

Die Beweisvereitelung im Zivilprozess

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doctor iuris

der Juristischen Fakultät

der Julius-Maximilians-Universität

Würzburg

vorgelegt von

Daniela Fröhlich

aus Hammelburg

2008

Erstgutachter: Prof. Dr. Inge Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 28.05.2008

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XIII

1. Teil: Einleitung	1
A. Die beweisrechtliche Lage im Zivilprozess	1
B. Die Problematik der Beweisvereitelung	4
C. Umfang und Gang der Untersuchung	10
2. Teil: Die gesetzlichen Regelungen.....	12
A. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung.....	12
I. Allgemeines zum Beweis durch Parteivernehmung	12
II. Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung.....	14
1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung auftreten kann	14
2. Die gesetzlichen Regelungen	14
2.1. § 446 ZPO	15
2.2. § 453 Abs. 2 ZPO	16
2.3. § 454 Abs. 1 ZPO	16
3. Zusammenfassende Würdigung	17
B. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis.....	17
I. Allgemeines zum Urkundenbeweis	17
II. Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis	20
1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis auftreten kann	20
2. Die gesetzlichen Regelungen	20

2.1.	§§ 422, 423 ZPO	20
2.2.	§ 427 ZPO	25
2.3.	§ 441 Abs. 3 ZPO	26
2.4.	§ 444 ZPO	27
3.	Zusammenfassende Würdigung	28
C.	Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis	29
I.	Allgemeines zum Sachverständigenbeweis.....	29
II.	Die gesetzlichen Regelungen	30
1.	Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis auftreten kann.....	30
2.	Die gesetzlichen Regelungen	31
3.	Zusammenfassende Würdigung	31
D.	Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis.....	32
I.	Allgemeines zum Zeugenbeweis	32
II.	Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis.....	32
1.	Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis auftreten kann	32
2.	Die gesetzlichen Regelungen	33
3.	Zusammenfassende Würdigung	33
E.	Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein	33
I.	Allgemeines zum Beweis durch Augenschein	33
II.	Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein	34
1.	Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein auftreten kann	34
2.	Die gesetzlichen Regelungen	35
2.1.	§ 371 Abs. 3 ZPO	35
2.2.	§ 372 a ZPO	36
3.	Zusammenfassende Würdigung	38

F. Zusammenfassung.....	39
3. Teil: Die Beweisvereitelung in der Rechtsprechung	40
A. Der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung	41
I. Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung	41
1. Unmöglichmachen oder Erschweren des Beweises	41
1.1. Unmöglichmachen des Beweises.....	41
1.2. Erschweren des Beweises	51
1.3. Ergebnis	58
2. Begehungsformen der Beweisvereitelung.....	58
2.1. Beweisvereitelung durch ein positives Tun	58
2.2. Beweisvereitelung durch ein Unterlassen	64
2.3. Ergebnis	73
3. Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei.....	74
3.1. Sachverständigenbeweis	74
3.2. Zeugenbeweis.....	78
3.3. Augenscheinsbeweis	79
3.4. Ergebnis	80
4. Das zeitliche Moment.....	80
4.1. Prozessuales Verhalten	81
4.2. Vorprozessuales Verhalten	90
4.3. Ergebnis	97
5. Die Pflichtverletzung.....	97
5.1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit	98
5.2. Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts	103
5.3. Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht.....	107
5.4. Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben	111
5.5. Verletzung der Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht	113
5.6. Verstoß gegen sonstige Pflichten	124
5.7. Ergebnis zur Pflichtverletzung.....	127

6.	Kausalität.....	128
6.1.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 06.11.1962 – VI ZR 29/62	128
6.2.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.10.1985 – VI ZR 19/84	130
6.3.	Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 19.09.1991 – 1 U 2442/91.....	131
6.4.	Resumée	132
6.5.	Ergebnis	134
7.	Zusammenfassung der Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung	134
II.	Negativmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung	135
1.	Keine Beweisvereitelung bei Handeln durch die beweisbelastete Partei.....	135
1.1.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.02.1972 – VI ZR 134/70	135
1.2.	Resumée	136
1.3.	Ergebnis	138
2.	Kein Rechtfertigungsgrund für das aktive Tun oder Unterlassen	138
2.1.	Sachverständigenbeweis	138
2.2.	Zeugenbeweis.....	140
2.3.	Augenscheinsbeweis	147
2.4.	Ergebnis	148
3.	Keine Beweisvereitelung, wenn Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes durch das schadenbegründende Ereignis selbst herbeigeführt wurde	149
3.1.	Entscheidung des Reichsgerichts vom 22.05.1911-Rep. I 237/10.....	149
3.2.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg vom 01.03.1971 – 4 U 25/70.....	150
3.3.	Resumée	151
3.4.	Ergebnis	151

4.	Keine Beweisvereitelung, wenn Beweisführer den Beweis selbst rechtzeitig hätte sichern können	152
4.1.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.11.1967 – II ZR 105/65	152
4.2.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.04.1976 – VIII ZR 288/74.....	153
4.3.	Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 10.08.1993 – 9/9a RV10/92	154
4.4.	Resumée	155
4.5.	Ergebnis	156
5.	Keine Beweisvereitelung, wenn der Beweispflichtige die Beweisnot selbst schuldhaft mitverursacht hat	156
5.1.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 08.12.2000 – 22 U 107/00.....	156
5.2.	Resumée	157
5.3.	Ergebnis	158
6.	Keine Beweisvereitelung, wenn keine Pflichtverletzung vorliegt	159
6.1.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.02.1994 – VI ZR 65/93	159
6.2.	Resumée	160
6.3.	Ergebnis	161
7.	Zusammenfassung der Negativmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung	161

III. Ergebnis zum objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung ..162

B. Der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung 163

I. Vorsätzliche oder grob verschuldete Beweisvereitelung..... 163

1.	Sachverständigenbeweis.....	163
1.1.	Entscheidung des Landgerichts Oldenburg vom 05.03.1982 – 2 S 299/81	163
1.2.	Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 3.11.1983 – 24 U 185/83.....	164
1.3.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.09.2003 – XI ZR 380/00	165

1.4.	Resumée	166
2.	Zeugenbeweis	167
2.1.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.01.1960 – VI ZR 220/58	167
2.2.	Resumée	167
3.	Augenscheinsbeweis	168
3.1.	Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken vom 16.09.1987 – 17 S 487/86	168
3.2.	Resumée	169
4.	Ergebnis	170
II.	Fahrlässige Beweisvereitelung.....	170
1.	Sachverständigenbeweis.....	170
1.1.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 19.12.1988 – 8 U 22/88.....	170
1.2.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18.02.1998 – 9 U 424/97.....	172
1.3.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.11.2005 – VIII ZR 43/05.....	173
1.4.	Resumée	174
2.	Zeugenbeweis.....	175
2.1.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 27.05.1974 – 3 U 28/74.....	175
2.2.	Resumée	176
3.	Augenscheinsbeweis	176
3.1.	Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 26.04.1990 – 1 U 6795/89.....	176
3.2.	Resumée	177
4.	Ergebnis	177
III.	Zwischenergebnis	178
IV.	Doppeltes Verschulden.....	178
1.	Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 26.11.1964 – III ZR 5/64.....	178
2.	Resumée	179
3.	Ergebnis	180

V.	Kombination der Verschuldensformen	181
1.	Entscheidung des Amtsgerichts Coburg vom 20.12.2000	181
2.	Resumée	182
3.	Ergebnis	183
VI.	Zurechnung des Verhaltens Dritter	183
1.	Zurechnung über §§ 278, 31 BGB oder §§ 831, 31 BGB	183
1.1.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 25.02.1985 - 7 U 50/82	183
1.2.	Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 01.10.1987 – 8 U 232/84.....	184
1.3.	Resumée	185
2.	Zurechnung des Verhaltens des Rechtsvorgängers	186
2.1.	Entscheidung des Reichsgerichts vom 07.01.1916 – Rep. II. 386/15	187
2.2.	Resumée	187
3.	Ergebnis	188
VII.	Ergebnis zum subjektiven Tatbestand der Beweisvereitelung.	189
C.	Die Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung .	189
4.	Teil: Schlußbetrachtung	191

Literaturverzeichnis

Adolphsen, Jens, Zivilprozessrecht, Baden-Baden 2006.

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter,
Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 65.
Auflage, München 2007. (zit.: *Baumbach*).

Baumgärtel, Gottfried, Beweislastpraxis im Privatrecht, Die Schwierigkeiten der
Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, Köln, Berlin, Bonn,
München 1996.

Baumgärtel, Gottfried, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: Festschrift für Winfried
Kralik, Wien 1986, S. 63-74.

Baumgärtel, Gottfried, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1, 2. Auflage, Köln,
Berlin, Bonn, München 1991.

Baumgärtel, Gottfried, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im
Erkenntnisverfahren, in: ZZP Band 69 (1956), S. 89-131.

Baumgärtel, Gottfried, Treu und Glauben im Zivilprozess, in: ZZP Band 86 (1973), S. 353-
372.

Blomeyer, Arwed, Die Umkehr der Beweislast, in: AcP Band 158 (1959), S. 97-106.

Bürger, Raimund, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, in: MDR 1999, S. 100-
111.

Friedl, Markus J., Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienzkriteriums,
Diss., Frankfurt am Main 2003.

Gerhardt, Walter, Beweisvereitelung im Zivilprozessrecht, in: AcP Band 169 (1969), S. 289-
316.

Giesen, Dieter, Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) -Beweisrechtsprobleme in der
Rechtsprechung seit 1974-, in: JZ 1982, S. 448-459.

Grimme, Rainer, Der Anspruch auf Einsichtnahme in (Vertrags-) Urkunden nach
§ 810 BGB, in: JA 1985, S. 320 – 325.

Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 29. Auflage, München 2007.

Kleinewefers, Herbert; Wilts, Walter, Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, in: VersR 1967, S. 617-625.

Krapoth, Fabian, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, Diss., München 1996.

Laumen, Hans-W., Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, in: NJW 2002, S. 3739-3746.

Leipold, Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, Berlin 1966.

Leipold, Dieter, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1985.

Lent, Prof. Dr., Zeugenvernehmung einer nicht parteieidesfähigen Prozesspartei, in: ZZP Band 52 (1952), S. 14 – 24.

Lepa, Manfred, Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, in : NZV 1992, S. 129-136.

Lepa, Manfred, Der Anscheinsbeweis in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Festschrift für Franz Merz, Köln 1992, S. 387-399.

Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 9. Auflage, München 2006.

Maassen, Bernhard, M., Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, Bonn, 1975.

Michalski, Lutz, „Beweisvereitelung“ durch beweisbelastete Partei und Nachholbarkeit in der Berufungsinstanz, in : NJW 1991, S. 2069-2070.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker, Band 5, §§ 705 – 853, 4. Auflage, München 2004. (zit.: MüKo-Bearbeiter).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, herausgegeben von Thomas Rauscher, Peter Wax und Joachim Wenzel – Band 1, §§ 1-510c, 3. Auflage, München 2008. (zit.: MüKo-Bearbeiter).

Musielak, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975.

Musielak, Hans-Joachim, Gegenwartsprobleme der Beweislast, in: ZZP Band 100 (1987), S. 385-411.

Musielak, Hans-Joachim, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, München 2000, S. 193-225.

- Musielak, Hans-Joachim*, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 2007. (zit.: *Musielak-Bearbeiter*).
- Oberheim, Rainer*, Beweiserleichterungen im Zivilprozess, in : JuS 1997, S. 61-64.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008. (zit.: *Palandt-Bearbeiter*).
- Paulus, Christoph, Georg*, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, in: AcP Band 197 (1997), S. 136- 160.
- Peters, Egbert*, Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, Köln 1966.
- Peters, Egbert*, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, in: ZZP Band 82 (1969), S. 200-224.
- Prölss, Jürgen*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, Karlsruhe 1966.
- Prütting, Hanns*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- Rosenberg, Leo*, Die Beweislast, 5. Auflage, München, Berlin 1965.
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz / Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.
- Saenger, Ingo*, Zivilprozessordnung Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2007. (zit.: *Saenger-Bearbeiter*).
- Schatz, Stefan*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, Diss., Köln 1992.
- Schellhammer, Kurt*, Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle, 10. Auflage, Heidelberg 2003.
- Schilken, Eberhard*, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2006.
- Schilken, Eberhard*, Ansprüche auf Auskunft und Vorlegung von Sachen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht, in: Jura 1988, S. 525 – 532.
- Schneider, Egon*, Die Beweisvereitelung, in: MDR 1969, S. 4-10.
- Schneider, Egon*, Die neuere Rechtsprechung zum zivilprozessualen Beweisrecht (I), in : MDR 1974, S. 444-449.
- Schneider, Egon*, Die neuere Rechtsprechung zum zivilprozessualen Beweisrecht (II), in : MDR 1975, S. 538-541.
- Stein / Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, - Band 3, §§ 253-299a, 21. Auflage, Tübingen 1997. (zit.: *Stein/Jonas-Bearbeiter*).

Stürner, Rolf, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976.

Stürner, Rolf, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und

Arzthaftungsprozess, in : NJW 1979, S. 1225-1230.

Stürner, Rolf, Parteipflichten bei der Sachverhaltesaufklärung im Zivilprozess in: ZZP Band 98 (1985), S. 237-256.

Taupitz, Jochen, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, in: ZZP Band 100 (1987), S. 287-345.

Theuerkauf, Horst, Beweislast, Beweisführungslast und Treu und Glauben, in: MDR 1962, S. 449-451.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans, Zivilprozessordnung, 28. Auflage, München 2007. (zit.: Thomas/Putzo-Bearbeiter).

Wahrendorf, Volker, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln 1976.

Wasserburg, Klaus, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, in : NJW 1980, S. 617- 624.

Wax Peter, BGH-Rechtsprechung aktuell: Verfahrensrecht II, Entscheidungen und LM-Anmerkungen 1992-1994, in NJW 1994, S. 3210 – 3211.

Wieczorek, Bernhard, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 2, §§ 253-510c, 2. Auflage, Berlin, New York 1976.

Zahrnt, Christoph, Die Rechtsprechung zur Beweislast bei Fehlern in Standardsoftware, in : NJW 2002, S. 1531-1535.

Zimmermann, Walter, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 7. Auflage, Passau 2006.

Zöller, Richard / Geimer, Reinhold / Greger, Reinhard / Gummer, Peter / Herget, Kurt / Heßler, Hans-Joachim / Philippi, Peter / Stöber, Kurt / Vollkommer, Max, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 26. Auflage, Köln 2007. (zit.: Zöller-Bearbeiter).

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. A. o.	andere Ansicht als oben
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
BayObLGZ	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Zivilsachen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa

CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DNA	Desoxyribonukleinsäure
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EheG	Ehegesetz
EheRG	Eherechtsreformgesetz
Einl.	Einleitung
EKG	Elektrokardiogramm
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende (Seiten)
FamRZ	Familienrechtszeitschrift
Fn.	Fußnote
GBO	Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfahrensgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung

i. d. F.	in der Fassung
i. d. S.	in diesem Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

o. g.	oben genannte
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Seite
sog.	so genannte
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Tbc	Tuberkulose
TranspR	Transportrecht
u. a.	unter anderem
UDSV	Verordnung über den Datenschutz für Unternehmen, die Telekommunikationsdienstleistungen erbringen
Übers.	Übersicht
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor.	Vorbemerkung

WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WG	Wechselgesetz
WiStrG	Wirtschaftsstrafgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- Wertpapier- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Teil: Einleitung

A. Die beweisrechtliche Lage im Zivilprozess

Im deutschen Zivilprozess gilt grundsätzlich der Verhandlungsgrundsatz. Dieser berechtigt und verpflichtet die Parteien zugleich, den Streitstoff in den Prozess einzuführen, über den das Gericht zu befinden hat und auf den das Gericht sein Urteil stützt.¹ Nur in Ausnahmefällen, in denen ein öffentliches Interesse an einer richtigen Klärung der tatsächlichen Grundlagen einer gerichtlichen Entscheidung besteht, gilt der Untersuchungsgrundsatz.² Dieser gilt beispielsweise in Ehe- und Kindschafts-, Lebenspartnerschafts- und Aufgebotssachen (vgl. §§ 616, 640, 661, 952 Abs. 3 und 986 Abs. 3 ZPO) und überträgt dem Gericht die Aufgabe, selbst für die Beschaffung und den Beweis der entscheidungserheblichen Tatsachen Sorge zu tragen.³ Der Verhandlungsgrundsatz als Regelfall im Zivilprozess folgt aus der liberalen Grundanschauung des Gesetzgebers der ZPO, die ihm aufgegeben hat, das Verfahren gemäß dem Prinzip der Parteifreiheit und der Parteiverantwortung zu gestalten.⁴ Darüber hinaus sprechen auch Zweckmäßigkeitserwägungen für die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilprozess.⁵ Der Verhandlungsgrundsatz gewährleistet bei der gegensätzlichen Interessenlage der Parteien, die jeweils ihren eigenen Rechtsstandpunkt durchzusetzen versuchen, besser, dass die erheblichen Tatsachen von den Parteien dem Gericht vorgetragen und bewiesen werden als die gerichtliche Untersuchung.⁶ Die Erheblichkeit der Tatsachen richtet sich nach den Rechtssätzen, aus denen sich die im Rechtsstreit von den Parteien geltend gemachten Rechtsfolgen ableiten. Der Richter ist gehalten, einen Rechtssatz nur dann anzuwenden und sich die aus ihm ergebenden Rechtsfolgen seiner Entscheidung zugrunde zu legen, wenn auch wirklich feststeht, dass der Tatbestand des Rechtssatzes verwirklicht ist.⁷

¹ MüKo-Rauscher, Zivilprozessordnung, Einl., Rn. 290ff.; Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, Vor. § 128 Rn. 10.

² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77, S.492; MüKo-Rauscher, Zivilprozessordnung, Einl., Rn. 308.

³ Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, Vor. § 128 Rn. 12; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, Einl. I, Rn. 6f.

⁴ Musielak, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, S. 193.

⁵ Musielak, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, S. 193.

⁶ Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, Einl. I, Rn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77, S. 484; Adolphsen, Zivilprozessrecht, § 4 Rn. 15.

⁷ Musielak, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, S. 194.

Nicht immer gelingt es dem Richter aber, aufgrund des von den Parteien in den Prozess eingeführten Tatsachenvortrages zu einer Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsachenbehauptungen zu gelangen. Es gibt vielmehr Fälle, in denen es ungeklärt bleibt, ob die Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr ist, sog. *non liquet*.⁸ Da der Richter aber dennoch zu einer Entscheidung kommen muss, da der Streit zwischen den Parteien sonst nicht beendet werden könnte und keine endgültige Befriedung herbeigeführt werden könnte⁹, stellt sich die Frage, welche Partei den Nachteil des Zweifels an der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung trifft. Eine Antwort hierauf geben die Regeln über die Beweislast.¹⁰ Diese helfen dem Richter, trotz Ungewissheit des Tatbestandes, zu einem den Anspruch stattgebenden oder abweisenden Urteil zu gelangen, indem sie ihm aufzeigen, wie in einem solchen Fall zu entscheiden ist.¹¹ Wegen dieser eminenten Bedeutung der Beweislast ist auch der Satz gerechtfertigt, die Beweislast sei das „Rückgrat des Prozesses“.¹²

Während der Gesetzgeber nur vereinzelt im BGB Beweislastregelungen ausdrücklich normiert hat (vgl. z.B. §§ 179 Abs. 1, 345, 363, 2336 Abs. 3 BGB) - dazu kommen noch die gesetzlichen Vermutungen¹³, die ähnliche Wirkung wie die ausdrücklichen Beweislastregeln entfalten¹⁴ - wohingegen die ZPO selbst keine ausdrückliche Beweislastregeln in Ansehung der Voraussetzungen der materiellen Rechtssätze enthält¹⁵, haben die Rechtsprechung und das Schrifttum versucht, eine allgemeingültige Beweislastregel aufzustellen, um diese Lücke zu schließen.

