Strafprozeßordnung, 25. 1997, § 136 Rdnr. 5-4; Meyer-Göfner, StPO, 43. 2003, § 136 Rdnr. 20.

² Daran ändert auch eine Prüfung von Amts wegen in einem Freibeweisverfahren (dazu unter 2.) nichts, vgl. RGZ 160, 338 (347); Stein/Jonas-Leipold, ZPO, 21. 1993, vor § 128 Rdnr. 97.

der Beklagte darzulegen und im Falle des Bestreitens zu beweisen, daß ein präsentes Beweismittel wegen des Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot unverwertbar ist. Den Beweis fehlender Belehrung kann der Beklagte vorliegend nicht führen. Seine Beweisschwierigkeiten resultieren allerdings im wesentlichen daraus, daß die Vernehmungsperson den Vorgang nicht ordnungsgemäß dokumentiert hat. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß die Rechtsprechung in anderen Fällen einer Verletzung von Dokumentationspflichten »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr« gewährt³. Freilich hat vorliegend nicht der Prozeßgegner eine ihm obliegende Dokumentationspflicht verletzt, sondern die vernehmende Person im Ermittlungsverfahren⁴. Es stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Zurechnung zu Lasten einer Partei des Privatrechtsstreits und damit der zivilrechtlichen Relevanz dieses Versäumnisses. Dann hätte der Kläger, der sich zur Anspruchs begründung auf eine Aussage des Beklagten im Strafverfahren stützt, sich also die Ergebnisse dieses Verfahrens zunutze macht, darzulegen und zu beweisen, daß die Aussage, obwohl nicht dokumentiert, nach erfolgter Belehrung abgegeben wurde. Ein non liquet ginge zu seinen Lasten: Der VI. Zivilsenat schweigt sich zu diesen Fragen aus. Mag das Ergebnis vertretbar sein, so ist der Erst-recht-Schluß von den strafrechtlichen Entscheidungen auf den Zivilprozeß eine Argumentation, welche dem Wesen und der Eigenart des Zivilprozeßrechts nicht gerecht wird.

2. Überzeugungsbildung im Freibeweisverfahren

Auch die zweite Leitsatz-Aussage des Urteils begegnet Bedenken: Obwohl im vorliegenden Fall Zeugen- und Urkundsbeweis über die Frage der Belehrung erhoben wurde, betont der VI. Zivilsenat, bei der Feststellung der Tatsachen, die zu einem Verwertungsverbot führen, seien die Zivilgerichte nicht an das sonst vorgeschriebene Beweisverfahren gebunden, sondern sollen im Wege des sogenannten Freibeweises vorgehen können, also in einem formlosen Verfahren unter Rückgriff auf alle Erkenntnismittel. Freibeweis erachtet der *BGH* in ständiger Rechtsprechung für statthaft, soweit es um die Feststellung von Tatsachen geht, die von Amts wegen zu prüfen sind, insbesondere bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen⁵. Zur Begründung wird Prozeßökonomie ins Feld geführt. Die dagegen im Schrifttum trefflich erhobenen Einwände sind bekannt⁶: Der numerus clausus der Beweismittel und die Verfahrensbestimmungen der Beweiserhebung dienen dazu, eine zuverlässige Tatsachenfeststellung zu gewährleisten. Der Strengbeweis führt zu einem besseren Beweisergebnis als der Freibeweis, der die Grundsätze formeller Unmittelbarkeit (§ 355 ZPO) und Parteipflichtigkeit (§ 357 ZPO) verletzt. Bloße Wirtschaftlichkeitsabwägungen dürfen nicht gegen die Richtigkeitsgarantien des Strengbeweises ausgespielt werden. Die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot verdeutlicht überdies, daß die dem Freibeweis zugrunde liegende Differenzierung zwischen (dem Freibeweis zugänglichen) prozessualen und (für den Strengbeweis allein relevanten) materiellrechtlichen Tatsachen unsicher und wenig sachgerecht ist, zumal prozessuale Tatsachen nicht als minder bedeutsam qualifiziert werden können. Die Feststellung der Verbotsvoraussetzungen erschöpft sich nicht in der Prüfung von Verfahrensfragen, vielmehr erweitert oder schmälert sie den Tatsachenstoff, aus dem das Sachurteil gewonnen wird, dient somit der sachlichen Erledigung des Prozesses. Im Interesse