⁸ *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, S. 18; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 1.

⁹ *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, S. 33.

¹⁰ *Musielak*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 392.

¹¹ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 2, 62; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 10.

¹² *MüKo-Prütting*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 102; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 74; *Friedl*, Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienzkriteriums, S. 22.

¹³ Das Gesetz unterscheidet zwischen sog. Tatsachenvermutungen, die auf Tatsachen abstellen (z.B. §§ 938, 1117 Abs. 3, 1253 Abs. 2, 1377 Abs. 1, Abs. 3, 2009, 2255 S. 2 BGB) und sog. Rechtsvermutungen, die sich auf einen gegenwärtigen Rechtszustand beziehen (z.B. §§ 891, 921, 1006, 1138, 1155, 1362, 1964 Abs. 2, 2365 BGB).

Die beweisbelastete Partei muss in diesen Fällen nur die Ausgangstatsache behaupten und nötigenfalls beweisen. Die vermutete Tatsache bzw. die Entstehungstatsache für das vermutete Recht brauchen nicht einmal behauptet zu werden. Grundsätzlich sind solche Vermutungen widerlegbar, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt (§ 292 ZPO). Unwiderlegbare Vermutungen enthält das Gesetz z.B. in § 1566 BGB sowie in §§ 267, 739 ZPO. Vgl. *Zimmermann*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 25; *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, Vor. § 284 Rn. 10.

¹⁴ *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, S. 85ff.; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 216; *Palandt-Bassenge*, BGB, § 1006 Rn. 1.

¹⁵ *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 4.

Die ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum¹⁶ geht mittlerweile von der Grundregel aus, dass jede Partei die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Tatbestand der ihr günstigen Rechtsnorm erfüllt ist.¹⁷ Wer eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, hat die (auch negativen) rechtsbegründenden und rechtserhaltenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, der Gegner die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden einschließlich der tatsächlichen Umstände, die Grundlage einer für ihn günstigen Auslegung sind.¹⁸

Allerdings führt dieser Verteilungsgrundsatz nicht immer zu gerechten Ergebnissen. Deshalb hat die Rechtsprechung über die gesetzlich geregelten Beweiserleichterungen hinaus (vgl. z.B. § 287 ZPO, der eine Schadensschätzung erlaubt¹⁹ oder § 252 Satz 2 BGB) verschiedene Mittel zur Beweiserleichterung entwickelt.²⁰ Dabei sei zum einen der Anscheinsbeweis²¹ genannt, der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als ein Mittel der Beweiserleichterung einen festen Platz einnimmt.²² Des Weiteren sind hier die Fälle der Umkehr der Beweislast anzuführen,²³ die beispielsweise im Bereich der Arzthaftung, bei

¹⁶BGHZ 101, 172 (179); BGHZ 113, 222 (224f.); BGHZ 121, 357 (364); BGH, NJW 1991, 1052 (1053); BGH, NJW 1993, 2168 (2170); Stein/Jonas-*Leipold*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 38; Musielak-*Foerste*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 35; Saenger-*Saenger*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 58; MüKo-*Prütting*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 110f.; *Zimmermann*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 26.

¹⁷ *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 288.

¹⁸BGH, NJW 1999, 3481 (3482); BGH, NJW 1986, 2426 (2427); Thomas/Putzo-*Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 284 Rn. 23; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 6; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 90; *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, S. 32.

¹⁹ MüKo-*Prütting*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 129; *Lepa*, Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, S. 132ff.

²⁰ Vgl. z.B. BGH, NJW 1984, 432 (433), wo den „Beweisgrundsätzen“ die „Beweiserleichterungen“, nämlich Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr gegenübergestellt werden.

²¹ Die Annahme eines Anscheinsbeweises setzt voraus, dass sich unter Berücksichtigung aller unstreitigen bzw. festgestellten Einzelumstände und besonderen Merkmale des Sachverhaltes ein für die zu beweisende Tatsache nach der Lebenserfahrung typischer Geschehensablauf ergibt. Es kann dann von einer feststehenden Ursache auf einen bestimmten Erfolg oder umgekehrt geschlossen werden. Der Anscheinsbeweis ist sowohl hinsichtlich der Kausalität als auch hinsichtlich des Verschuldens anerkannt, vgl. *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, S. 15ff.; *Lepa*, Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, S. 129ff.; *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, Vor. § 284 Rn. 29ff.

²²*Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, Vor. § 284 Rn. 29; MüKo-*Prütting*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 129; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, S. 12; *Musielak*, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, S. 198; *Lepa*, Der Anscheinsbeweis in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, S. 394f., der zu Recht darauf verweist, dass sich diese Funktion des Anscheinsbeweises aus der Rspr. des BGH ergibt.

²³ Vgl. *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, S. 21 ff.; *Musielak*, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, S. 208 ff.; kritisch hierzu: *Laumen*, Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, S. 6ff.. Ausführlich hierzu: *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 443ff.

grobem Behandlungsfehler²⁴ oder bei unzureichender ärztlicher Dokumentation²⁵ sowie bei Verletzung der Befundsicherungspflicht im Bereich der Produzentenhaftung²⁶ dem Geschädigten (bzw. dessen Erben) die Durchsetzung von Ersatzansprüchen erleichtern kann. Als letzte von der Rechtsprechung anerkannte Beweiserleichterung bleibt noch die Beweisvereitelung zu nennen.²⁷

Mit dieser letztgenannten Problematik der Beweisvereitelung als einer besonderen Form der Beweiserleichterung soll sich die vorliegende Arbeit auseinandersetzen, da diesbezüglich noch viele Unklarheiten bestehen, der Beweisvereitelung aber eine ganz erhebliche Bedeutung für den Ausgang eines Prozesses zukommen kann.

B. Die Problematik der Beweisvereitelung

Zunächst stellt sich die Frage, was prinzipiell unter Beweisvereitelung zu verstehen ist. Im Grunde stellen sämtliche Manipulationen an Beweisstücken, seien sie absichtlich oder unabsichtlich, vorsätzlich oder fahrlässig, den Versuch dar, die objektive Wirklichkeit nachträglich abzuändern und damit den Beweis dessen, wie es sich wirklich zugetragen hat zu erschweren oder gar zu vereiteln.²⁸ Allerdings können nicht sämtliche Manipulationen und jegliches „Zurechtbiegen“ von Beweismitteln unter den Begriff der Beweisvereitelung fallen, da es sich als etwas allzu menschliches darstellt, zu versuchen - durch welche Methode auch immer - einer Verurteilung zu entgehen.²⁹ Deshalb begnügt man sich etwa hinsichtlich persönlicher Äußerungen auch mit der nicht oder nur kaum sanktionierten Wahrheitspflicht

²⁴ BGHZ 61, 118 (120f.); BGH, NJW 1984, 432 (433) mit weiteren Nachweisen; ebenso *Taupitz*, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 297; kritisch hierzu: *Kleinewefers, Wilts*, Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, S. 617ff.

²⁵ BGHZ 72, 132 (137f.); BGH, MedR 1985, 221 (223); BGH, MedR 1989, 195 (195); kritisch hierzu: *Laumen*, Die „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, S. 7ff.

²⁶ BGHZ 104, 323 (333 ff.); BGH, NJW 1993, 528 (529).

²⁷ BGH, NJW 1996, 315 (317); BGH, NJW 1998, 79 (81), jeweils mit zahlreichen Nachweisen. Wie auch von der älteren Rechtsprechung, vgl. BGHZ 3, 162 (176); BGHZ 6, 224 (226f.); BGH, VersR 1974, 261 (263) wird die Beweisvereitelung von manchen auch heute noch als ein Fall der Umkehr der Beweislast eingeordnet. Dies ist jedoch abzulehnen, da die Beweisvereitelung nicht immer eine Umkehr der Beweislast nach sich zieht, sondern vielmehr verschiedene Beweiserleichterungen in Betracht kommen. Auch die neuere Rechtsprechung geht nunmehr davon aus, dass die Beweisvereitelung nicht mehr der starren Regel der Beweislastumkehr zugeordnet werden darf und spricht nun von „Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr der Beweislast gehen können“, vgl. BGHZ 72, 132 (133f.). Siehe *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 3, 106ff.; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 46f..

²⁸ *Paulus*, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, S. 137.

²⁹ *Paulus*, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, S. 137.

der Parteien in § 138 Abs. 1 ZPO und fasst dies nicht unter die Beweisvereitelung.³⁰ Die Beweisvereitelung setzt vielmehr erst bei schwerwiegenderen „Manipulationen“ ein.

Unter Beweisvereitelung versteht man allgemein ein Tun oder Unterlassen, ohne welches die Klärung des Sachverhaltes möglich gewesen wäre.³¹ Es geht hierbei um die Fälle, dass einer Partei die Führung eines ihr obliegenden Beweises vom Gegner schuldhaft unmöglich gemacht oder erschwert wird, indem dieser Beweismittel vernichtet, vorenthält oder ihre Benutzung erschwert.³² Derartige Verhaltensweisen kommen in den unterschiedlichsten Facetten vor und können alle Beweismittel betreffen.

Es gibt eine Vielzahl von Fällen, in denen von der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung angenommen wurde. Beispielhaft sei hier der bekannte Tupfer-Fall³³ genannt. Hier wurde bei einem Arzt Beweisvereitelung wegen schuldhafter Unterlassung der Aufbewahrung eines Tupferstückes angenommen. Dieses Tupferstück war bei einer ersten Operation versehentlich in der Wunde zurückgeblieben und wurde durch eine zweite Operation entfernt. Wegen der Nichtaufbewahrung des Tupfers und weil der Arzt sich auch keine Notizen hierüber gemacht hatte, konnte im späteren Schadensersatzprozess die Frage des Schuldvorwurfs, die von der Größe und Beschaffenheit des Tupferstückes abhängig war, nicht geklärt werden. Der Bundesgerichtshof ging davon aus, dass bei genauer Kenntnis des Tupferstückes möglicherweise hätte festgestellt werden können, ob der beklagte Arzt bei der ersten Operation die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.³⁴

Beschäftigt man sich näher mit der Problematik der Beweisvereitelung, so wird deutlich, dass sich viele Unklarheiten hinter diesem Phänomen verbergen. Durch die oben genannte allgemeine Umschreibung der Beweisvereitelung kann keinesfalls in allen denkbaren Fällen verbindlich geklärt werden, ob eine Beweisvereitelung vorliegt oder nicht. Es stellt sich also die Frage, ob es eine Regel gibt, wann jeweils von einer Beweisvereitelung, aufgrund derer die Rechtsprechung Beweiserleichterungen (die Rechtsprechung ist in älteren Entscheidungen uneinheitlich und geht entweder von einer Beweislastumkehr³⁵ aus oder entscheidet diese

³⁰ Paulus, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, S. 137.

³¹ BGH, VersR 1960, 844 (846); Baumgärtel, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 63; Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 109; Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 3.

³² MüKo-Prütting, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 80; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 17; BGH, NJW 1986, 59 (60); Baumbach, Zivilprozessordnung, Anh. § 286 Rn. 27.

³³ BGH LM Nr. 2 zu § 282 ZPO; siehe ferner BGH, VersR 1975, 952 (954).

³⁴ Vgl. Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

³⁵ BGHZ 3, 162 (176); BGH, NJW 1976, 1315 (1316).

Fälle im Rahmen der Beweismittelwürdigung³⁶ während sie in neueren Entscheidungen Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr der Beweislast gehen³⁷, zubilligt) gewährt, gesprochen werden kann.³⁸

Eine explizite gesetzliche Regelung zur Problematik der Beweisvereitelung existiert nur für den Bereich der Parteivernehmung (vgl. §§ 446, 453 Abs. 2 und 454 Abs. 1 ZPO) sowie im Rahmen des Urkundenbeweises (vgl. §§ 427, 441 Abs. 3 und 444 ZPO). Unverständlicherweise hat der Gesetzgeber trotz immer wieder auftretender Problematik bis heute keine gesetzliche Regelung bezüglich der Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis, beim Zeugenbeweis und beim Beweis durch Augenschein - mit Ausnahme des § 371 Abs. 3 ZPO, der die Rechtsfolge einer Beweisvereitelung aufzeigt und § 372 a ZPO, der die Untersuchungen zur Feststellung der Vaterschaft betrifft - getroffen. Eine allgemeine Regel über Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung besteht also nicht.³⁹

Zwar gab es im Jahre 1977 einen Reformvorschlag für das Recht der Beweisvereitelung von der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission für das Zivilprozessrecht.⁴⁰ Diese Kommission schlug vor, § 286 ZPO neu zu formulieren und darin eine für das komplette Beweisverfahren geltende Regel bzgl. der Problematik der Beweisvereitelung zu treffen, indem deren Tatbestand und Rechtsfolgen normiert würden.⁴¹ Dennoch wurde bis heute keine Regelung in das Gesetz aufgenommen.

³⁶ BGH, NJW 1967, 2012 (2012); BGH, NJW 1960, 821 (82).

³⁷ BGH, NJW 1996, 315 (317); BGH, NJW 1998, 79 (81).

³⁸ *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 46f.; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 106ff.

³⁹ *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 2.

⁴⁰ Kommissionsbericht, S. 121ff.; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 5.

⁴¹ *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 5:

„§ 286 ZPO sollte nach dem Vorschlag der Kommission wie folgt formuliert werden (vgl. Anlage 10 I Nr. 9 zum Kommissionsbericht):

- (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.
- (2) Absatz 1 gilt auch, wenn eine Partei den Beweis nicht führen kann, weil der Gegner das Beweismittel vorenthalten, entzogen oder unbrauchbar gemacht hat.
- (3) Hat der Gegner schuldhaft eine Pflicht verletzt, das Beweismittel zur Verfügung zu stellen, zu erhalten oder sonst seine Benutzbarkeit nicht zu beeinträchtigen, so kann das Gericht auch von einer Umkehrung der Beweislast ausgehen.“

Aus den Reihen des Schrifttums gibt es mittlerweile zahlreiche Vorschläge, welche Rechtsgrundlage allgemein für eine Beweisvereitelung herangezogen werden kann⁴², um daraus Tatbestand und Rechtsfolge der Beweisvereitelung abzuleiten.

So sehen einige Stimmen im Schrifttum⁴³ in der Beweisvereitelung die Verletzung einer materiellen oder prozessualen Mitwirkungspflicht, die zu einer analogen Anwendung der §§ 427, 441 Abs. 3, 444 ZPO führen soll. Teilweise wird die Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung auch in einer Einzelanalogie zu § 444 ZPO gesehen.⁴⁴ Andere wiederum sehen als Rechtsgrund der Beweisvereitelung einen Erfahrungssatz, nach dem vom Verlust eines Beweismittels auf das tatsächliche Geschehen geschlossen werden könne.⁴⁵ Blomeyer⁴⁶ entwickelte die Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung der Beweisvereitelung aus den Grundsätzen der Beweislastverteilung, die auf Zumutbarkeitsgedanken beruht. Für die beweisbelastete Partei tritt nach dessen Ansicht eine Unzumutbarkeit ein, wenn das Beweismittel vom Gegner schuldhaft vernichtet wurde.⁴⁷ Teilweise⁴⁸ wird bei der Diskussion um die Rechtsgrundlage einer Berücksichtigung beweisvereitelnder Handlungen oder Unterlassungen ein Gedanke der Sanktion und Prävention herangezogen. Dieser Gedanke solle zu einem einheitlichen Strafgedanken zusammengefasst werden und Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung solle eine dem Zivilrecht immanente ungeschriebene Strafnorm sein.⁴⁹ Wieder andere versuchen das Problem der Beweisvereitelung über Ausgleichs- und Präventionsgedanken einer sachgerechten Lösung zuzuführen.⁵⁰ Teilweise wird auch

⁴² Vgl. ausführlich zum Meinungsstand hinsichtlich der Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung: *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 18-100; ebenso m. w. N.: *Oberheim*, Beweiserleichterungen im Zivilprozess, S. 62; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 111ff.

⁴³ *Stein/Jonas-Leipold*, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 121; *Peters*, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, S. 208, der zahlreiche sich über § 422 ZPO aus dem materiellen Recht ergebende Mitwirkungspflichten wie beispielsweise §§ 259 Abs. 1, 371, 402, 952, 716, 809, 810, 1144 BGB und daneben die Mitwirkungspflicht nach Treu und Glauben, § 242 BGB nennt; vgl. auch *Stürmer*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 92 ff., der die Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung in einer umfassenden prozessualen Aufklärungspflicht auch der nicht beweisbelasteten Partei sieht, die schon vor dem Prozess analog §§ 138, 423, 445ff, 372 a, 645ff. ZPO eingreift. Ähnlich *Peters*, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, S. 208, der die Mitwirkungspflicht in Fällen, in denen sie nicht ausdrücklich gesetzlich normiert ist, auf eine Reihe prozessualer Normen - wie beispielsweise auf § 372 a ZPO - zurückführt.

⁴⁴ *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 125 m. w. N..

⁴⁵ Vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 191ff., der von dem Erfahrungssatz ausgeht, dass der Gegner, wenn die Tatsache unwahr wäre, die Beweisführung nicht vereitelt, sondern gerade unterstützt haben würde; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 140 geht davon aus, dass die Lebenserfahrung dafür spreche, dass solche Gegenstände sorgfältig aufgehoben werden, die in einem als möglich erkannten Prozess zum eigenen Vorteil zu verwenden sind.

⁴⁶ *Blomeyer*, Die Umkehr der Beweislast, S. 103.

⁴⁷ Ablehnend: *Theuerkauf*, Beweislast, Beweisführungslast und Treu und Glauben, S. 451.

⁴⁸ *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 128ff..

⁴⁹ *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 16 m. w. N..

⁵⁰ *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 87, 93ff..

versucht, das Problem nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen zu lösen. Die Vertreter dieser Ansicht sehen die Möglichkeit einen Beweis zu führen als ein absolutes Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB an, dessen Verletzung zum Schadensersatz führe.⁵¹ Dieser Meinung liegt ein Ausgleichsgedanke zugrunde; der Geschädigte soll so gestellt werden, wie er ohne die Beweisvereitelung stehen würde.

Vielfach wird als Rechtsgrund der Beweisvereitelung auch die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 BGB herangezogen.⁵² Die wohl überwiegende und überzeugende Meinung im Schrifttum⁵³ sieht die Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung aber in einer Rechtsanalogie zu den bestehenden gesetzlichen Regelungen der Beweisvereitelung, §§ 427, 441 Abs. 3, 444, 446, 453 Abs. 2, 454 Abs. 1 ZPO. In den gesetzlichen Regelungen sei ein allgemeiner Rechtsgedanke enthalten, der für alle Fälle der Beweisvereitelung zu gelten habe.

Allerdings vermögen alle aufgezeigten Erklärungsversuche keine verbindliche Auskunft darüber zu geben, in welchen Fällen abschließend von einer Beweisvereitelung ausgegangen werden kann. Jeder der aufgezeigten Lösungsversuche ist eigenen Kritikpunkten ausgesetzt, so dass mit ihnen eine umfassende Lösung der Problematik nicht möglich ist. So spricht beispielsweise sowohl gegen das Prinzip von Treu und Glauben, den Strafgedanken, den Gedanken der Schadensersatzpflicht, gegen die Erfahrungssätze oder den Ausgleichs- und Präventionsgedanken, dass solche ungeschriebene materiell-rechtliche Grundsätze auf das Prozessrecht nur dann übertragbar sind, wenn die prozessualen Normen keine entgegenstehenden Anordnungen treffen, mit denen sie den spezifisch prozessualen Interessen Rechnung tragen.⁵⁴ Gegen § 444 ZPO als Einzelanalogie spricht, dass er die fahrlässige Beweisvereitelung nicht zu erfassen vermag.⁵⁵ Aber auch gegen alle anderen vorgeschlagenen

⁵¹ *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess, S. 173, 182; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 17 m. w. N..

⁵² U.a. *Gerhardt*, Beweisvereitelung im Zivilprozessrecht, S. 304ff. geht davon aus, dass in der Berufung auf die Beweislast des Prozessgegners trotz eigener Beweisvereitelung ein widersprüchliches Verhalten i. S. d. Verbotes des „venire contra factum proprium“ zu sehen sei. *Schneider*, Die Beweisvereitelung, S. 9f. geht davon aus, dass die Beweisvereitelung einen Anwendungsfall unzulässiger Rechtsausübung darstelle. Dahingegen geht *Baumgärtel*, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 68 davon aus, dass die Berufung auf die Beweislast des Prozessgegners durch denjenigen, der die Beweisvereitelung herbeigeführt hat, einen Verstoß gegen das Gebot des „civiliter agere“ darstellt; vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 14f..

⁵³ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 186ff.; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 54ff.; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 18ff..

⁵⁴ *Baumgärtel*, Treu und Glauben im Zivilprozess, S. 358f.; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 18.

⁵⁵ *Baumgärtel*, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 64.

Lösungen lassen sich Kritikpunkte anführen, ohne dass jeder einzelne Kritikpunkt hier angeführt werden soll.⁵⁶ Das Schrifttum kann nämlich immer nur theoretische Wege aufzeigen, ohne dass diese praxistauglich sein müssen und alle in der Praxis auftauchenden Fälle zu lösen vermögen.

Aufschluss darüber, wann bei einem Verhalten einer Partei des Zivilprozesses eine Beweisvereitelung angenommen werden kann, vermag allein die Rechtsprechung zu geben. Nur diese hat durch die Fälle, in denen sie entscheiden musste, ob sie die Voraussetzungen einer Beweisvereitelung als gegeben erachtet, eine handfeste Grundlage geben, wann eine Beweisvereitelung anzunehmen ist. Zwar hat die Rechtsprechung durch die von ihr zu entscheidenden Fälle keine eigenständige, einheitliche Rechtsgrundlage für die Beweisvereitelung herausgebildet. Im Jahre 1875 berief sich das Reichsoberhandelsgericht für die Fälle „in denen durch vertragswidriges, die Verhältnisse veränderndes Verhalten eines Contrahenten gegenüber dem Mitcontrahenten die Führung eines diesem an sich obliegenden Beweises wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht worden war“ auf das Römische Recht, welches „in gewissen Fällen leichtsinnigen Läugnens und frivoler Vertheidigung der beklagten Partei den Nachtheil einer Umkehrung der Beweislast über diese verhängte“.⁵⁷ Im Jahre 1887 dann ging das Reichsgericht unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts von dem Grundsatz aus, dass derjenige, „welcher seinem an sich beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhafterweise unmöglich mache sich nicht durch Berufung auf die den Gegner treffende Beweislast verteidigen dürfe“.⁵⁸ Spätere Entscheidungen des Reichsgerichts zur Beweisvereitelung⁵⁹ legten keinen Wert auf die Rechtsgrundlage und beriefen sich auf die Entscheidung aus dem Jahr 1887.⁶⁰ Auch der Bundesgerichtshof⁶¹ hat vielfach einfach auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bezug genommen, ohne sich über die Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung nähere Gedanken zu machen.⁶² Erst seitdem im Schrifttum die Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung diskutiert wurde, hat auch der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen einen Rechtsgrund der Beweisvereitelung erwähnt, wobei er sich meist mit Verweisungen auf die im Schrifttum

⁵⁶ Ausführlich zu den einzelnen Kritikpunkten hinsichtlich der vertretenen Lösungen vgl. *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 18ff.; *Baumgärtel*, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 64ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 137ff..

⁵⁷ ROHG 21, 255 (261); siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 7.

⁵⁸ RGZ 20, 5 (6); siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 7.

⁵⁹ RGZ 60, 146 (152); RGZ 87, 434 (440); RGZ 101, 197 (198).

⁶⁰ Vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 7.

⁶¹ BGHZ 6, 224 (227); BGH, VersR 1960, 844 (846).

⁶² Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 8.

vertretenen Meinungen begnügt und als Rechtsgrund entweder eine Analogie zu den §§ 427, 444 ZPO⁶³ oder eine Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben⁶⁴ nennt.⁶⁵ Andere Entscheidungen enthalten immer noch keinen Hinweis auf die Rechtsgrundlage⁶⁶, oder enthalten lediglich den Hinweis, dass die Frage der Rechtsgrundlage offen bleiben kann⁶⁷.

Abschließend betrachtet kann man sagen, dass die Rechtsgrundlage der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung keine große Rolle spielt. Die Rechtsprechung legt ihr Augenmerk vielmehr auf Umschreibung des Tatbestandes einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung und auf die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen.⁶⁸ Mit dieser zur Beweisvereitelung ergangenen Rechtsprechung soll sich die vorliegende Arbeit auseinandersetzen, um hieraus eine allgemeingültige Regel für alle denkbaren Fälle der Beweisvereitelung abzuleiten.

C. Umfang und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit soll die Problematik, wann genau von einer Beweisvereitelung mit den für den Ausgang des Rechtsstreits immanenten Folgen⁶⁹ gesprochen werden kann, untersuchen.

Anders als die gleich lautende Dissertation von Stefan Schatz⁷⁰, die anhand der Auswertung zahlreicher Literaturmeinungen schwerpunktmäßig die Rechtsgrundlage für alle Fälle der Beweisvereitelung herauszufiltern versucht, um anschließend kurz auf deren Tatbestand und deren Rechtsfolgen einzugehen und die Dissertation von Fabian Krapoth⁷¹, die kurz die Tatbestandesmerkmale der Beweisvereitelung darstellt, aber schwerpunktmäßig auf die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung eingeht, soll mit der vorliegenden Arbeit versucht werden, anhand der Auswertung der zur Beweisvereitelung im Zivilprozess ergangenen umfangreichen Rechtsprechung, eine Regel abzuleiten, die für alle in der Praxis denkbaren Fälle zu beantworten vermag, ob von einer Beweisvereitelung auszugehen ist oder nicht.

⁶³ BGH, NJW 1963, 389 (390); BGH, NJW 1986, 59 (60).

⁶⁴ BGH, FamRZ 1962, 370 (371); BGH, FamRZ 1988, 482 (485); OLG Oldenburg, NJW-RR 1991, 25 (26).

⁶⁵ So Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 8.

⁶⁶ BGH, WM 79, 81 (82); Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 8.

⁶⁷ OLG Karlsruhe, VersR 1989, 375 (375); Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 8.

⁶⁸ So Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 8.

⁶⁹ Zu den umstrittenen Rechtsfolgen der Beweisvereitelung vgl.: Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess; Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 124ff.

⁷⁰ Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung.

⁷¹ Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess.

Damit soll versucht werden, einen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit in zukünftigen Zivilrechtsstreitigkeiten zu leisten.

Dabei wird der Arbeit allein die zur Beweisvereitelung ergangene Rechtsprechung zugrunde gelegt, da nur die in der Vergangenheit ergangenen Entscheidungen Aufschluss darüber zu geben vermögen, wann auch in zukünftigen Fällen eine Beweisvereitelung anzunehmen sein wird. Das zur Beweisvereitelung vorhandene Schrifttum soll nur insoweit herangezogen werden, als es einen Beitrag dazu leistet, Erklärungsversuche für die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zu liefern, um aus den zahlreichen Entscheidungen eine allgemeinverbindliche Regel abzuleiten.

Nach einer Darstellung der gesetzlich normierten Fälle zur Beweisvereitelung bei den einzelnen Beweismitteln sollen anhand der zur Beweisvereitelung ergangenen Rechtsprechung die Voraussetzungen einer Beweisvereitelung für die Fälle herausgearbeitet werden, bei denen eine gesetzliche Verankerung der Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung unterblieben ist.

Hierzu wird einerseits zu untersuchen sein, welche Gemeinsamkeiten die Rechtsprechungsfälle aufweisen und welche Unterschiede zwischen den einzelnen Entscheidungen bestehen. Andererseits wird die Frage zu beantworten sein, warum in ähnlich gelagerten Fällen gerade keine Beweisvereitelung angenommen wurde, obwohl dies auf den ersten Blick zwingend erscheinen mag.

Anhand dieser Untersuchung soll versucht werden eine verbindliche Regelung, wann eine Beweisvereitelung im Zivilprozess vorliegt - sei es für jedes einzelne Beweismittel gesondert, oder als einheitliche Regelung für alle Beweismittel - zu finden.

Zur Abrundung soll noch kurz darauf eingegangen werden, wer die Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung trägt.

2. Teil: Die gesetzlichen Regelungen

Um aus der umfangreichen Rechtsprechung zur Beweisvereitelung eine allgemeingültige Regelung, wann von einer Beweisvereitelung auszugehen ist, ableiten zu können, muss zunächst darauf eingegangen werden, welche Fälle der Beweisvereitelung gesetzlich normiert sind. Für diese Fälle erübrigt sich das Ableiten einer solchen Regelung. Diese Fälle können aber gegebenenfalls zur Interpretation der zur Beweisvereitelung ergangenen Rechtsprechung herangezogen werden.

A. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung

I. Allgemeines zum Beweis durch Parteivernehmung

Bei der Parteivernehmung, die von der formlosen Anhörung i. S. d. §§ 141, 118 ZPO zu unterscheiden ist⁷², wird die Partei gleich einem Zeugen als förmliches Beweismittel zum Zwecke des Beweises streitiger Tatsachen herangezogen.⁷³ Der Beweis durch Parteivernehmung, der in §§ 445 – 455 ZPO seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, stellt ein subsidiäres Beweismittel dar.⁷⁴ Er ist nur für den Fall vorgesehen, dass der erforderliche Beweis durch andere Beweismittel nicht vollständig erbracht werden kann (§ 445 Abs. 1 ZPO).⁷⁵ Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Parteien des Prozesses nicht neutral sind, da sie am Ausgang des Prozesses in höchstem Maße interessiert sind.⁷⁶ Andererseits muss man aber beachten, dass die Parteien des Prozesses die entscheidungserheblichen Tatsachen oft am besten kennen.⁷⁷ Es würden den Parteien erhebliche Nachteile bei der Rechtsverfolgung zugemutet, wenn man völlig auf die Aussage der Parteien verzichten wollte. Außerdem trägt die Subsidiarität dem Umstand Rechnung,

⁷² Die formlose Anhörung ist keine Beweiserhebung im technischen Sinn. Sie dient nicht dem Beweis streitiger Tatsachen, sondern der bloßen Information des Gerichts über den prozessualen Sachverhalt. Dieser Sachverhalt muss noch nicht einmal streitig sein, *Zöller-Geimer/Greger*, Zivilprozessordnung, Vor. § 445 Rn. 1; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 78.

⁷³ *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 300 Rn. 549.

⁷⁴ *Thomas/Putzo-Reichold*, Vor. § 445 Rn. 1.

⁷⁵ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 855; *Zimmermann*, Zivilprozessordnung, § 445 Rn. 2.

⁷⁶ *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 183.

⁷⁷ *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 315 Rn. 314; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 182.

dass die Partei der Last der Aussage und eventueller Beeidigung sowie dem hiermit verbundenen Interessenkonflikt nur im Notfall ausgesetzt werden soll.⁷⁸ Das Gericht muss die Aussage der Parteien natürlich mit besonderer Vorsicht frei würdigen nach § 453 Abs. 1 ZPO.⁷⁹

Die Parteivernehmung erfolgt entweder auf Antrag des Gegners (§ 445 ZPO) oder auf eigenen Antrag (§ 447 ZPO). Letzteres erfordert die Zustimmung des Gegners. Daneben besteht die Möglichkeit einer Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448 ZPO), wofür aber als ungeschriebenes Tatbestandesmerkmal vorausgesetzt wird, dass auch ohne die Beweisaufnahme auf Grund der Lebenserfahrung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der Tatsache gegeben ist.⁸⁰ Unzulässig ist sie, solange Behauptung gegen Behauptung steht und die eine nicht wahrscheinlicher ist als die andere.⁸¹ Außerdem gibt es noch die Möglichkeit der Schätzungsvernehmung (§ 287 Abs. 1 Satz 3 ZPO), bei der das Gericht die beweisbelastete Partei über die Höhe ihres Schadens vernehmen darf und zwar unter Ablehnung anderer Beweismittel und ohne die engeren Voraussetzungen des § 448 ZPO.⁸²

Unzulässig ist die Parteivernehmung nach § 445 Abs. 2 ZPO hinsichtlich solcher Tatsachen, deren Gegenteil das Gericht bereits für erwiesen erachtet, also zur Führung des unmittelbaren Gegenbeweises.⁸³ Darüber hinaus ist die Parteivernehmung in einigen Verfahrensarten schlechthin unzulässig, so z. B. im Urkundenprozess zum Beweis der Anspruchsvoraussetzungen (§§ 592, 595 Abs. 2 ZPO) oder im Wiederaufnahmeverfahren zum Beweis der Wiederaufnahmetatsachen (§ 581 Abs. 2 ZPO).⁸⁴

Der Parteivernehmung unterliegen die Parteien sowie der ihnen gleichgestellte streitgenössische Nebenintervenient.⁸⁵ Fähig, als Partei vernommen zu werden sind nach

⁷⁸ *Lent*, Zeugenvernehmung einer nicht parteieidesfähigen Prozesspartei, S. 22; *Zöller-Geimer/Greger*, Zivilprozessordnung, Vor. § 445 Rn. 5.

⁷⁹ *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 184.

⁸⁰ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, § 448 Rn. 2; BGH, NJW 1998, 814 (815); MDR 1992, 137 (137f.); BGH, VersR 1992, 867 (868).

⁸¹ BGH, NJW 1983, 2033 (2034); BGH, NJW 1984, 721 (722); BGH, NJW 1987, 2509 (2510); BGH, NJW 1990, 1721 (1722); BGH, NJW 1994, 320 (321); BGH, NJW 1999, 363 (363 f.); BGH, NJW 2002, 2247 (2249).

⁸² *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, § 287 Rn. 12; *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, § 287 Rn. 6; *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 319 Rn. 669.

⁸³ BGH, NJW 1965, 1714 (1714); *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 318 Rn. 666.

⁸⁴ *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 318 Rn. 666; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 856.

⁸⁵ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 856.

§ 455 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich nur prozessfähige Personen. Über eigene Handlungen und Wahrnehmungen können auch Minderjährige über 16 Jahre vernommen werden gemäß § 455 Abs. 2 ZPO. Im Übrigen hat für die Partei ihr gesetzlicher Vertreter einzutreten, § 455 Abs. 1 ZPO. Bei einer Streitgenossenschaft (einfache und notwendige) und bei Mehrheit gesetzlicher Vertreter steht es im Ermessen des Gerichts, ob es alle oder nur einzelne Streitgenossen oder Vertreter hören will, §§ 449, 455 Abs. 1 Satz 2 ZPO.⁸⁶

II. Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung

1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung auftreten kann

Bei dem soeben dargestellten Beweis durch Parteivernehmung kann eine Beweisvereitelung auf unterschiedliche Art und Weise verwirklicht werden.

Zum einen ist beweisvereitelndes Verhalten dann anzunehmen, wenn es der Prozessgegner ablehnt, sich vernehmen zu lassen, vgl. § 446 ZPO.

Darüber hinaus ist Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung auch dann anzunehmen, wenn die Partei die Aussage oder den Eid verweigert, vgl. §§ 453 Abs. 2 i. V. m. § 446 ZPO.

Beweisvereitelung liegt aber auch dann vor, wenn die Partei nicht erscheint, vgl. § 454 Abs. 1 ZPO.

2. Die gesetzlichen Regelungen

Im Rahmen des Beweises durch Parteivernehmung wurde die Beweisvereitelung vom Gesetzgeber in §§ 446, 453 Abs. 2 und 454 Abs. 1 ZPO abschließend geregelt.

Zu beachten ist dabei, dass keinerlei Zwangsmittel im Rahmen dieser Vorschriften gegen die Partei vorgesehen sind; die Parteivernehmung ist nicht erzwingbar.⁸⁷ Es besteht demnach

⁸⁶ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 449 Rn. 4f.. § 449 ZPO setzt aber voraus, dass dieselbe Tatsache in den Prozessen aller Streitgenossen erheblich ist. Sofern sie nur für den Prozess eines oder einzelner Streitgenossen erheblich ist, können die anderen nicht als Partei sondern nur als Zeuge vernommen werden, so *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 856.

⁸⁷ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 1; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 75.

keine Verpflichtung der Partei sich vernehmen zu lassen und zur Tatsachenfeststellung beizutragen. Allerdings können nach den gesetzlichen Regelungen Folgen aus der Weigerung, sich als Partei vernehmen zu lassen hergeleitet werden. Im Hinblick auf die Folgen, die eine Weigerung sich vernehmen zu lassen auf das Prozessergebnis hat, besteht deshalb doch ein gewisser subjektiver „Zwang“ sich vernehmen zu lassen und zur Tatsachenfeststellung beizutragen.⁸⁸

2.1. § 446 ZPO

§ 446 ZPO trifft eine Regelung für den Fall, dass es die Partei ablehnt, sich vernehmen zu lassen oder auf Verlangen des Gerichts keine Erklärung abgibt und dadurch den Beweis vereitelt.

In einem solchen Fall eröffnet § 446 ZPO dem Gericht die Möglichkeit, nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will.

Diese Vorschrift ermöglicht dem Gericht allerdings nicht, unbedingt nachteilige Schlüsse aus der Weigerung zu ziehen. Vielmehr hat das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, insbesondere der für die Weigerung vorgebrachten Gründe zu entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will.⁸⁹ Diese Tatbestandesmerkmale sind objektiv zu bestimmen und sind ein Einfallstor für eine umfassende Prüfung, ob ein vernünftiger Weigerungsgrund der Partei vorliegt. Dabei ist die gesamte Sachlage zu berücksichtigen, namentlich dasjenige, was die Partei zur Begründung ihrer Weigerung angibt.⁹⁰ Achtenswerte Motive für die Weigerung sind beispielsweise die Drohung Dritter, Besorgnis außerprozessualer Nachteile, Unsittlichkeit, Unehrenhaftigkeit, Strafbarkeit der zu bekundenden Handlung, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, Schamgefühl sowie die organisationsbedingte generelle Unkenntnis.⁹¹ Dahingegen rechtfertigt eine unmotiviert Weigerung nachteilige Schlüsse. Unmotiviert i. d. S. ist dabei die Erklärung nichts zu wissen, wenn der Gegner darlegt, worauf das Wissen der Partei beruhen kann.⁹² Liegen solche unachtenswerte Motive vor, kann das Gericht die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen.

⁸⁸ Zöller-Geimer/Greger, Zivilprozessordnung, Vor. § 445 Rn. 6; Jauernig, Zivilprozessrecht, S. 184.

⁸⁹ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 5; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 1.

⁹⁰ BGH, MDR 1991, 688 (689); Baumbach, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 5.

⁹¹ Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 1; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 5.

⁹² Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 1.

Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, ihre bloße Wahrscheinlichkeit anzunehmen und daraufhin den Beweispflichtigen nach § 448 ZPO zu vernehmen.⁹³

Zu beachten ist allerdings, dass von einer Beweisvereitelung dann nicht gesprochen werden kann, wenn die nach § 141 ZPO geladene Partei von ihrem Recht Gebrauch macht, sich nicht zur Sache einzulassen.⁹⁴ Nach dieser Vorschrift ist die Partei nur zum Erscheinen verpflichtet, nicht auch dazu, sich auch zur Sache einzulassen. Zwar kann das Gericht das Schweigen der auf Anordnung zur Aufklärung geladenen und erschienenen Partei nach den Gesamtumständen des Einzelfalles würdigen, zumindest als Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht einer jeden Partei. Allerdings kann gerade nicht von einer Beweisvereitelung gesprochen werden, da eben gerade keine Aussageverweigerung der zur Beweisaufnahme förmlich geladenen Partei vorliegt.⁹⁵

2.2. § 453 Abs. 2 ZPO

§ 453 Abs. 2 ZPO trifft eine Regelung für den Fall, dass die Partei eine Beweisvereitelung dadurch vornimmt, dass sie die Aussage oder den Eid verweigert. In diesem Fall gilt § 446 ZPO entsprechend, d. h. das Gericht kann in diesem Fall ebenfalls die behauptete Tatsache als erwiesen erachten.

Auch in diesem Fall hat das Gericht seine Entscheidung allerdings unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, insbesondere der für die Weigerung vorgebrachten Gründe, nach freier Überzeugung zu treffen. Das Gericht muss also auch für den Fall, dass die Partei die Aussage oder den Eid verweigert, prüfen, ob nicht berechtigte Gründe der Partei die Weigerung rechtfertigen.⁹⁶ Je nach Lage des Falles kann das Gericht danach die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen, kann sie aber auch anders würdigen.⁹⁷

2.3. § 454 Abs. 1 ZPO

In § 454 Abs. 1 ZPO ist eine Regelung für den Fall getroffen, dass die Beweisführung im Rahmen des Beweises durch Parteivernehmung dadurch vereitelt wird, dass die Partei in dem

⁹³ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 446 Rn. 5.

⁹⁴ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, § 141 Rn. 4; *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 141 Rn. 29.

⁹⁵ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 141 Rn. 29; *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, § 141 Rn. 4.

⁹⁶ *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, § 453 Rn. 2; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 75.

⁹⁷ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 453 Rn. 5.

zu ihrer Vernehmung oder Beeidigung bestimmten Termin ausbleibt. In diesem Fall hat das Gericht die Möglichkeit, die Aussage der Partei als verweigert anzusehen.

Allerdings hat das Gericht auch hier wieder unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch etwaiger von der Partei für ihr Ausbleiben angegebener Gründe nach freiem Ermessen zu entscheiden. Das bedeutet, dass das Gericht auch in diesem Fall der Beweisvereitelung, vor der Annahme der Aussage der Partei als verweigert, prüfen muss, ob nicht aner kennenswerte Gründe für das Ausbleiben vorliegen.⁹⁸ Das Gericht hat dabei zu entscheiden, ob die vorgebrachten Aussageverweigerungsgründe tatsächlich vorliegen oder nur vorgeschoben sind, was nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen zu erfolgen hat.⁹⁹

3. Zusammenfassende Würdigung

Im Rahmen der Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung ist mit den §§ 446, 453 Abs. 2, 454 Abs. 1 ZPO eine umfassende und ausreichende Regelung getroffen.

Aufgrund der abschließenden gesetzlichen Normierung der Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung ist es in diesem Bereich nicht nötig, eine Regelung anhand der von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle abzuleiten. Die in den gesetzlichen Regelungen für die Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteivernehmung enthaltenen gesetzlichen Wertungen können aber gegebenenfalls beim Auffinden einer allgemeingültigen Regel für die Beweismittel, bei denen die Beweisvereitelung gesetzlich nicht normiert ist, berücksichtigt werden.

B. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis

I. Allgemeines zum Urkundenbeweis

Urkunde i. S. d. Zivilprozessordnung ist die Verkörperung einer Gedankenäußerung in Schriftzeichen.¹⁰⁰ Unerheblich für den Urkundenbegriff ist dabei das Material, die Art der

⁹⁸ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 454 Rn. 4.

⁹⁹ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 453 Rn. 4.

¹⁰⁰ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 415 Rn. 1.

Herstellung, der Zweck der Errichtung¹⁰¹, die Bedeutung des Inhaltes und ob eine Unterschrift vorhanden ist oder nicht.¹⁰² Nicht als Urkunden anzusehen sind dagegen verkörperte Gedankenerklärungen, wie Tonbänder, Schallplatten, EDV-Datenträger und die bloße Fotografie einer Urkunde.¹⁰³ Diese können nur mittels Augenscheinsbeweis verwertet werden.¹⁰⁴ Auch bei sog. Beweiszeichen wie Siegelabdrucke, Fahrzeug- und Motornummern handelt es sich nicht um Urkunden im Sinne der ZPO, da bei diesen der Aussagezweck hinter dem Kennzeichnungszweck zurücktritt.¹⁰⁵

Wegen der unterschiedlichen Beweiskraft der Urkunden sind diese der Art nach in öffentliche Urkunden, vgl. §§ 415, 417 und 418 ZPO, die von einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb ihrer Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, und Privaturkunden, vgl. § 416 ZPO, worunter sämtliche andere Urkunden fallen, zu unterscheiden. So ist ein Privatgutachten, das eine Partei vorlegt, noch kein Beweismittel, sondern nur substantiiertes Parteivortrag.¹⁰⁶ Als Gutachten ist es nur mit Zustimmung beider Parteien verwertbar.¹⁰⁷

Voraussetzung für die Beweiskraft einer Urkunde nach §§ 415 ff. ZPO ist deren Echtheit, die nach den §§ 437 ff. ZPO zu ermitteln ist. Echtheit ist dann gegeben, wenn sie von der Person herrührt, von der sie nach der Behauptung des Beweisführers herrühren soll.¹⁰⁸ Der Beweis der Echtheit ist verschieden geregelt: Öffentliche Urkunden haben die Vermutung der Echtheit für sich (vgl. § 437 Abs. 1 ZPO), die durch Gegenbeweis entkräftet werden kann (§ 437 Abs. 2 ZPO). Wird dahingegen die Echtheit von Privaturkunden bestritten, so muss sie bewiesen werden (§ 440 Abs. 1 ZPO).¹⁰⁹ Nach dem Inhalt der Urkunde kann man noch zwischen Tatbestandesurkunden (bewirkende Urkunden), die selbst einen Rechtsakt

¹⁰¹ Eine Urkunde kann entweder von vorneherein zum Beweis bestimmt sein, z. B. Empfangsbescheinigungen, Quittungen, etc. oder auch später zum Beweismittel werden (sog. Zufallsurkunden), z. B. Briefe, Bierdeckel, Schriftzeichen auf Stoff, Einritzungen auf Holz oder Stein, Griffelzeichen auf einer Schiefertafel, etc., *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 179.

¹⁰² BGH, NJW 1959, 2011 (2012); OLG Köln, NJW 1992, 1774 (1174); a. A. OLG Hamm, NJW 1987, 964 (965).

¹⁰³ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, Übers. § 415 Rn. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 814.

¹⁰⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 814.

¹⁰⁵ *Baumbach*, Zivilprozessrecht, Übers. § 415 Rn. 5; *Zöller-Geimer*, Zivilprozessordnung, Vor. § 415 Rn. 2.

¹⁰⁶ *Thomas/Putzo-Reichold*, Vor. § 402 Rn. 5.

¹⁰⁷ BGHZ 98, 32 (40); NJW 1993, 2382 (2383); 1997, 3381 (3382); 1998, 3198 (3199); 2001, 77 (78).

¹⁰⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 815f.

¹⁰⁹ *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 303 Rn. 313.

verkörpern, und Zeugnisurkunden (berichtende Urkunden), die nur über außerhalb der Urkunde liegende Umstände berichten, unterscheiden.¹¹⁰

Beweisgegenstand ist der Gedankeninhalt des Schriftstückes, der dem Richter vermittelt wird.¹¹¹ Der Urkundenbeweis kann entweder von Amts wegen angeordnet werden (vgl. §§ 142, 143, 273 Abs. 2 Nr. 2, 5 ZPO, §§ 258 ff. HGB) oder auf Beweisantritt einer Partei hin.¹¹² In letzterem Fall ist danach zu unterscheiden, bei wem sich die Urkunde befindet. Befindet sich die Urkunde bei dem Beweisführer oder kann dieser sich die Urkunde bei einer Behörde beschaffen (§ 432 Abs. 2 ZPO), so wird der Beweis durch die Vorlegung der Urkunde bei Gericht angetreten, vgl. § 420 ZPO. Dabei sind Privaturkunden im Original vorzulegen¹¹³, wohingegen man von öffentlichen Urkunden auch beglaubigte Abschriften oder Fotokopien vorlegen kann (vgl. § 435 ZPO). Unbeglaubigte Fotokopien sind dahingegen nur als Parteivorbringen zu werten.¹¹⁴ Befindet sich die Urkunde beim Gegner, so wird der Beweis nach § 421 ZPO durch den Antrag angetreten, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.¹¹⁵ Wenn sich die Urkunde in den Händen eines Dritten befindet, so erfolgt der Beweisantritt nach § 428 ZPO durch den Antrag, dem Beweisführer eine Frist zur Herbeischaffung der Urkunde einzuräumen oder eine gerichtliche Anordnung nach § 142 ZPO zu erlassen.¹¹⁶ Befindet sich die Urkunde bei einer Behörde oder einem Beamten, so wird der Beweis nach § 432 Abs. 1 ZPO, § 168 GVG, Art. 35 GG durch den Antrag angetreten, diese um Amtshilfe und Mitteilung der Urkunde zu ersuchen, falls sie sich der Beweisführer nicht selbst verschaffen kann (vgl. §§ 432 Abs. 2, 299 Abs. 1 ZPO, § 12 Abs. 2 GBO), d. h. falls er nicht einen gesetzlichen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde oder auf Erteilung von Abschriften hat.¹¹⁷ Die Partei muss jeweils klarstellen, welche Urkunden oder Aktenteile sie für erheblich hält.¹¹⁸

¹¹⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 818; *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 297 Rn. 543. Als Beispiele für Tatbestandesurkunden sind zu nennen die Vertragsurkunden, Wechsel und Schecks, Testamente, Kündigungsschreiben, Urteile und Beschlüsse. Als Zeugnisurkunden können Protokolle, Zustellungsnachweise, Quittungen, Zeugnisse, Krankenblätter, Geschäfts- und Tagebücher, ärztliche Zeugnisse, Personalakten und Sachverständigengutachten aus anderen Prozessen sowie erzählende Briefe genannt werden.

¹¹¹ *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 179.

¹¹² *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 298 Rn. 545.

¹¹³ BGH, NJW 1980, 1047 (1048); 1992, 829 (830); OLG Köln, NJW 1992, 1774 (1174f.); *Zöller-Geimer*, Zivilprozessordnung, § 416 Rn. 14.

¹¹⁴ *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 279 Rn. 593.

¹¹⁵ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 820; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 180.

¹¹⁶ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 821; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 181.

¹¹⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 821; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 181.

¹¹⁸ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 415 Rn. 2.

II. Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis

1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis auftreten kann

Beweisvereitelung im Rahmen des Urkundenbeweises ist zum einen dann anzunehmen, wenn der Prozessgegner sich weigert, eine Urkunde vorzulegen, obwohl die Vorlegung vom Gericht angeordnet wurde, vgl. § 427 ZPO. So wurde in der Nichtvorlage einer in Händen des Beweisgegners befindlichen Auftragsbestätigung, mit der bewiesen werden sollte, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beweisführers auf der Rückseite der Bestätigung abgedruckt waren, beweisvereitelndes Verhalten im Rahmen des Urkundenbeweises gesehen.¹¹⁹

Darüber hinaus ist von Beweisvereitelung im Rahmen des Urkundenbeweises auch dann auszugehen, wenn sich zur Schriftvergleichung geeignete Urkunden in den Händen des Prozessgegners befinden, und dieser sich, trotz Anordnung des Gerichts, diese Schriftstücke vorzulegen, weigert, diese Schriften vorzulegen, vgl. § 441 Abs. 3 ZPO.

Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis ist auch dann anzunehmen, wenn eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht wurde, vgl. § 444 ZPO. Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn eine Partei ein Testament arglistig vernichtet, welches nach dem Vortrag des beweispflichtigen Prozessgegners ein ihm günstiges Vermächtnis enthielt.¹²⁰

2. Die gesetzlichen Regelungen

Auch im Rahmen des Urkundenbeweises wurde vom Gesetzgeber in den §§ 422, 423, 427, 441 und 444 ZPO eine abschließende Regelung über die Beweisvereitelung getroffen.

2.1. §§ 422, 423 ZPO

Die §§ 422, 423 ZPO enthalten selbst keine ausdrückliche Regel für einen Fall der Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis. Diese Vorschriften regeln lediglich, wann in Bezug auf Urkunden eine Vorlegungspflicht besteht. Nur wenn eine solche Vorlegungspflicht

¹¹⁹ OLG Köln, BB 1974, 1227 (1227); siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 3.

¹²⁰ RGZ 101, 197 (197ff.); siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 3.

besteht, ist die Möglichkeit einer Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis gegeben. Deshalb sollen diese Vorschriften vorab (bevor auf die expliziten gesetzlichen Regelungen der Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis eingegangen wird) erläutert werden.

2.1.1. § 422 ZPO

Gemäß § 422 ZPO ist der Gegner zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.

Die Verpflichtung des Gegners zur Vorlage von Urkunden im Prozess hat vier kumulative Voraussetzungen: Zum einen muss der Gegner einen Vorlegungsantrag gestellt haben (§§ 421, 424 ZPO), der Gegner muss den unmittelbaren Besitz an der Urkunde eingeräumt haben (sonst greift § 426 ZPO), das Gericht muss die Vorlage wegen Beweiserheblichkeit angeordnet haben (§ 425 ZPO) und als letztes muss ein materiell-rechtlicher Anspruch des Beweisführers auf Vorlage der Urkunde bestehen.¹²¹

Die materiell-rechtlichen Ansprüche auf Vorlage der Urkunde lassen sich in zwei Fallgruppen einteilen. Zum einen sind dies die Fälle, in denen die Herausgabe der Urkunde als Sache verlangt werden kann, und zum anderen sind dies die Vorlegungs-, Einsichts- und Rechnungslegungsansprüche.¹²²

Herausgabe der Urkunde kann beispielsweise gemäß §§ 371 (Rückgabe des Schuldscheines), 402 (Pflicht des bisherigen Gläubigers zur Auslieferung der zum Beweis der Forderung dienenden Urkunde), 675 (Herausgabepflicht bei Geschäftsbesorgungsvertrag), §§ 667, 681 (Pflicht des Geschäftsführers zur Herausgabe), 952 (Herausgabe des über eine Forderung ausgestellten Schuldscheines an den Gläubiger), 985 (Herausgabeanspruch im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), 1144 (Aushändigung von Urkunden zur Berichtigung des Grundbuches) BGB, § 836 Abs. 3 ZPO (Herausgabepflicht bei Überweisung), Art. 50 WG (Aushändigung der Wechselepapieren) verlangt werden.¹²³

¹²¹ Thoms/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 2ff.; Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 1.

¹²² Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 61, Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 2.

¹²³ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 2; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 4.

Ein Vorlegungsanspruch kann beispielsweise auf §§ 896, 1145 BGB (Vorlegung des Briefes bei Berichtigung des Grundbuches), §§ 258-261 HGB (Vorlegung von Handelsbüchern im Rechtsstreit)¹²⁴, §§ 131 (Auskunftsrecht des Aktionärs), 170 (Vorlage an Aufsichtsrat), 175 Abs. 2 (Pflichten bei ordentlicher Hauptversammlung) AktG gestützt werden.¹²⁵

Ein Einsichtsanspruch kann beispielsweise aus §§ 716 (bei Gesellschaft), 810 (bei rechtlichem Interesse), 1799 (bei Vormundschaft) BGB, §§ 118 (Kontrollrecht des Gesellschafters der OHG), 156 (bei Liquidation der Gesellschaft), 166 (Kontrollrecht des Kommanditisten) HGB hergeleitet werden.¹²⁶

Ein Rechnungslegungsanspruch kann beispielshalber aus § 259 BGB (Rechenschaftspflicht) resultieren.¹²⁷

Im Zusammenhang mit der Beweisvereitelung stellt der materiell-rechtliche Vorlegungsanspruch des § 810 BGB zweifelsohne die bedeutsamste Regelung dar. Auf diese soll deshalb kurz näher eingegangen werden: Nach § 810 BGB kann derjenige, der ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, von dem Besitzer dann Einsicht erlangen, wenn entweder die Urkunde in seinem Interesse errichtet wurde, in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler geführt worden sind.

Gegenstand des Vorlegungsanspruches sind Urkunden. Urkunde i. S. dieser Vorschrift ist jede durch bleibende Zeichen ausgedrückte, mit den Sinnen wahrnehmbare Verkörperung eines Gedankens, soweit sie geschäftlich Bedeutung hat.¹²⁸ Umfasst von dieser Vorschrift sind nur Originalurkunden, die sich im Besitz eines anderen befinden. Die Vorlage von Abschriften kann danach grundsätzlich nicht verlangt werden.¹²⁹ Etwas anderes hat nur dann zu gelten

¹²⁴ A. A. o.: Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 5, wonach öffentlich-rechtliche Ansprüche nicht genügen sollen.

¹²⁵ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 2; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 4.

¹²⁶ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 2; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 4.

¹²⁷ Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 422 Rn. 5.

¹²⁸ Palandt-Sprau, BGB, § 810 Rn. 1.

¹²⁹ Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 63.

soweit das Interesse gerade an ihnen besteht, weil beispielsweise das Original nicht mehr vorhanden ist.¹³⁰

Ein rechtliches Interesse an der Einsicht, was materielle Voraussetzung eines Vorlageanspruches nach § 810 BGB ist, besteht dann, wenn die Einsicht der Urkunde zur Förderung, Erhaltung oder Verteidigung rechtlich geschützter Interessen erforderlich ist.¹³¹ Es müssen jedenfalls Anhaltspunkte bestehen, aus denen auf einen Zusammenhang zwischen Urkundeninhalt und Rechtsverhältnis geschlossen werden kann.¹³² Ein solches rechtliches Interesse liegt beispielsweise dann vor, wenn sich der Berechtigte wegen Verlustes seiner Vertragsurkunde über Bestehen und Umfang seines Rechts Gewissheit verschaffen will, auch wenn ihm seine Urkunde nicht ohne Verschulden abhanden gekommen ist.¹³³ Dahingegen fehlt das rechtliche Interesse dann, wenn die Vorlegung ohne genügend konkrete Angaben lediglich dazu dienen soll, erst Unterlagen für die Rechtsverfolgung gegen den Besitzer der Urkunde oder Sache zu schaffen.¹³⁴

Errichtung im eigenen Interesse des Anspruchstellers meint nach gefestigter Rechtsprechung, dass die Urkunde dazu bestimmt ist, dem Anspruchsteller als Beweismittel zu dienen, oder wenigstens seine rechtlichen Beziehungen fördern soll.¹³⁵ Entscheidend hierfür ist nicht der Inhalt der Urkunde, sondern der Zweck ihrer Errichtung.¹³⁶ Ausreichend ist dabei, dass die Urkunde jedenfalls auch dem Interesse des Anspruchstellers dient. Seine namentliche Nennung ist nicht erforderlich.¹³⁷

Beurkundung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem, der Einsicht verlangt, und einem anderen setzt voraus, dass derjenige, der Einsicht verlangt, an dem Rechtsverhältnis beteiligt

¹³⁰ MüKo-Hüffer, BGB, § 810 Rn. 3; Grimme, Der Anspruch auf Einsichtnahme in (Vertrags-) Urkunden nach § 810 BGB, S. 321; Schilken, Ansprüche auf Auskunft und Vorlegung von Sachen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht, S. 529; Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 63.

¹³¹ Palandt-Sprau, BGB, § 810 Rn. 2.