3 So insbes. bei der Arzthaftung, vgl. dazu *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 32002, § 111; *Katzenmeier*; *Arzthaftung*, 2002, S. 470 ff.; zur Notarhaftung vgl. *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 21997, Rdnr. 835; für eine Parallelisierung *Wollweber*, StV 1999, 355 (357).

4 Gem. Nr. 45 Abs. 1 RiStBV ist die Belehrung nach §§ 136 Abs. 1, 163 a Abs. 3 Satz 2 StPO aktenkundig zu machen.

5 Vgl. etwa *BGH*, ZJP 101 (1988), 294 = NJW 1987, 2875; NJW 1990, 1734; NJW-RR 1992, 1338.

6 Grundlegend *Peters*, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, 1962; Meinungsstand und Zusammenfassung der Kritik bei *Stein/Jonas-Chr. Berger*, 211999, vor § 355 Rdnrn. 23 f.

einer zuverlässigen Feststellung dieser entscheidungsrelevanten Tatsache und zum Schutze der Parteien ist Strengbeweis geboten⁷.

3. Materiellrechtliche Rechtswidrigkeit und prozessuales Verwertungsverbot

Nach diesen (im übrigen auch überflüssigen, da von dem erkennenden Senat selbst letztlich für nicht entscheidungserheblich erklärten) Ausführungen zur richterlichen Überzeugungsbildung kommt der *BGH* im zweiten Teil der Entscheidung zu dem eigentlichen Problem, ob materiell rechtswidrig erlangte Beweismittel prozessual verwertbar sind. Die Frage ist in der ZPO nicht geregelt und bis heute umstritten. Auf die beiden Ansichten, welche entweder für gänzliche Unverwertbarkeit plädieren⁸ oder aber für volle Verwertbarkeit⁹, geht das Gericht nicht ein. Es bestätigt seinen vermittelnden, an die Schwere der materiellen Rechtsverletzung anknüpfenden Standpunkt. Danach hindern Verstöße gegen einfaches Recht bei der Beweisbeschaffung die Verwertbarkeit im Prozeß nicht. Ist das Beweismittel aber unter Verstoß gegen ein verfassungsrechtlich geschütztes Individualrecht erlangt, sieht die Rechtsprechung in seiner Verwertung grundsätzlich einen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 1 I i. V. mit Art. 2 I GG. Ob dieser ausnahmsweise gerechtfertigt ist, soll sich nach dem Ergebnis einer Abwägung der widerstreitenden Interessen richten, wobei die Umstände des Einzelfalles maßgebend sind. So entscheidet der *BGH* auch den vorliegenden Fall. Da das Gebot der Belehrung des Beschuldigten ein Kernstück des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf »fair trial« darstellt, konnte der VI. Zivilsenat den Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht unberücksichtigt lassen, sondern sah sich veranlaßt, das Interesse des Beklagten an der Nichtberücksichtigung seiner früheren Aussage im Zivilprozeß gegenüber dem Interesse des Klägers an Rechtsverwirklichung durch eine umfassende Beweisaufnahme abzuwägen.

Die von der Judikatur gewählte Abwägungslösung stößt im Schrifttum zum Teil auf Kritik, da sie den Ausgang eines Rechtsstreits nur schwer vorhersehen läßt und damit zu Rechtsunsicherheit führt¹⁰. Überwiegend aber findet sie Anerkennung als eine gut vertretbare Lösung, die ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit verbürgt¹¹. Nur ganz vereinzelt wird die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob es mit den Prinzipien des Prozeßrechts vereinbar ist, die Entscheidung über die prozessuale Verwertbarkeit eines Beweismittels im jeweiligen Einzelfall aufgrund einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung zu treffen. Daran kann man Zweifel äußern. Die Parteien eines Zivilrechtsstreits haben ein verfassungsrechtlich geschütztes *Recht auf den Beweis*. Daraus folgt die grundsätzliche Zulässigkeit der Beweiserhebung und Beweisverwertung. Jede Einschränkung dieser Grundregel bedarf besonderer Legitimation¹². Mit materiellrechtlichen Gesichtspunkten läßt sich ein prozessuales Verwertungsverbot zwanglos nur begründen, wenn