¹³² BGH, WM 1963, 990 (990); Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, § 810 Rn. 1.

¹³³ Palandt-Sprau, BGB, § 810 Rn. 2; BGH, NJW-RR 1992, 1072 (1073f.).

¹³⁴ BGHZ 93, 191 (199 ff.), 109, 260 (267): unzulässige Ausforschung, Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 65.

¹³⁵ RGZ 69, 401 (405); BHG LM Nr. 2; BGH LM Nr. 5; Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 65f.

¹³⁶ BGH LM Nr. 2; Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 66.

¹³⁷ Palandt-Sprau, BGB, § 810 Rn. 3; BGH LM Nr. 2; BGH LM Nr. 5. Als Beispiel hierfür kann zum einen genannt werden die Lebensversicherung mit Drittbegünstigung, bei der der Versicherungsschein eine im Interesse des Dritten errichtete Urkunde ist; die Vollmachturkunde im Interesse derer, die mit dem Bevollmächtigten in Verkehr treten. Nicht erfasst sind dahingegen beispielsweise die einseitige Aufzeichnung als Erinnerungsstütze für den Sachbearbeiter oder die Geschäftsaufzeichnung einer Versicherung im Interesse des Versicherungsnehmers.

ist. Dabei ist unerheblich, ob das Rechtsverhältnis noch besteht und ob das Rechtsgeschäft gültig war oder nicht. Ausreichend ist hierfür eine objektive und unmittelbare Beziehung des Inhaltes der Beurkundung auf das Rechtsverhältnis, ohne dass eine Beurkundung des ganzen Rechtsgeschäftes erforderlich wäre.¹³⁸

Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft, die zwischen ihm oder einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler geführt worden sind, enthält die Urkunde beispielsweise in dem Fall des vor oder nach Geschäftsabschluss geführten Schriftwechsels der Parteien miteinander oder der einen Partei mit dem gemeinsamen Vermittler.¹³⁹ Auch Briefe, die von dem Vermittler geschrieben worden sind, gehören hierher.¹⁴⁰ Nicht darunter fallen allerdings Aufzeichnungen des anderen Vertragsteiles für seine internen Zwecke (Gedächtnisstütze, Berichte von Angestellten).¹⁴¹

2.1.2. § 423 ZPO

§ 423 ZPO regelt die Vorlegungspflicht des Gegners bezüglich der in seinen Händen befindlichen Urkunden, auf die er im Prozess zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn es nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen ist.

Diese gesetzliche Bestimmung normiert einen selbständigen prozessrechtlichen Vorlegungsanspruch.¹⁴² Voraussetzung für den Vorlegungsanspruch ist, dass sich der Gegner zum Zwecke der Beweisführung auf die Urkunde berufen hat.¹⁴³ Die Vorschrift gilt auch für den Streithelfer.¹⁴⁴ Eine Bezugnahme bloß auf den Inhalt genügt hierfür nicht.¹⁴⁵ Auch ist nicht ausreichend, wenn nur ein Zeuge auf die Urkunde Bezug genommen hat.¹⁴⁶ Ein Verzicht des Gegners auf die Verwertung der einmal von ihm gemäß § 131 ZPO in Bezug

¹³⁸ Palandt-*Sprau*, BGB, § 810 Rn. 6; BGH LM Nr. 3; BGHZ 55, 201 (203); RGZ 56, 109 (112); *Grimme*, Der Anspruch auf Einsichtnahme in (Vertrags-) Urkunden nach § 810 BGB, S. 321. Als Beispiele hierfür seien genannt: Vertragsurkunden, Schuldscheine, Quittungen, Rechnungen, Kontobücher, Handakten des Rechtsanwaltes etc., *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 66.

¹³⁹ *Schilken*, Ansprüche auf Auskunft und Vorlegung von Sachen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht, S. 530; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 67.

¹⁴⁰ Palandt-*Sprau*, BGB, § 810 Rn. 9.

¹⁴¹ MüKo-*Hüffer*, BGB, § 810 Rn. 9.

¹⁴² Thomas/*Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1; *Zöller-Geimer*, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 58.

¹⁴³ *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 61.

¹⁴⁴ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1.

¹⁴⁵ RGZ 69, 405 (405); *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 61.

¹⁴⁶ *Zöller-Geimer*, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1; *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1.

genommenen Urkunde beseitigt die prozessuale Vorlagepflicht (vgl. §§ 131, 142 ZPO) nicht.¹⁴⁷

2.1.3. Zusammenfassung

Der Verstoß gegen eine dieser Vorlegungspflichten kann eine Beweisvereitelung darstellen. Wann bei Verstoß gegen diese Vorlegungspflichten eine Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis anzunehmen ist, ist abschließend in den §§ 427, 441 Abs. 3, 444 ZPO normiert. Auf diese soll im Folgenden näher eingegangen werden.

2.2. § 427 ZPO

In § 427 ZPO ist der Fall gesetzlich normiert, dass beim Urkundenbeweis der Beweis dadurch vereitelt wird, dass Urkunden nicht vorgelegt werden. Nach dieser Vorschrift kann eine vom Beweisführer beigebrachte Abschrift der Urkunde als richtig angesehen werden, wenn der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen, nicht nachkommt oder das Gericht im Falle des § 426 BGB¹⁴⁸ zu der Überzeugung gelangt, dass er nach dem Verbleib der Urkunde nicht sorgfältig geforscht habe. Gleichfalls kann das Gericht für den Fall, dass eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht wurde, die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen annehmen.

Der Gegner, der die Urkunde nicht vorlegt, obwohl der Besitz der Urkunde nicht bestritten oder nach § 426 ZPO nachgewiesen ist, oder das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass er

¹⁴⁷ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 423 Rn. 1; Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 61.

¹⁴⁸ Nach dieser Vorschrift ist der Gegner, der bestreitet, dass die Urkunde sich in seinem Besitz befindet, über ihren Verbleib zu vernehmen. Voraussetzung dafür, dass es zu einer solchen Vernehmung kommt ist, dass ein Beweisantritt nach § 421 BGB erfolgt ist, d. h. der Beweis muss durch den Antrag angetreten worden sein, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben. Weiter muss der Gegner bestritten haben, dass sich die Urkunde in seinem unmittelbaren Besitz befindet. Es muss ein Vorlegungsantrag, der den Anforderungen des § 424 BGB entspricht (Bezeichnung der Urkunde, Bezeichnung der Tatsachen, die durch die Urkunde bewiesen werden sollen, möglichst vollständige Bezeichnung des Inhaltes der Urkunde, Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, dass die Urkunde sich in dem Besitz des Gegners befindet, Bezeichnung des Grundes, der die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergibt, wobei der Grund glaubhaft zu machen ist) gestellt worden sein. Weiter muss die Entscheidungserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit der durch die Urkunde zu beweisenden Tatsache gegeben sein und das Gericht muss davon überzeugt sein, dass es die Urkunde überhaupt gibt, weil die Vernehmung nur den Verbleib der Urkunde aufklären soll und nicht deren Existenz (RGZ 92, 225 (225)). Liegen diese Voraussetzungen vor, so ergeht ein Beweisbeschluss (§ 450 ZPO) auf Vernehmung des Gegners (bei Streitgenossen § 449 ZPO), evtl. seines gesetzlichen Vertreters (§ 455 ZPO) über den Verbleib der Urkunde. Das Gericht hat dem Gegner in der Ladung zum Vernehmungstermin aufzugeben, nach dem Verbleib der Urkunde sorgfältig zu forschen. Wenn das Gericht daraufhin zu der Überzeugung gelangt, dass sich die Urkunde im Besitz des Gegners befindet, so ordnet es die Vorlegung an. Erfolgt diese Vorlegung schließlich nicht, so gilt gemäß § 427 ZPO die durch die Urkunde zu beweisende Tatsache als erwiesen, Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 426 Rn. 1; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 426 Rn. 3.

seiner Nachforschungspflicht nicht ausreichend nachgekommen ist, muss sich wegen dieses Prozessverhaltens so behandeln lassen, als wäre der angetretene Beweis durch die Urkunde erbracht.¹⁴⁹

In dieser Vorschrift ist ein das gesamte Beweisverfahren beherrschender Grundsatz enthalten, dass derjenige, der schuldhaft die Feststellung von Tatsachen vereitelt, deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein zur Beweislast des Prozessgegners steht, die prozessualen Nachteile zu tragen hat, die sich daraus ergeben, dass entsprechend genaue Feststellungen nicht mehr möglich sind.¹⁵⁰

Zu beachten ist dabei, dass das Gericht die Unterstellungen nicht annehmen muss, sondern lediglich annehmen kann. Ebenso wie bei §§ 446, 454 ZPO sollte das Gericht auch hier eine sorgfältige Gesamtabwägung aller Umstände vornehmen.¹⁵¹

2.3. § 441 Abs. 3 ZPO

§ 441 Abs. 3 ZPO trifft eine Regelung für den Fall, dass der Beweis durch Urkunden dadurch vereitelt wird, dass sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners befinden und dieser einer sich daraus ergebenden Verpflichtung nicht nachkommt.

Nach dieser Vorschrift ist der Gegner zur Vorlegung verpflichtet, wenn sich zur Vergleichung geeignete Schriften in seinen Händen befinden. Das Gericht kann dann in dem Fall, in dem der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen, nicht nachkommt oder wenn es in dem Falle des § 426 ZPO¹⁵² zu der Überzeugung gelangt, dass der Gegner nach dem Verbleib der Urkunde nicht sorgfältig geforscht habe, die Urkunde als echt ansehen.

Bei der Schriftvergleichung handelt es sich um die Untersuchung eines handschriftlichen Erzeugnisses zur Ermittlung seiner Echtheit oder Unechtheit sowie zur Identifizierung des Schrifturhebers.¹⁵³ Sie ist bei sämtlichen Urkunden zulässig und erstreckt sich auf die Schrift und auf die Unterschrift, auf eine Unechtheit und auf eine Verfälschung.¹⁵⁴

¹⁴⁹ BAG, DB 1976, 1020 (1020).

¹⁵⁰ BGH, NJW 1978, 2154 (2156); BGH, NJW 1983, 2935 (2936); Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 14 a.

¹⁵¹ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 427 Rn. 1.

¹⁵² Vgl. Ausführungen Fn. 148.

¹⁵³ BAG, BB 1982, 117 (117); Baumbach, Zivilprozessordnung, § 441 Rn. 3.

¹⁵⁴ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 441 Rn. 3.

Schriftvergleichung ist dabei, neben allen anderen ebenfalls zulässigen Beweismitteln, der bessere Beweis für die Echtheit einer Urkunde.¹⁵⁵ Sie liefert einen Indizienbeweis. Wenn das Gericht selbst vergleicht, handelt es sich um Beweis durch Augenschein (§ 371 ZPO), andernfalls um Beweis durch (Schrift-) Sachverständigen gemäß § 402 ZPO.¹⁵⁶

Zu beachten ist aber, dass der Aussteller einer Privaturkunde nicht angehalten werden kann, zur Herstellung einer Vergleichungsschrift eigenhändig etwas zu schreiben. Dies unterfällt nicht der Zeugnispflicht (soweit Dritte betroffen sind).¹⁵⁷ Wenn aber eine Schriftprobe vom Gegner ohne hinreichenden Grund verweigert wird, so wird das Gericht dieses Verhalten nach § 446 ZPO (nicht § 444 ZPO) frei würdigen.¹⁵⁸

2.4. § 444 ZPO

§ 444 ZPO trifft eine Regelung für den Fall, dass der Urkundenbeweis dadurch vereitelt wird, dass eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt, oder zur Benutzung untauglich gemacht wird. In diesem Fall eröffnet die Vorschrift dem Gericht die Möglichkeit, den Inhalt der Urkunde als bewiesen anzusehen.

In dieser Norm kommt der jeder Beweisaufnahme zugrunde liegende beherrschende Grundsatz zum Ausdruck, dass auch das prozessuale Verhalten einer Partei Gegenstand der Beweiswürdigung sein kann.¹⁵⁹

Voraussetzung für die mit dieser Beweisvereitelung verbundenen Rechtsfolgen ist ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten.¹⁶⁰ Nach der Rechtsprechung treten die in § 444 ZPO normierten Folgen auch dann ein, analog § 444 ZPO, wenn lediglich fahrlässig der Beweis vereitelt wird, wenn für denjenigen, der einen Gegenstand vernichtet oder vernichten lässt, bereits vorher erkennbar war, dass dieser einmal Beweisfunktion haben kann.¹⁶¹ Eine Partei muss sich dabei auch das Verschulden eines Dritten anrechnen lassen, der auf ihre

¹⁵⁵ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 441 Rn. 1; skeptisch hierzu: MüKo-Schreiber, Zivilprozessordnung, § 441 Rn. 1.

¹⁵⁶ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 441 Rn. 1; BAG, BB 1982, 117 (117).

¹⁵⁷ MüKo-Schreiber, Zivilprozessordnung, § 441 Rn. 5.

¹⁵⁸ Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 58.

¹⁵⁹ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1.

¹⁶⁰ BGH, NJW-RR 1996, 1534 (1534); Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1.

¹⁶¹ BGH, NJW 1994, 1594 (1595); BGH, VersR 1975, 952 (954); Thoms/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1; Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1.

Anordnung oder mit ihrem Einverständnis tätig geworden ist, sei es während oder vor dem Prozess.¹⁶²

Eine Beweisvereitelung in diesem Sinne liegt dabei insbesondere dann vor, wenn der gemäß §§ 422, 423 ZPO zur Vorlage verpflichtete Gegner die Vorlage oder Verwendung unmöglich macht. Dabei kommt es weder auf Eigentum an der Urkunde (z. B. § 952 BGB), sachliche Verfügungsmacht, Rechtswidrigkeit oder Strafbarkeit (§§ 133, 274 StGB) an.¹⁶³ Die Norm reiht sich daher in das System der §§ 427, 441 Abs. 3 ZPO insoweit ein, als dass sie nur gilt, wenn die Partei auch bei einem Antrag nach §§ 422, 423 ZPO zur Vorlegung verpflichtet gewesen wäre.¹⁶⁴ Ihr eigener Anwendungsbereich erschließt sich aber daraus, dass § 444 ZPO einen anderen zeitlichen Rahmen betrifft als die Regelungen der §§ 427, 441 Abs. 3 ZPO. § 444 ZPO bezieht sich dabei nur auf die Zeit außerhalb des Vorlegungsverfahrens, das mit der Stellung des Antrages beginnt und mit der Vorlegung bzw. Verweigerung derselben endet. § 444 ZPO erfasst somit nur die Fälle, in denen die Urkunde vor dem Antrag bzw. nach Beendigung des Vorlegungsverfahrens vernichtet werden.¹⁶⁵

3. Zusammenfassende Würdigung

Für den Urkundenbeweis sind die Fälle der Beweisvereitelung in den §§ 422, 423, 427, 441 Abs. 3, 444 ZPO abschließend geregelt. Es ist eine umfassende tatbestandliche Erfassung beweisvereitelnden Verhaltens durch den Gesetzgeber erfolgt. Im Rahmen der Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis ist deshalb nicht erforderlich, eine Regelung ausgehend von den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen abzuleiten. Allerdings können auch hier die in den Normen der Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungen gegebenenfalls herangezogen werden, um eine Regelung für die Beweismittel zu finden, bei denen eine gesetzliche Normierung nicht erfolgt ist. Insbesondere der in § 444 ZPO zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke¹⁶⁶ kann für die anderen Beweismittel herangezogen werden.

¹⁶² RGZ 101, 198 (198); Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1.

¹⁶³ Zöller-Geimer, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 2.

¹⁶⁴ Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 72 m. w. N..

¹⁶⁵ Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 73.

¹⁶⁶ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 444 Rn. 1.

C. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis

I. Allgemeines zum Sachverständigenbeweis

Der Sachverständigenbeweis ist in den §§ 402 – 414 ZPO geregelt, wobei zu beachten ist, dass der sachverständige Zeuge (§ 414 ZPO) dem Zeugenbeweis zuzuordnen ist.¹⁶⁷ Der Sachverständige hat die Aufgabe, dem Richter fehlendes Fachwissen zur Beurteilung von Tatsachen zu vermitteln. Des Weiteren vermittelt er dem Richter die fehlende Kenntnis von abstrakten Erfahrungssätzen wie z.B. Handelsbräuchen und Börsenusancen¹⁶⁸ sowie selten auch von Rechtsnormen (§ 293 ZPO). Er stellt außerdem, soweit hierzu besondere Fachkenntnis erforderlich ist, Tatsachen fest und zieht im Wege der Wertung aus den zugrunde zu legenden Tatsachen in Anwendung seines Fachwissens konkrete Schlussfolgerungen.¹⁶⁹ Die Aussage des Sachverständigen erfolgt durch Gutachten. Dabei umfasst die Pflicht zur Erstellung des Gutachtens die Pflicht zum Erscheinen, zur Aussage und zur Beeidigung.¹⁷⁰ Auch der Dolmetscher (§§ 185 ff GVG) und der Übersetzer sind Sachverständige.¹⁷¹ Der Sachverständige ist also eine Art neutraler Richtergehilfe und unterliegt für die Art und den Umfang seiner Tätigkeit in vollem Umfang den Weisungen des Gerichts (§ 404 a ZPO).¹⁷² Dies ändert aber nichts an seiner Stellung als Beweismittel. Er ist durch jede andere beliebige Person mit entsprechendem Wissen ersetzbar. Der Sachverständige kann aus diesem Grunde auch abgelehnt werden (§ 406 ZPO).¹⁷³

Die Zuziehung eines Sachverständigen erfolgt entweder auf Beweisantrag einer Partei (§ 403 ZPO) oder aber das Gericht ordnet sie von Amts wegen an (§§ 144 Abs. 1, 273 Abs. 2 Nr. 4,

¹⁶⁷ *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 289 Rn. 530; *Schneider*, Die neuere Rechtsprechung zum zivilprozessualen Beweisrecht (II), S. 539; *Wieczorek*, Zivilprozessordnung, § 373, B I b.

¹⁶⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 837; *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 402 Rn. 1. Als weitere Erfahrungssätze, die der Sachverständige vermittelt, können angeführt werden: der Sprachgebrauch gewisser Personenkreise, die Ortsüblichkeit von Löhnen oder Provisionen, die Absatzmöglichkeit oder die Preisbildung während einer bestimmten Zeit oder an einem bestimmten Ort oder die Ertragssteigerung von Grundstücken durch Verwendung bestimmter Düngemittel etc.,

Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 837.

¹⁶⁹ BGH, VersR 1978, 229 (229), *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 837; *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 306 Rn. 305.

¹⁷⁰ BGH, NJW-RR 2001, 1431 (1432); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 844, der ausführlich erläutert, wann eine Pflicht zur Gutachtertätigkeit entsteht und welche Pflichten bei Übernahme des Auftrags entstehen; *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 292 Rn. 534.

¹⁷¹ OLG Köln, NJW 1987, 1091 (1091).

¹⁷² *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 178; *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 307 Rn. 646; *Bürger*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, S. 100.

¹⁷³ *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 177.

287 Abs. 1 Satz 2, 372 Abs. 1 ZPO). Die Zuziehung eines Sachverständigen liegt im Ermessen des Gerichts. Das Gericht muss selbst beurteilen, wieweit seine eigene Sachkunde reicht und wann es einer Unterstützung bedarf.¹⁷⁴ Das Gericht kann deshalb die Zuziehung des von der Partei beantragten Sachverständigen auch ablehnen.¹⁷⁵ In manchen Fällen ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens aber auch zwingend vorgeschrieben, vgl. z. B. § 14 Abs. 2 RVG bei Streit über die Rahmengebühr.¹⁷⁶

Wenn Gutachten aus früheren Verfahren beigezogen werden, handelt es sich nicht um Sachverständigenbeweis sondern um Urkundenbeweis. Gleiches gilt für sog. Privatgutachten, d. h. Gutachten, die eine Partei in „eigener Regie“ in Auftrag gibt. Ein solches Gutachten ist ebenfalls nur als urkundlich belegter Parteivortrag verwertbar.¹⁷⁷ Als Sachverständigenbeweis kann es aber mit Zustimmung beider Parteien verwertet werden.¹⁷⁸

II. Die gesetzlichen Regelungen

1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis auftreten kann

Eine Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis ist dann anzunehmen, wenn die nicht beweisbelastete Partei beweiserhebliche Gegenstände verändert, vernichtet oder sonst der Untersuchung durch den Sachverständigen unzugänglich macht, und dem Sachverständigen dadurch die zur Untersuchung des Falles notwendigen Gegenstände fehlen, so dass für den Prozessausgang entscheidende Fragen nicht mehr geklärt werden können. Dies wurde beispielsweise in dem bekannten „Tupfer-Fall“¹⁷⁹ angenommen, in welchem nach einer Operation ein Wattetupfer in der Wunde des Patienten zurückgeblieben war, der durch eine zweite Operation entfernt werden musste. Dieser Tupfer wurde nicht aufbewahrt, worin der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung gesehen hat, da nicht mehr festgestellt werden konnte, ob der beklagte Arzt die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Für die

¹⁷⁴ BGH, NJW 1995, 1619 (1619); BGH, NJW-RR 1997, 1108 (1108); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 840.

¹⁷⁵ *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 178; *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 313 Rn. 658.

¹⁷⁶ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, Übers. § 402 Rn. 13.

¹⁷⁷ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 402 Rn. 5.

¹⁷⁸ BGH, NJW 1993, 2382 (2383); BGH, NJW 1986, 3077 (3079); BGH, NJW-RR 1994, 255 (256); *Wax*, BGH-Rechtsprechung aktuell: Verfahrensrecht II, Entscheidungen und LM- Anmerkungen 1992-1994, S. 3211; *Bürger*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, S. 110 f.; *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 402 Rn. 5.

¹⁷⁹ BGH LM 2 zu § 282 ZPO.

Schadensersatzpflicht des behandelnden Arztes war die Größe und Art des Tumpfers entscheidend.¹⁸⁰ Ebenfalls als beweisvereitelnd im Rahmen des Sachverständigenbeweises wurde angesehen, dass aufgrund eines Verschuldens eines Skiverleihers nicht mehr die beweishebliche Feststellung getroffen werden konnte, wie die Skibindungen, die sich bei einem Skiunfall nicht geöffnet hatten, eingestellt waren.¹⁸¹ Eine Beweisvereitelung wurde auch einer Gemeinde vorgeworfen, weil sie nach Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens zum Zustand der Straßenbeschaffenheit im Bereich einer Unfallstelle den Straßenbelag ausbessern ließ, ohne den gerichtlich bestellten Sachverständigen oder den anwaltlichen Vertreter des Verletzten über die beabsichtigten Arbeiten zu unterrichten.¹⁸²

Auch eine unzureichende Aufzeichnung von Abläufen, in die die nicht beweisbelastete Partei keinen Einblick hat, die dazu führt, dass dem Sachverständigen die zur Untersuchung des Falles notwendigen Informationen fehlen, ist als Beweisvereitelung im Rahmen des Sachverständigenbeweises anzusehen. So wird beispielsweise die zu Beweisschwierigkeiten führende Unzulänglichkeit einer ärztlichen Dokumentation in Form von Operationsberichten, Narkoseprotokollen, Krankenblättern, Patientenkarteen und sonstiger Aufzeichnungen als Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis angesehen,¹⁸³ wenn beispielsweise dadurch ein Behandlungsfehler nicht bewiesen werden kann.¹⁸⁴

2. Die gesetzlichen Regelungen

Bezüglich der Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis sind keinerlei gesetzliche Normierungen erfolgt.

3. Zusammenfassende Würdigung

Da keinerlei gesetzliche Grundlagen bestehen, kann für diese Fälle nur versucht werden, ausgehend von den von der Rechtsprechung in Bezug auf die Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis ergangenen Entscheidungen, eine allgemeingültige Regelung, wann in solchen Fällen von einer Beweisvereitelung gesprochen werden kann, zu finden.

¹⁸⁰ Vgl. ebenso *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

¹⁸¹ OLG München, VersR, 1989, 489 (489 f.); *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

¹⁸² OLG Köln, VersR, 1992, 355 (355 ff.); *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

¹⁸³ JZ 1982, 448 (454).

¹⁸⁴ So *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

D. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis

I. Allgemeines zum Zeugenbeweis

Der Zeugenbeweis hat im Gesetz in den §§ 373 - 401 ZPO und zusätzlich in § 414 ZPO seinen Niederschlag gefunden. Zeugen sind solche Personen, die über ihre Wahrnehmungen „vergängerischer Tatsachen und Zustände“, d.h. im Prozess über ihre außerhalb des Prozesses erworbene Kenntnis von Tatsachen aussagen sollen.¹⁸⁵ Er teilt dem Gericht in der Vergangenheit gemachte Wahrnehmungen mit.¹⁸⁶ Der Zeuge ist unersetzlich.¹⁸⁷

Anders als der Sachverständige ist der Zeuge damit nicht austauschbar.¹⁸⁸

II. Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis

1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis auftreten kann

Beim Zeugenbeweis kann beweisvereitelndes Verhalten einer Partei auf mannigfache Weise vorliegen.

Beweisvereitelung im Rahmen des Zeugenbeweises ist zum einen anzunehmen, wenn die nicht beweisbelastete Partei dem Beweisführer die nur ihm bekannte Anschrift eines Zeugen verheimlicht.¹⁸⁹

Beweisvereitelnd ist auch anzusehen, wenn die beweisbelastete Partei den Zeugen veranlasst, sich abzusetzen.¹⁹⁰

Eine weitere wichtige Fallkonstellation, in der Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis anzunehmen ist, ist diejenige, dass der Beweisgegner den Zeugen, der beispielsweise ein

¹⁸⁵ So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 823.

¹⁸⁶ *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 300 Rn. 297.

¹⁸⁷ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, Übers. § 373 Rn. 4; *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 373 Rn. 1.

¹⁸⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 824; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 174.

¹⁸⁹ BGH, NJW 1960, 821 (821ff.); vgl. *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 12, 80.

¹⁹⁰ RG Warn 1911 Nr. 54; vgl. *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 12, 80.

Arzt¹⁹¹, ein Notar¹⁹² oder eine Bank¹⁹³ sein kann, nicht von der Verschwiegenheitspflicht (§§ 383 Abs. 1 Nr. 4, 6, 385 Abs. 2 ZPO) entbindet.¹⁹⁴

2. Die gesetzlichen Regelungen

Auch in Bezug auf die Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis ist eine gesetzliche Regelung nicht erfolgt.

3. Zusammenfassende Würdigung

Auch beim Zeugenbeweis ist notwendig, die zur Beweisvereitelung ergangene Rechtsprechung auszuwerten, um eine allgemeingültige Regelung ableiten zu können.

E. Gesetzliche Regelungen zur Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein

I. Allgemeines zum Beweis durch Augenschein

Der Beweis durch Augenschein, der in den §§ 371ff. ZPO gesetzlich normiert ist, umfasst jede unmittelbare sinnliche Wahrnehmung des Richters über die Beschaffenheit von Personen und Gegenständen oder über Vorgänge zu Beweis Zwecken.¹⁹⁵ Anders als der Wortlaut vermuten lässt, fällt darunter auch die Wahrnehmung durch andere Sinne als durch den Gesichtssinn. Umfasst ist auch der Gehör-, Geschmacks- Geruchs- und Tastsinn.¹⁹⁶ Der Beweis durch Augenschein ist insoweit ein gutes Beweismittel als er dem Gericht nicht nur subjektive Eindrücke dritter Personen, sondern die verlässliche eigene Wahrnehmung vermittelt.¹⁹⁷

Der Augenschein wird vom Gericht entweder auf Beweisantrag (§ 371 ZPO) oder von Amts wegen (§ 144 ZPO) angeordnet. Er kann vom Gericht auch beliebig dem beauftragten oder dem ersuchten Richter übertragen werden (§ 372 Abs. 2 ZPO). Da die richtige Beobachtung

¹⁹¹ RG Warn 1926 Nr. 90.

¹⁹² RG Warn 1912 Nr. 130; RG, JW 1915, 1361 (1361); OLG München, NJW-RR 1987, 1021 (1021f.).

¹⁹³ BGH, NJW 1967, 2012 (2012ff.).

¹⁹⁴ *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 12.

¹⁹⁵ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Vor. § 371 Rn. 1; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, S. 172f.; *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 296f. Rn. 291.

¹⁹⁶ *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 279 Rn. 513; *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 271 Rn. 577; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 808.

¹⁹⁷ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, Übers. § 371 Rn. 2.

des Augenscheinsobjekts häufig auch besondere technische oder sonstige Fachkenntnisse voraussetzt, kann auch die Zuziehung eines Sachverständigen erforderlich werden, was durch § 372 Abs. 1 ZPO gestattet ist.¹⁹⁸ Die beweisrechtliche Natur der Mitwirkung des Sachverständigen kann dabei unterschiedlich sein. Es kann sich, abhängig davon, welche Tätigkeit dem Sachverständigen übertragen wird, auch um eine Kombination von Augenscheins- und Sachverständigenbeweis handeln oder sogar Zeugenbeweis oder nur um einen Sachverständigenbeweis.¹⁹⁹ Außerdem besteht die Möglichkeit der Einnahme des Augenscheins durch andere Personen, sog. Augenscheinsgehilfen, im Auftrag und in Vertretung des Gerichts.²⁰⁰ Dies ist zwar gesetzlich nicht vorgesehen, allerdings ist diese Möglichkeit mittlerweile überwiegend anerkannt und lässt sich mit der erweiternden Auslegung des § 372 Abs. 1 ZPO rechtfertigen.²⁰¹ Allerdings ist eine solche Übertragung auf Ausnahmefälle zu beschränken, in denen die Einnahme durch den Richter z.B. wegen ihrer tatsächlichen Schwierigkeit oder Gefährlichkeit unzumutbar oder unangebracht ist.²⁰² Die Bekundung dieses Mittlers ist Ersatz des Augenscheins, aber nicht selbst Augenscheinsbeweis.²⁰³ Der Augenscheinsgehilfe ist über seine Wahrnehmungen dann allerdings als Zeuge zu vernehmen. Jedoch ist er kein Zeuge, da seine Vernehmung sonst vom Beweisantritt einer Partei abhinge, während seine Zuziehung im Ermessen des Richters steht; außerdem ist er anders als der Zeuge auch austauschbar.²⁰⁴

II. Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein

1. Überblick über die Formen, in denen Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein auftreten kann

Beim Beweis durch Augenschein kann eine Beweisvereitelung in verschiedenen Formen auftreten.

Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein ist zum einen dann anzunehmen, wenn die Augenscheinseinnahme nicht geduldet wird, indem es der Beweisgegner beispielsweise

¹⁹⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 809; *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 281 Rn. 516.

¹⁹⁹ *Schellhammer*, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, S. 272 Rn. 579; *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, § 371 Rn. 2.

²⁰⁰ *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 299 Rn. 295; *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 282 Rn. 517.

²⁰¹ *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 282 Rn. 517.

²⁰² *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 299 Rn. 295; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 812.

²⁰³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 812.

²⁰⁴ *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 282 Rn. 517; *Lüke*, Zivilprozessrecht, S. 299 Rn. 295.

ablehnt, dass sein Grundstück vom Gericht²⁰⁵ oder Sachverständigen²⁰⁶ betreten oder untersucht wird.²⁰⁷ Auch wenn ein Betriebsinhaber es nicht gestattet, dass das Gericht eine Besichtigung seines Produktionsverfahrens vornimmt und hierdurch dem Prozessgegner die Möglichkeit genommen wird, eine Verletzung seines Patentes durch dieses Verfahren zu beweisen, ist dies anzunehmen.²⁰⁸

Daneben ist eine Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein dann anzunehmen, wenn das Objekt des Augenscheins beseitigt, unbrauchbar oder sonst unzugänglich gemacht wird. Hiervon kann beispielsweise ausgegangen werden, wenn die vom Kläger behauptete Gefährlichkeit einer Unfallestelle nicht mehr festgestellt werden kann, weil der beklagte Verkehrssicherungspflichtige ihren Zustand verändert hat²⁰⁹ oder wenn ein Unfallwagen, dessen Reifen wahrscheinlich völlig abgefahren waren, verschrottet wird, bevor er durch die Versicherung begutachtet werden konnte.²¹⁰

2. Die gesetzlichen Regelungen

Eine gesetzliche Regelung, wann genau eine Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein vorliegt, besteht für den Regelfall nicht. Lediglich für den Ausnahmefall des § 372 a ZPO, der die Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung betrifft, ist eine gesetzliche Normierung erfolgt. Darüber hinaus wird die Beweisvereitelung in § 371 Abs. 3 ZPO erwähnt.

Zunächst soll deshalb die Regelung des § 371 Abs. 3 ZPO vorgestellt werden, bevor im Anschluss daran kurz auf § 372 a ZPO näher eingegangen werden soll.

2.1. § 371 Abs. 3 ZPO

In § 371 Abs. 3 ZPO ist geregelt, dass, wenn eine Partei die ihr zumutbare Einnahme des Augenscheins vereitelt, die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit des Gegenstandes als bewiesen angesehen werden können.

²⁰⁵ OLG Koblenz, NJW 1968, 897 (897); OLG Düsseldorf, BauR 1980, 289 (289); OLG Düsseldorf, BauR 1985, 209 (209ff.).

²⁰⁶ OLG München, NJW 1984, 807 (807f.).

²⁰⁷ *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 13.

²⁰⁸ RG, ZJP 61, 376 (376ff.); vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 1.

²⁰⁹ OLG Köln, NZV 1992, 365 (365ff.); VersR 1992, 355 (366), siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 1.

²¹⁰ BGH, VersR 1968, 58 (58ff.); siehe *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 13.

Mit dieser Regelung wurde eine Rechtsfolge statuiert für den Fall einer Vereitelungshandlung. Tatbestandlich festgeschrieben ist lediglich, dass die Einnahme des Augenscheins der „vereitelnden“ Partei zumutbar sein muss. Weitere Voraussetzungen, die an eine solche Vereitelung zu stellen sind, hat der Gesetzgeber dahingegen nicht normiert.

§ 371 Abs. 3 ZPO beinhaltet folglich lediglich eine Beweisregel für den Fall, dass die Gegenpartei des Beweisführers die ihm zumutbare Einnahme des gerichtlichen Augenscheins vereitelt.²¹¹ Zu beachten ist dabei, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen, wann eine solche Vereitelungshandlung angenommen werden kann, um diese Beweisregel als Rechtsfolge annehmen zu können, nicht normiert wurden.

2.2. § 372 a ZPO

Für den Ausnahmefall des § 372 a ZPO ist eine Regelung für die Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein getroffen worden.²¹² Nach dieser Vorschrift hat jede Person, soweit es in den Fällen der §§ 1600 c und 1600 d BGB oder in den Fällen der Abstammung erforderlich ist, Untersuchungen, insbesondere die Entnahme von Blutproben zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchung, zu dulden, soweit die Untersuchung nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft eine Aufklärung des Sachverhaltes verspricht und dem zu Untersuchenden nach der Art der Untersuchung, nach den Folgen ihres Ergebnisses für ihn oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO bezeichneten Angehörigen und ohne Nachteil für seine Gesundheit zugemutet werden kann.

Anwendung findet § 372 a ZPO nur zum Nachweis der Abstammung. Allerdings muss diese nicht selbst Streitgegenstand sein, vielmehr ist die Vorschrift auch in „anderen Fällen“ wie beispielsweise dem Unterhaltsprozess, im Erbrechtsstreit oder im Streit um das Recht zur Namensführung anwendbar.²¹³ Es ist dabei also unerheblich, ob die Abstammung selbst Streitgegenstand ist oder bloße Vorfrage.²¹⁴

Ein Eingriff i. S. d. § 372 a ZPO ist aber an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Er setzt zum einen die Erforderlichkeit voraus. Dies bedeutet, dass die Feststellung der Abstammung

²¹¹ Musielak-Huber, Zivilprozessordnung, § 371 Rn 2.

²¹² Gegen den Ausnahmecharakter: Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 92 ff.

²¹³ Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 2; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 1; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 4.

²¹⁴ Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 1.

einer Person entscheidungserheblich und beweisbedürftig sein muss.²¹⁵ Nicht erforderlich ist der Eingriff, wenn noch nicht alle Beweismöglichkeiten erschöpft sind und wenn der Beweisantritt als Ausforschung unzulässig ist.²¹⁶ § 372 a ZPO ist deshalb nur hilfsweise anwendbar, wenn sich die Abstammung nicht anderweitig ermitteln lässt.²¹⁷ Auch muss die Untersuchung Aufklärung versprechen, d. h. allgemein und konkret der Klärung der Abstammungsfrage förderlich sein können.²¹⁸ Des weiteren muss der Eingriff geeignet sein, d. h. nach den anerkannten wissenschaftlichen Methoden der Begutachtung²¹⁹ durchgeführt werden. Als Letztes muss der Eingriff auch zumutbar sein. Die Zumutbarkeit bezieht sich dabei auf die Art der Untersuchung²²⁰ und auf die möglichen Folgen des Ergebnisses für die Testperson und ihre Angehörigen i. S. d. § 383 Abs. 1 Nr. 1-3 ZPO.²²¹ Von der zu testenden Person kann allerdings ein Weigerungsrecht nach §§ 386-389 ZPO i. V. m. § 372 a Abs. 2 ZPO geltend gemacht werden. Ein Verweigerungsrecht besteht beispielsweise bei der Gefahr eines wesentlichen psychischen Schadens, etwa einer sog. Spritzenphobie.²²²

Der Vorschrift des § 372 a ZPO sind alle Personen unterworfen. Dies gilt sowohl für die Parteien oder die anderen am Rechtsstreit beteiligten Personen wie Streithelfer, Streitverkündungsgegner etc., aber auch für am Verfahren nicht beteiligte Dritte.²²³ § 372 a ZPO gilt damit für alle, die sachlich berührt sind, die also irgendwie für die Abstammung in Betracht kommen und macht insoweit eine Ausnahme vom Grundsatz, dass kein Dritter seinen Körper im Prozess anderer bereitstellen muss.²²⁴ Die Anordnung der Untersuchung nach § 372 a ZPO erfolgt dabei entweder auf Antrag einer Partei (§ 371 ZPO)

²¹⁵ NJW 1972, 2226 (2226); NJW 1973, 1419 (1419); Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 3.

²¹⁶ BGH, JZ 1951, 643 (643); Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 3.

²¹⁷ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 4.

²¹⁸ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 22.

²¹⁹ Als anerkannte wissenschaftliche Methoden der Begutachtung sind vor allem anerkannt das Blutgruppengutachten, die serostatistische Zusatzberechnung, das erbbiologisch-anthropologische Gutachten, die DNA-Analyse, die Zeugungsunfähigkeitsprüfung, das Tragzeitgutachten und die Identitätsprüfung, vgl. Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 221; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 5ff.

²²⁰ Der Art nach unzumutbar ist der Beweis nach § 372 a ZPO, wo gesundheitliche Schäden der Testperson zu befürchten sind; vgl. Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 222.

²²¹ Dem Ergebnis nach unzumutbar ist die Begutachtung, wo ihr mögliches Ergebnis gegenüber dem Streitgegenstand höherwertige Interessen des zu Untersuchenden oder seiner Angehörigen verletzen kann; vgl. Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 222.