7 Siehe auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 151993, § 112 II. 3.; *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 211993, vor § 128 Rdnr. 97; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 21974, § 42 I 2 (S. 439) – Die Forderung gilt, auch wenn im konkreten Fall Verfahrensvorschriften nicht verletzt wurden (vgl. dazu *Stein/Jonas-Chr. Berger*, 211999, vor § 355 Rdnrn. 20 ff.) und der Freibeweis die Anforderungen an die richterliche Überzeugung nicht senkt.

8 Hauptargumente sind die Einheit der Rechtsordnung, vgl. etwa *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976, S. 244 ff., und der Grundsatz von Treu und Glauben, der auch das Prozeßrecht beherrsche, so *Baumgärtel*, ZJP 69 (1956), 103 ff.

9 Die Wahrheitsermittlung soll stets Vorrang vor dem Schutz individueller Interessen haben, vgl. etwa *Wieczorek*, ZPO, 21976, § 282 Anm. C I a 1; *Werner*, NJW 1988, 993 ff.

10 Vgl. *Dauster/Braun*, NJW 2000, 313 (317).

11 Vgl. *Zöller-Greger*, ZPO, 232002, § 286 Rdnr. 15 a; *Thomas/Putzo-Reichold*, ZPO, 212002, § 286 Rdnr. 7; *Schilken*, Zivilprozeßrecht, 2002, Rdnr. 474; *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, 31994, Rdnr. 163.

12 Deutlich *MünchKomm-ZPO-Prütting*, 2000, § 284 Rdnr. 65; *H. Roth*, in: *Erichsen/Kollhoser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, S. 279 (284 f.); *Störmer*, JuS 1994, 334 (337 f.).

durch den Verwertungsakt selbst eine Rechtsverletzung erfolgen würde¹³. Im übrigen aber ist ungeklärt, wie ein Rechtsverstoß bei der Beweisverschaffung außerhalb des Verfahrens prozessuale Wirkung entfalten können soll¹⁴. Hinweise auf die dienende Funktion des Prozeßrechts, seine funktionalen Bezüge zum materiellen Recht¹⁵, sind kaum mehr als Erklärungsansätze. Auch der Verweis auf ein allgemeines Rechtsprinzip, wonach die Auswertung einer rechtswidrig herbeigeführten Lage unzulässig ist und die rechtmäßige Situation wieder hergestellt werden muß, wofür ein Verwertungsverbot die prozessual geeignete Rechtsfolge darstellt¹⁶, läßt Fragen offen. In jüngerer Zeit gewinnt demgegenüber die Ansicht an Boden, es sei ein ganz prozeßrechtsfremdes Denken, daß der außerhalb des Prozesses sich vollziehende Abwägungsvorgang den Prozeßverlauf samt der Beweiserhebung soll steuern oder sonst beeinflussen dürfen. Das zivilgerichtliche Verfahren sei mit Grund formalisiert und müsse von den Problemen des materiellen Rechts entlastet werden¹⁷. Im Prozeß setze sich stets das Recht auf Beweis durch. Die Rechte des Beweisgegners sollen ausschließlich mit den allgemeinen Rechtsbehelfen des Zivilrechts (Beseitigungsansprüche gem: §§ 823 I, 1004 BGB, die jedoch nicht in einen laufenden Rechtsstreit hineinwirken dürfen) und des Strafrechts (§§ 201–204 StGB) geschützt werden, um die Wertungssphäre des Prozeßrechts nicht zu verfälschen¹⁸.