²²² Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 15; NJW 1976, 379 (380); dahingegen ist die Verweigerung nicht schon deshalb zulässig, weil der Verweigernde ein Zeuge Jehovas ist.

²²³ Zöller-Greger, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 1; Baumbach, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 20; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 12.

²²⁴ Baumbach, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 1, 20.

oder von Amts wegen (§ 144 ZPO), jedoch nicht vor mündlicher Verhandlung (§ 358 a ZPO), da erst aufgrund der mündlichen Verhandlung die Erforderlichkeit beurteilt werden kann.²²⁵

Wenn sich die Testperson weigert, die vom Gericht angeordnete Untersuchung durchführen zu lassen, indem sie beispielsweise schon nicht zur Untersuchung erscheint, ohne dass sie ein Weigerungsrecht nach § 386 ZPO geltend machen kann, können grundsätzlich die Zwangsmittel des § 390 ZPO verhängt werden. Bei einer wiederholten Verweigerung kann unabhängig von der Verhängung und Durchsetzung von Ordnungsmitteln unmittelbarer Zwang, insbesondere die Vorführung durch den Gerichtsvollzieher angeordnet werden (§ 372 a Abs. 2 Satz 2 ZPO).²²⁶

Wenn die Testperson die Untersuchung unberechtigt verweigert und die zwangsweise Durchsetzung der Untersuchung nicht möglich ist, etwa wegen Auslandsaufenthalts oder aus gesundheitlichen Gründen der Testperson, liegt eine Beweisvereitelung vor. Als Beispiel hierfür kann angeführt werden, dass sich der Beklagte im Abstammungsprozess der Blutentnahme für ein Blutgruppengutachten entzieht.²²⁷ Die Testperson ist dann so zu behandeln, als hätte die Untersuchung keine schwerwiegenden Zweifel an der Vaterschaft nach § 1600 d Abs. 2 Satz 2 BGB erbracht.

3. Zusammenfassende Würdigung

Lediglich für den Ausnahmefall des § 372 a ZPO, der die Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung betrifft, ist eine umfassende gesetzliche Normierung der Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein erfolgt. In § 371 Abs. 3 ZPO ist, anders als beim Beweis durch Parteivernehmung und beim Urkundenbeweis keine umfassende tatbestandliche Erfassung beweisvereitelnden Verhaltens durch den Gesetzgeber erfolgt. Es ist lediglich eine Rechtsfolge im Sinne einer Beweisregelung für ein beweisvereitelndes Verhalten normiert worden, ohne aber die tatbestandlichen Voraussetzungen aufzuzeigen. Es ist deshalb auch beim Beweis durch Augenschein notwendig, ausgehend von den in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zur Beweisvereitelung, eine allgemeingültige Regelung abzuleiten, wann beim Beweis durch Augenschein von einer Beweisvereitelung ausgegangen werden kann, um die Rechtsfolge, die in § 371 Abs. 3 ZPO normiert ist, anwenden zu können.

²²⁵ *Baumbach*, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 18; *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, § 372 a Rn. 1.

²²⁶ *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, § 372a Rn. 15f.

²²⁷ BGH, NJW 1986, 2371 (2372); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 811.

F. Zusammenfassung

Für die Fälle des Beweises durch Parteieinvernahme und des Urkundenbeweises hat der Gesetzgeber eine abschließende Normierung der Beweisvereitelung vorgenommen. Dahingegen hat der Gesetzgeber keine Regelung für die Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis, beim Zeugenbeweis und keine vollständige Regelung beim Beweis durch Augenschein - vom Ausnahmefall des § 372 a ZPO abgesehen, der die Untersuchungen zur Feststellung der Vaterschaft betrifft und der Regelung des § 371 Abs. 3 ZPO, der eine Beweisregelung normiert - getroffen.

Hinsichtlich der Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis, beim Zeugenbeweis und beim Beweis durch Augenschein, bei denen eine gesetzliche Normierung nicht oder nur unzureichend erfolgt ist, ist deshalb erforderlich, die hierzu ergangene Rechtsprechung zu analysieren. Dies soll im folgenden Kapitel geschehen, wobei versucht werden soll, aus der zur Beweisvereitelung bei diesen Beweismitteln ergangenen Rechtsprechung eine allgemeingültige Regelung abzuleiten, wann von einer Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen ausgegangen werden kann. Dabei sind gegebenenfalls die in den gesetzlichen Regelungen zur Beweisvereitelung beim Beweis durch Parteieinvernahme und beim Urkundenbeweis enthaltenen gesetzlichen Wertungen zu berücksichtigen.

3. Teil: Die Beweisvereitelung in der Rechtsprechung

Im Folgenden soll nun die Rechtsprechung zur Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis, beim Zeugenbeweis und beim Beweis durch Augenschein, für die eine gesetzliche Normierung nicht bzw. nur unzureichend erfolgt ist, analysiert werden.

Da bei dem Umfang der ergangenen Entscheidungen selbstverständlich nicht jede einzelne Entscheidung zur Analyse herangezogen werden kann, beschränkt sich die folgende Analyse auf die grundlegenden und wegweisenden Entscheidungen der Rechtsprechung, die auch die Grundlage für die weiteren Entscheidungen der Rechtsprechung gebildet haben und die in den übrigen Entscheidungen ihre Wiederholung gefunden haben. Darüber hinaus werden in der Arbeit nur solche Entscheidungen herangezogen, in denen die einzelnen Merkmale des Tatbestandes der Beweisvereitelung von der Rechtsprechung erkennbar herausgearbeitet wurden. Selbstverständlich beinhaltet jede der angesprochenen Entscheidungen nicht nur ein einzelnes Tatbestandesmerkmal, sondern es könnten in jeder Entscheidung mehrere Tatbestandesmerkmale herausgearbeitet werden. Um die Übersichtlichkeit zu gewährleisten, wurde aber jede zu besprechende Entscheidung nur einem Tatbestandsmerkmal zugeordnet. Dabei wurde die Zuordnung zu dem Tatbestandsmerkmal vorgenommen, dem in dem besprochenen Urteil die größte Bedeutung zugemessen wird bzw. das in der besprochenen Entscheidung am deutlichsten herausgearbeitet wurde.

Der Tatbestand der Beweisvereitelung ist aufzuteilen in einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand. Der objektive Tatbestand setzt sich dabei wiederum aus den Positivmerkmalen des objektiven Tatbestandes, d. h. den Tatbestandsmerkmalen, die bei Vorliegen einer Beweisvereitelung erfüllt sein müssen, und den Negativmerkmalen des objektiven Tatbestandes, d. h. solchen Merkmalen, bei deren Erfüllung eine Beweisvereitelung nicht angenommen werden kann, zusammen.

Im Nachfolgenden sollen nun anhand der zur Beweisvereitelung in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen zunächst die positiven objektiven Tatbestandsmerkmale der Beweisvereitelung und danach die negativen objektiven Tatbestandsmerkmale der Beweisvereitelung herausgearbeitet werden. Anschließend sollen die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Beweisvereitelung herausgefiltert werden. Dabei soll, soweit dies möglich ist, immer eine Analyse sowohl zu den Beweismitteln des Sachverständigen-, Zeugen- und Augenscheinsbeweises, für die keine gesetzliche Normierung zur

Beweisvereitelung erfolgt ist, vorgenommen werden. Anhand dieser herausgearbeiteten Tatbestandesmerkmale soll eine allgemeingültige Regelung, wann von einer Beweisvereitelung ausgegangen werden kann, abgeleitet werden. Abschließend soll noch kurz auf die Frage eingegangen werden, wen die Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung trifft.²²⁸

A. Der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung

Zunächst soll der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung durch einige in der Rechtsprechung ergangene Entscheidungen herausgearbeitet werden.

Eine Analyse der in der Rechtsprechung zur Beweisvereitelung ergangenen Entscheidungen ergibt, dass, um in einem Rechtsstreit von einer Beweisvereitelung ausgehen zu können, sowohl bestimmte Merkmale erfüllt sein müssen (sog. Positivmerkmale), es aber auch Merkmale gibt, bei deren Eingreifen das Vorliegen einer Beweisvereitelung ausscheidet (sog. Negativmerkmale).

Die Arbeit unterscheidet in der Analyse zwischen diesen sog. Positiv- und Negativmerkmalen des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung.

I. Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung

Zunächst sollen anhand der zur Beweisvereitelung ergangenen Rechtsprechung die Elemente des objektiven Tatbestandes herausgearbeitet werden, die erfüllt sein müssen, um von einer Beweisvereitelung ausgehen zu können.

1. Unmöglichmachen oder Erschweren des Beweises

Zunächst ist fraglich, welche Auswirkungen ein beweisvereitelndes Verhalten auf die Beweisführung der Gegenpartei haben muss, um eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen annehmen zu können. Es sind dabei zwei Formen denkbar, inwieweit auf die Beweisführung eingewirkt werden kann.

1.1. Unmöglichmachen des Beweises

²²⁸ Siehe auch *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 26ff..

Als denkbare Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer Partei kommt zunächst in Betracht, dass durch dieses Verhalten dem Prozessgegner die Beweisführung unmöglich gemacht wird. Inwieweit dies bei den einzelnen Beweismitteln, bei denen eine gesetzliche Regelung hinsichtlich einer Beweisvereitelung nicht oder nur unzureichend erfolgt ist, in der Rechtsprechung als Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens anerkannt ist, soll im Nachfolgenden untersucht werden.

1.1.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst soll untersucht werden, welche Auswirkungen ein beweisvereitelndes Verhalten auf die Beweisführung des Prozessgegners durch Sachverständigenbeweis nach den von der Rechtsprechung getroffenen Entscheidungen haben muss, um von einer Beweisvereitelung ausgehen zu können. Dabei soll zunächst geklärt werden, ob als Auswirkung in Betracht kommt, dass durch das beweisvereitelnde Verhalten die Beweisführung des Prozessgegners gänzlich unmöglich gemacht wird.

1.1.1.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 19.11.1887 – Rep. I. 268/87

Bereits das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 19.11.1887²²⁹ eine Beweisvereitelung angenommen. In diesem Urteil hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem es der Klägerin nicht möglich war, zu beweisen, dass der an den Beklagten gelieferte Kohlenteer, wie sie es zugesichert hatte, wasserfrei und damit mangelfrei gewesen ist, so dass ihr der Anspruch auf volle Kaufpreiszahlung zustand. Dies war der Klägerin deshalb nicht möglich, weil der von ihr an den Beklagten gelieferte Kohlenteer nicht mehr durch einen Sachverständigen untersucht werden konnte, weil er nicht mehr bei dem Beklagten vorhanden war. Der Beklagte hatte den Kohlenteer, nachdem er ihn unter der Rüge angeblicher Mängel angenommen hatte, weiterveräußert, mit der Folge, dass Feststellungen zur Beschaffenheit der Ware nicht mehr getroffen werden konnten. Allein die Begutachtung des streitgegenständlichen Kohlenteers hätte zu einer Aufklärung führen können.

Das Reichsgericht hat in diesem Verhalten des Beklagten -Verfügung über den Kohlenteer- eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass sich die Beweislast umgekehrt hat und der Beklagte die Mangelhaftigkeit des Kohlenteers zu beweisen hatte. Derjenige, der durch sein Verhalten der beweispflichtigen Partei die Beweisführung unmöglich mache, müsse sich

²²⁹ RGZ 20, 5 (6).

dem Vorwurf der Beweisvereitelung ausgesetzt sehen, aus der nachteilige Folgen für ihn gezogen werden könnten.

1.1.1.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 05.07.1984 – 1 U 264/82

In seinem Urteil vom 05.07.1984²³⁰ hat das Oberlandesgericht Frankfurt eine Beweisvereitelung angenommen, weil die beklagte Gemeinde es vor dem Ausbau einer Straße unterlassen hatte, das ursprüngliche Geländeniveau der Straße zu vermessen und es dem Kläger dadurch nicht möglich war, zu beweisen, dass eine Niveauveränderung der Straße schadensursächlich für die bei ihm durch abfließendes Oberflächenwasser eingetretenen Überschwemmungsschäden waren.

Die beklagte Gemeinde hatte einen Ausbau einer Straße vorgenommen, nach dem es bei dem Kläger durch abfließendes Oberflächenwasser zu Überschwemmungsschäden gekommen ist, deren Ersatz er in dem von ihm angestregten Prozess von der Beklagten begehrt.

Dem Kläger war in dem von ihm geführten Prozess nicht möglich zu beweisen, dass eine beim Straßenausbau herbeigeführte Niveauveränderung des Geländes erfolgte, durch die der Schaden bei ihm verursacht wurde.²³¹ Eine solche Feststellung wäre einem hinzugezogenen Sachverständigen nur dann möglich gewesen, wenn ihm ein Vergleich des ursprünglichen Geländeniveaus mit dem dann hergestellten möglich gewesen wäre. Die Beklagte hatte aber keine Nivellements erstellen lassen.²³²

Diesbezüglich hat das Oberlandesgericht Frankfurt ausgeführt, dass die Beklagte durch die Nichterstellung der Nivellements eine Maßnahme unterlassen hat, durch die allein objektiv die Feststellung einer Niveauveränderung hätte ermittelt werden können, wodurch dem Kläger der Nachweis der von ihm behaupteten Schadensursache unmöglich gemacht wurde.

²³⁰OLG Frankfurt, MDR 1984, 946 (947).

²³¹ Der Kläger konnte deshalb einen Sachverständigenbeweis nicht führen. Der Sachverständige hätte die Nivellements auswerten müssen, um hierdurch zu dem Ergebnis zu gelangen, ob die vom Kläger geltend gemachten Schäden auf eine Niveauperänderung der Straße zurückzuführen sein können.

²³² Zwar ist die Herstellung von Nivellements im allgemeinen Stadtstraßenbau weder vorgeschrieben noch üblich. Allerdings betrifft dies lediglich die Frage, nach welchen Kriterien eine Gemeinde die von ihr erbrachten Leistungen abrechnet und ob sie sich hierzu den Messungen von Nivellements bedient. Die Pflicht der Gemeinde zur Herstellung der streitgegenständlichen Nivellements ergibt sich aber daraus, dass es die Pflicht einer jeden Gemeinde darstellt, die einzelnen Gemeindebürger vor Schäden zu bewahren und insbesondere keine unerlaubten Handlungen gegenüber den Gemeindebürgern zu begehen, vgl. ähnlich BGH, NJW 1977, 1875 (1877). Diese Pflicht ergab sich umso mehr als für die Gemeinde erkennbar war, dass eine Gelände-Niveauperänderung Schäden herbeiführen kann. Allein die Herstellung von Nivellements hätte objektiv verifizierbare Feststellungen über die in Betracht kommende Gelände-Niveauperänderung als Schadensursache ermöglicht. Diese Pflicht hat die Gemeinde verletzt, indem sie es unterlassen hat, Nivellements zu erstellen.

Diese Beweisnot könne dem Kläger nicht zugerechnet werden, da sie allein auf der Unterlassung der Maßnahme seitens der Beklagten beruht, die ausschließlich von dieser zu verantworten gewesen wäre und deren Unterlassen den Kläger in die Beweisnot gebracht habe.

Das Oberlandesgericht Frankfurt hat in dieser Unterlassung der Beklagten eine Beweisvereitelung mit der Folge einer Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten gesehen. Infolge dessen hatte die Beklagte nunmehr zu beweisen, dass eine Niveauveränderung der Straße nicht ursächlich für die bei dem Kläger eingetretenen Überschwemmungsschäden war.

1.1.1.3. Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 21.11.1991 – 7 U 52/91

In seinem Urteil vom 21.11.1991²³³ hatte das Oberlandesgericht Köln über einen Fall zu entscheiden, in dem der Klägerin nicht möglich war zu beweisen, dass Ursache ihres Sturzes und der aufgrund dieses Sturzes erlittenen Verletzungen die Schadhaftheit des Kopfsteinpflasters der Beklagten war. Dies war darauf zurückzuführen, dass die Beklagte das maßgebliche Kopfsteinpflaster im Wege von Erneuerungsarbeiten hatte entfernen lassen. Alleine die Begutachtung des Kopfsteinpflasters durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung darüber führen können, ob der Sturz der Klägerin und die hierdurch erlittenen Verletzungen auf die Schadhaftheit des Kopfsteinpflasters zurückzuführen waren.

Die Klägerin vertrat die Ansicht, dass in dieser Beseitigung des Kopfsteinpflasters eine Beweisvereitelung der Beklagten zu sehen ist, mit der Folge, dass die Beklagte in Umkehrung der Beweislast beweisen müsse, dass das Kopfsteinpflaster nicht schadhaft war. Dieser Auffassung hat sich das Oberlandesgericht Köln angeschlossen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Beklagte in Kenntnis eines laufenden Beweissicherungsverfahrens und damit Kenntnis um die Beweisbedeutung des bisherigen Straßenpflasters, den Straßenbelag entfernt hatte und hierdurch dem Sachverständigen unmöglich gemacht hat, Feststellungen über den Zustand des Straßenbelages zu treffen. Hierdurch habe die Beklagte der Klägerin die ihr obliegende Beweisführung unmöglich gemacht, da nicht nachgewiesen werden konnte, inwieweit der Schaden auf die Schadhaftheit der Pflastersteine zurückzuführen war. Der Beklagten sei deshalb eine Beweisvereitelung anzulasten.

²³³ OLG Köln, VersR 1991, 355 (356).

1.1.1.4. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.09.2001 – IX ZR 281/00

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 27.09.2001²³⁴ über einen Fall zu entscheiden, in dem die Klägerin nicht nachweisen konnte, dass ihr die für den Erwerb verschiedener Gegenstände erforderliche Zwischenfinanzierung nur deshalb nicht gewährt worden sei, weil sie die von dem Kreditinstitut angeforderten Bilanzen nicht habe vorlegen können und sie deshalb mehrere Aufträge habe stornieren müssen, wodurch ihr ein Gewinn entgangen sei.²³⁵ Der Beklagte hat der Klägerin die ihm im Rahmen seines Steuerberaterauftrages übergebenen Buchhaltungsunterlagen nicht herausgegeben. Nur mit Hilfe der Buchhaltungsunterlagen hätte die Klägerin den Beweis führen können, dass ihr der Kredit gewährt worden wäre.

In dem von ihr angestregten Prozess hat die Klägerin den ehemals für sie tätigen Steuerberater auf Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns verklagt. Die Klägerin behauptet, sie habe Aufträge über die Lieferung verschiedener Artikel stornieren müssen, weil ihr die für den Erwerb dieser Gegenstände erforderliche Zwischenfinanzierung nicht gewährt worden sei, weil sie die von dem Kreditinstitut geforderten Bilanzen nicht habe vorlegen können. Der beklagte Steuerberater hatte die von ihr in Auftrag gegebenen Bilanzen nicht erstellt und nach Kündigung des Auftrages durch die Klägerin, trotz zweier erwirkter einstweiliger Verfügungen, in denen dem Beklagten aufgegeben wurde, die ihm von der Klägerin überlassenen Buchhaltungsunterlagen herauszugeben und der Klägerin Auskunft über deren Verbleib zu erteilen, der Klägerin die Unterlagen nicht herausgegeben. Ihr war deshalb nicht möglich nachzuweisen, dass die Finanzierung und damit der Auftrag nur deshalb gescheitert ist, weil sie die von dem Kreditinstitut angeforderten Bilanzen nicht habe vorlegen können.

Der Bundesgerichtshof ist davon ausgegangen, dass in diesem Verhalten des Beklagten (Nichtvorlage der Buchhaltungsunterlagen durch den Beklagten) eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen zu sehen sei.²³⁶ Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof aus,

²³⁴ BGH, NJW 2002, 825 (827).

²³⁵ Es ging somit um den seitens der Klägerin zu führenden Beweis des Ursachenzusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden.