Wenn der BGH insoweit schon keine Stellung bezieht, bleibt doch zu fordern, daß er deutlicher zwischen Beweisgewinnung und Beweisverwertung unterscheidet. Im übrigen hat vor (und nicht erst im Rahmen) einer einzelfallbezogenen Abwägung der beiderseitigen Interessen die Prüfung der generellen Schutzwürdigkeit zu erfolgen. Die Betrachtung des *Schutzzwecks der verletzten Norm* im Ausgangspunkt der jeweiligen Falllösung¹⁹ sorgt für größere Rechtssicherheit. Und der VI. Zivilsenat wäre auf einfacherem Wege zu einem Urteil mit größerer Überzeugungskraft gelangt. So ist die Ansicht zumindest vertretbar, daß sich mit einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Verwertungsverbot im Zivilrechtsstreit schon deshalb nicht begründen läßt, weil die Vorschrift auf die Stellung des Beschuldigten und (potentiellen) Angeklagten im Strafverfahren ausgerichtet ist. Er soll vor Selbstbelastung geschützt werden. Anders ist die Rechtsstellung einer Partei im Zivilprozeß. Nach § 138 Abs. 1 und 2 ZPO ist sie verpflichtet, ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Nach den §§ 445 ff. ZPO kann eine Partei vernommen werden. Auch dabei ist sie zur Wahrheit verpflichtet (§§ 451, 395 Abs. 1 ZPO). Über das Aussageverweigerungsrecht braucht sie nicht belehrt zu werden. Verweigert eine Partei die Aussage (§ 446 ZPO), ist das Gericht berechtigt, je nach den Umständen aus der Verweigerung nachteilige Schlüsse zu ziehen (§ 453 Abs. 2, 446 ZPO). Dieser Vergleich spricht gegen ein Verbot der Verwertung von Aussa-

13 So auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 7), § 112 III. 2.; *Werner*, NJW 1988, 993 (998 ff.).

14 Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Beweismittel durch rechtswidriges Handeln eines Privaten oder einer anderen staatlichen Stelle als dem erkennenden Gericht gewonnen wurde.

15 *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rdnrn. 80 ff.; *Konzen* (Fn. 8), S. 177 ff., 242 ff.

16 *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 21/1996, § 284 Rdnr. 56; s. auch zum Komplementärverhältnis von materiellem Recht und einem als »materielles Rechtsgewinnungsrecht« verstandenen Prozeßrecht *Katzenmeier*, JZ 2002, 533 (539 m. N.).

17 So *H. Roth* (Fn. 12), S. 286 ff.; s. auch *Dauster/Braun*, NJW 2000, 313 (317 ff.).

18 *H. Roth* (Fn. 12), S. 288 ff., der als institutionelle Schranken des Prozeßrechts für die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel Beweisnot und Verwertungssubstanzialität anerkennt (s. S. 293 f.).

19 Dafür auch *MünchKomm-ZPO-Prütting*, 2/2000, § 284 Rdnr. 65; *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 21/1996, § 284 Rdnr. 58; *Musielak-Foerste*, ZPO, 2/2002, § 286 Rdnr. 6; krit. *Dauster/Braun*, NJW 2000, 313 (317).

gen, die unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gewonnen wurden, im Zivilprozeß²⁰, und zwar generell, nicht erst aufgrund einer Abwägung im Einzelfall.

Schließlich: An der *Schutzwürdigkeit* der Interessen des Beweisgegners (nach der richtigerweise vor einem konkreten *Schutzbedürfnis* zu fragen ist) fehlt es im Zivilprozeß unabhängig davon, ob das Strafverfahren bereits rechtskräftig zu einem Freispruch geführt hat. Auch die letzte Aussage in den Leitsätzen des Urteils geht damit fehl.

Prof. Dr. Christian Katzenmeier, Universität zu Köln

20 So OLG Celle, VersR 1977, 361; zust. *E. Schneider* (Fn. 11), Rdnr. 178; *Baumgärtel* (Fn. 15), Rdnr. 106; anders im Ergebnis der Schutzzweckbetrachtung *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, 21/1996, § 284 Rdnr. 60; s. auch *Zöller-Greger*, ZPO, 23/2002, § 286 Rdnr. 15 d.