²³⁶ Zwar könnte man durch die Nichtvorlage der Buchhaltungsunterlagen zunächst daran denken, dass der Beklagte hierdurch den gesetzlich geregelten Urkundenbeweis vereitelt hat. Es ist allerdings davon auszugehen, dass aus der Vorlage der Buchhaltungsunterlagen allein der Beweis nicht hätte geführt werden können. Vielmehr hätte ein Sachverständiger zur Auswertung der Unterlagen herangezogen werden müssen, so dass das Urteil bei der Vereitelung des Sachverständigenbeweises abzuhandeln war.

dass, wenn dem Gegner vertragswidrig²³⁷ die zur Beweisführung benötigten Unterlagen vorenthalten werden und hierdurch dem Prozessgegner die Beweisführung unmöglich gemacht wird, dieser hieraus keine beweisrechtlichen Vorteile ziehen dürfe. Der Beklagte habe der Klägerin die Benutzung von Unterlagen, die sie ihm zur Erfüllung eigener Obliegenheiten aus dem Vertragsverhältnis überlassen hatte und auf deren Rückgabe sie einen Rechtsanspruch hatte und die sie zur Beweisführung benötigte, schuldhaft unmöglich gemacht. Dies sei darauf zurückzuführen, dass er diese Unterlagen nicht an die Klägerin herausgegeben hat. In diesem Verhalten sei eine Beweisvereitelung zu sehen.

1.1.1.5. Resumée

In den vier vorgenannten Urteilen wurde jeweils eine Beweisvereitelung des Sachverständigenbeweises angenommen.

Bereits das Reichsgericht hatte in dem von ihm zu entscheidenden Fall eine Beweisvereitelung des Sachverständigenbeweises bejaht, weil der Prozessgegner Verfügungen über die von ihm behauptete mangelhafte Ware getroffen hat, so dass es der Klägerin unmöglich war, den ihr obliegenden Beweis der Mangelfreiheit der von ihr gelieferten Ware zu führen. Die Beweisvereitelung wurde deshalb angenommen, weil der Beklagte das einzige Beweismittel durch Verfügung Beiseite geschafft und hierdurch als Beweis vernichtet hat. Durch diese „Vernichtung“ des einzigen Beweismittels war es der Klägerin nicht möglich, die Voraussetzungen des von ihr geltend gemachten Kaufpreiszahlungsanspruches, zu dem die Mangelfreiheit der von ihr gelieferten Ware gehörte, zu beweisen.

Vom Oberlandesgericht Frankfurt wurde eine Beweisvereitelung angenommen, weil die nicht beweisbelastete Gemeinde keine Nivellements hatte erstellen lassen und es hierdurch dem beweisbelasteten Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass die bei ihm eingetretenen Überschwemmungsschäden auf eine Niveauveränderung der Straße zurückzuführen waren. Aus diesem Urteil wird deutlich, dass eine Beweisvereitelung angenommen wurde, weil die beklagte Gemeinde ein Beweismittel nicht geschaffen hat, welches der Kläger zur Beweisführung benötigt hätte. Durch diese unterbliebene Herstellung des Beweismittels war

²³⁷ Nach der Kündigung des Steuerberaterauftrages wäre der Beklagte gemäß §§ 675, 667 BGB verpflichtet gewesen, die ihm von der Klägerin als Auftraggeberin überlassenen Gegenstände und Unterlagen zurückzugewähren.

es dem Kläger ebenfalls unmöglich, die Ursache des bei ihm eingetretenen Schadens zu beweisen.

Das Oberlandesgericht Köln hat eine Beweisvereitelung des Sachverständigenbeweises angenommen, weil die nicht beweisbelastete Beklagte das Kopfsteinpflaster im Rahmen von Erneuerungsarbeiten hatte entfernen lassen und hierdurch der insoweit beweisbelasteten Klägerin nicht möglich war, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu beweisen, dass die von ihr erlittenen Verletzungen aufgrund eines Sturzes auf die Schadhaftheit des Kopfsteinpflasters zurückzuführen waren. Aus dem Urteil wird ersichtlich, dass eine Beweisvereitelung angenommen wurde, weil die Beklagte das zur Beweisführung erforderliche und einzige Beweismittel vernichtet hat. Diese Vernichtung des einzigen aussagekräftigen Beweismittels machte es der Klägerin unmöglich, die Ursache des bei ihr eingetretenen Schadens zu beweisen.

Auch der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil eine Beweisvereitelung des Sachverständigenbeweises angenommen, weil der nicht beweisbelastete Beklagte die ihm überlassenen Buchhaltungsunterlagen nicht herausgegeben hat und der Klägerin hierdurch nicht möglich war durch Auswertung der Unterlagen durch einen Sachverständigen zu beweisen, dass das Kreditinstitut die Finanzierung bei Vorlage der Bilanz erteilt hätte. Aus dem Urteil wird erkennbar, dass eine Beweisvereitelung deshalb angenommen wurde, weil der Beklagte das einzige Beweismittel, welches die Klägerin zur Beweisführung benötigt hätte, nicht vorgelegt hat. Durch diese Nichtvorlage des zur Beweisführung erforderlichen Beweismittels war es der Klägerin unmöglich, die Ursächlichkeit des Verhaltens des Beklagten für den bei ihr eingetretenen Schaden (entgangener Gewinn) zu beweisen.

Bei allen vier Fällen war demnach als Auswirkung eines Verhaltens einer Partei dem Prozessgegner die Beweisführung unmöglich. Daraus kann gefolgert werden, dass eine Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis dann anzunehmen ist, wenn Auswirkung des vorwerfbaren Verhaltens einer Partei ist, dass hierdurch der anderen Partei die Beweisführung unmöglich gemacht wird.

1.1.2. Zeugenbeweis

Nunmehr soll der Frage nachgegangen werden, welche Auswirkungen eine Beweisvereitelung einer Partei auf die Beweisführung des Prozessgegners haben muss, damit von einer Beweisvereitelung des Zeugenbeweises ausgegangen werden kann.

1.1.2.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.01.1960 – VI ZR 220/58

In seinem Urteil vom 12.01.1960²³⁸ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in welchem dem Kläger nicht möglich war, zu beweisen, dass ein Verhalten des einen Beklagten ursächlich für den bei ihm eingetretenen Sachschaden war. Die Beklagten hatten sich geweigert, die nur ihnen bekannten Unfallzeugen namhaft zu machen. Allein die Aussage der Zeugen hätte zur Aufklärung führen können.

Der Kläger war mit seinem Personenwagen mit einem Straßenbahnwagen der Beklagten zusammengestoßen und hat aufgrund dessen von den Beklagten (Führer und Halter des Straßenbahnwagens) Ersatz seines Sachschadens verlangt. In dem Fall war zwar aufgrund der vorhandenen Beschilderung und der Straßenbahngleisführung davon auszugehen, dass die Straßenbahn Vorrang vor dem mit seinem Personenwagen fahrenden Kläger hatte. Der Kläger hatte allerdings behauptet, der Beklagte sei zum Ersatz seines Sachschadens verpflichtet, da er aus dem Verhalten des Straßenbahnführers, der seinen Wagen auf der streitgegenständlichen Kreuzung gehalten habe, als der Kläger bereits mit der Spitze seines Wagens auf ein Drittel in die Kreuzung eingefahren gewesen sei, den Schluss hätte ziehen können, dass dieser ein ihm selbst zustehendes Vorfahrtsrecht nicht in Anspruch nehme. Die Beklagten hatten demgegenüber behauptet, der Straßenbahnwagen habe vor und nicht auf der Kreuzung gehalten. Als der Straßenbahnführer zum Überqueren der Kreuzung angesetzt habe, sei der Kläger mit schneller Fahrt herangekommen und habe versucht, noch vor der bereits in Fahrt befindlichen Straßenbahn über die Kreuzung zu kommen, weshalb sie den Zusammenstoß nicht zu verantworten hätten und deshalb zum Ersatz des Sachschadens nicht verpflichtet seien.

Der Kläger hatte für seinen Vortrag zwei Zeugen zum Beweis angeboten, deren Namen und Anschriften nur den Beklagten bekannt waren. Die Beklagten sind aber der Aufforderung des Klägers, die beiden Zeugen zu benennen, nicht nachgekommen. In diesem Verhalten der Beklagten hat der Kläger eine Beweisvereitelung gesehen. Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen. Durch die Weigerung der Beklagten, die nur ihnen bekannten Unfallzeugen namhaft zu machen, sei dem Kläger unmöglich, seinen Vortrag zu beweisen. Das Verhalten sei deshalb als Beweisvereitelung zu werten. Diese Weigerung der Beklagten, die nur ihnen bekannten Zeugen zu benennen, rechtfertige den Schluss, dass der Führer des Straßenbahnwagens auf der Kreuzung angehalten habe und dadurch den Eindruck

²³⁸ BGH, NJW 1960, 821 (821).

erweckt habe, er wolle den Kläger vor sich passieren lassen. Die Weigerung berechtige zu dem Schluss, dass die beiden Zeugen Angaben zu Lasten der Beklagten hätten machen können und dass die Beklagten nur aus diesem Grunde die Anschriften nicht mitgeteilt hätten.

1.1.2.2. Resumée

Das vorbesprochene Urteil des Bundesgerichtshofes zeigt deutlich, dass in der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis dann angenommen wird, wenn durch das Verhalten einer Prozesspartei (hier: Weigerung, die nur ihnen bekannten Unfallzeugen namhaft zu machen) der Gegenpartei die ihr obliegende Beweisführung unmöglich gemacht wird. Als Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer Prozesspartei auf die Beweisführung der Gegenpartei durch Zeugenbeweis ist damit anzusehen, wenn durch dieses Verhalten die Beweisführung unmöglich gemacht wird.

1.1.3. Augenscheinsbeweis

Fraglich ist weiter, welche Auswirkungen ein beweisvereitelndes Verhalten einer Prozesspartei auf die Beweisführung des Prozessgegners beim Beweis durch Augenschein haben muss, damit nach der Rechtsprechung das Vorliegen einer Beweisvereitelung angenommen werden kann.

1.1.3.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.06.1976 – III ZR 81/74

In seinem Urteil vom 14.06.1976²³⁹ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem den Beklagten nicht mehr möglich war zu beweisen, wo die auf dem Grundstück der Klägerin gelegenen Öltanks, die zu einer Ölverschmutzung auf dem Grundstück geführt haben, gelegen sind, weil die Klägerin mehrere Öltanks vor der Besichtigung durch die Beklagten aus dem Erdreich hatte heben lassen. Allein die Inaugenscheinnahme der im Erdreich befindlichen Öltanks hätte zur Aufklärung führen können.

Die Klägerin hatte ein Grundstück erworben, auf dem sich eine Tankstelle mit unterirdischen Kraftstoffbehältern befand, die an die Beklagten vermietet war. Nach Beendigung des Mietvertrages lies die Klägerin die Tankstelle abreißen und beauftragte eine Firma mit der

²³⁹ BGH, BB 1977, 866 (867).

Sicherung der Behälter. Dabei stellte sich heraus, dass auf dem Tankstellengelände eine Bodenverunreinigung durch Kraftstoff vorhanden war, deren Beseitigung einen erheblichen Kostenaufwand der Klägerin verursachte. In dem Prozess begehrt die Klägerin von den Beklagten Ersatz der Aufwendungen, die sie für die Beseitigung der Ölverschmutzung auf dem Grundstück gemacht hat und noch haben wird sowie Ersatz aller weiteren Schäden. Die Klägerin hatte bereits vor der ersten Besichtigung des Grundstücks durch die Beklagten und einen Sachverständigen eine Anzahl von Tanks aus dem Erdreich heben lassen und auf dem Gelände lagern lassen, so dass nicht mehr feststellbar war, wo die einzelnen Tanks gelegen haben. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um beklagtenseits nachzuweisen, dass sie während der Mietzeit alle Maßnahmen getroffen haben, die zur Vermeidung einer Ölverschmutzung erforderlich waren und etwaige Pflichtverletzungen entweder nicht schuldhaft oder für den eingetretenen Schaden nicht ursächlich waren. Die Beklagten waren der Auffassung, dass die Klägerin ihnen hierdurch den durch sie zu führenden Beweis hinsichtlich der Lage der Tanks vereitelt habe.

Dieser Auffassung ist der Bundesgerichtshof gefolgt. Der Bundesgerichtshof führt insoweit aus, dass, soweit sich aufgrund der Beseitigung der Öltanks aus dem Erdreich vor einer Besichtigung nicht mehr feststellen lasse, wo die einzelnen Tanks gelegen haben, und deshalb den Beklagten der von ihnen zu führenden Beweis unmöglich geworden ist, eine Beweisvereitelung vorliege, die zu einer Umkehr der Beweislast führe.

1.1.3.2. Resumée

Aus vorgenanntem Urteil wird deutlich, dass eine Beweisvereitelung beim Augenscheinsbeweis angenommen wurde, weil die nicht beweisbelastete Partei das einzige Beweismittel vernichtet hat, indem sie die Öltanks aus dem Erdreich gehoben hat, so dass nicht mehr feststellbar war, wo die einzelnen Tanks gelegen haben und hierdurch der beweisbelasteten Partei (hier: der Schadensersatz begehrenden Klägerin) die Beweisführung unmöglich gemacht wurde. Der Beweis durch Augenschein kann deshalb vereitelt werden, indem dieser durch ein Verhalten des Prozessgegners unmöglich gemacht wird.

1.1.4. Zwischenergebnis

Aus vorbesprochenen Urteilen ergibt sich, dass eine Beweisvereitelung einmal angenommen wurde, weil die nicht beweisbelastete Partei das Beweismittel entgegen einer entsprechenden Verpflichtung überhaupt nicht geschaffen hat. Zum anderen wurde eine Beweisvereitelung

angenommen, weil die nicht beweisbelastete Partei das einzige Beweismittel vernichtet hat. Darüber hinaus wurde eine Beweisvereitelung deshalb angenommen, weil die nicht beweisbelastete Partei das einzige Beweismittel nicht vorgelegt bzw. nicht zugänglich gemacht hat. Als Folge dieser Verhaltensweisen war der beweisbelasteten Partei mangels anderer zur Verfügung stehender Beweismittel jeweils die Beweisführung unmöglich gemacht worden.²⁴⁰

Aus den besprochenen Urteilen wird ersichtlich, dass es hinsichtlich der Auswirkung der Beweisvereitelung -Unmöglichmachen des Beweises- keinen Unterschied macht, welcher Beweis vereitelt wird. Egal, ob der Sachverständigen-, der Zeugen- oder der Augenscheinsbeweis vereitelt wird, bei allen drei Beweismitteln ist in der Rechtsprechung als Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer Prozesspartei das Unmöglichmachen des Beweises für den Prozessgegner anerkannt.

Den vorgenannten Urteilen kann somit entnommen werden, dass eine Beweisvereitelung beim Sachverständigen-, beim Zeugen- und beim Augenscheinsbeweis dann angenommen werden kann, wenn der Beweis aufgrund des beweisvereitelnden Verhaltens endgültig nicht mehr erbracht werden kann. Eine Beweisvereitelung liegt damit vor, wenn die Beweisführung durch das beweisvereitelnde Verhalten unmöglich gemacht wird.

1.2. *Erschweren des Beweises*

Als weitere Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer Prozesspartei auf die Beweisführung des Prozessgegners ist denkbar, dass dem Prozessgegner durch dieses Verhalten die Beweisführung zwar nicht gänzlich unmöglich gemacht, jedoch erheblich erschwert wird. Inwieweit dies in der Rechtsprechung bei den einzelnen Beweismitteln als mögliche Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens anerkannt ist, soll im Nachfolgenden anhand einzelner in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen untersucht werden.

1.2.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst soll anhand der Betrachtung einer in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidung untersucht werden, inwieweit als Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer

²⁴⁰ Siehe auch *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 26.

Partei, das Erschweren der Beweisführung durch Sachverständigenbeweis des Prozessgegners in Betracht kommt.

1.2.1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 10.01.1984 – VI ZR 122/82

In seinem Urteil vom 10.01.1984²⁴¹ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nur erschwert möglich war, zu beweisen, dass dem Beklagten, der die Geburt des Klägers überwacht hatte, ein Behandlungsfehler unterlaufen ist. Der Beklagte hatten den Geburtsvorgang nur lückenhaft dokumentiert. Nur die Auswertung einer lückelosen Dokumentation durch einen Sachverständigen hätte zur problemlosen Aufklärung führen können.

Der Kläger hatte bei der Geburt einen Hirnschaden mit schwerster körperlicher und geistiger Behinderung erlitten, für den er den Beklagten verantwortlich gemacht hat. Der Kläger war der Ansicht, der Beklagte habe eine Vaginalentbindung anstelle der aufgrund der Beckenendlage nach seiner Ansicht angezeigten Kaiserschnittentbindung vorgenommen, worin ein Behandlungsfehler zu sehen sei. Darüber hinaus seien dem Beklagten bei der Durchführung der vaginalen Entbindung Behandlungsfehler unterlaufen.

Diese Behandlungsfehler nachzuweisen war dem Kläger nur erschwert möglich, weil der Beklagte den Geburtsvorgang nur lückenhaft dokumentiert hat.²⁴² In dieser lückenhaften Dokumentation hat der Kläger eine Beweisvereitelung des Beklagten mit der Folge von Beweiserleichterungen für die von ihm behaupteten ärztlichen Behandlungsfehler gesehen. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen.

Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass die unzulängliche ärztliche Dokumentation, die dem Kläger den Nachweis eines Behandlungsfehlers durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, in dem die ärztliche Dokumentation ausgewertet und bewertet wird, erschwert, eine Beweisvereitelung darstellt, mit den einer Beweisvereitelung

²⁴¹ BGH, NJW 1984, 1408 (1408f.).

²⁴² Die Dokumentation enthielt in dem Streitgegenständlichen Fall keine Angaben über die Art und Weise, in der der Beklagte in der letzten Geburtsphase den Kläger aus der vorhandenen Beckenendlage „entwickelt“ hat. Aus der Dokumentation war nicht erkennbar, wie der Beklagte tatsächlich vorgegangen ist.

immanenten Folgen.²⁴³

1.2.1.2. Resumée

In dem vorgenannten Urteil hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung angenommen weil aufgrund eines Verhaltens einer Partei (hier: unzureichende ärztliche Dokumentation) dem Prozessgegner die Beweisführung erschwert wurde. Diese unzureichende ärztliche Dokumentation des Geschehensvorgangs hat zwar nicht dazu geführt, dass dem Kläger der Nachweis eines Behandlungsfehlers überhaupt nicht mehr möglich war. Durch die unzureichende ärztliche Dokumentation wurde dem Kläger die diesbezügliche Beweisführung aber erheblich erschwert. Seitens des Klägers mussten erheblich größere Anstrengungen unternommen werden, einen Behandlungsfehler nachzuweisen, als dies der Fall gewesen wäre, wenn der Beklagte den Geburtsvorgang lückenlos dokumentiert hätte. Es wäre dann einfach auswertbares Material vorhanden gewesen, um durch ein Sachverständigengutachten das Vorliegen eines Behandlungsfehlers zu klären. Die Frage ob dem Beklagten ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, war aufgrund der unzureichenden ärztlichen Dokumentation abschließend nur mit Zeugeneinvernahmen der bei der Geburt anwesenden Schwestern und Parteieinvernahme des Beklagten, etc. zu klären. Dieses Erschwernis in der Beweisführung hat der Bundesgerichtshof ausreichen lassen, um eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen zu bejahen.

1.2.2. Zeugenbeweis

Im Nachfolgenden soll untersucht werden, inwieweit in der Rechtsprechung ein Erschweren des Beweises auch beim Zeugenbeweis als Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer Partei in Betracht kommt.

1.2.2.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19.09.1979 – 17 U 159/75

²⁴³ Der BGH hat in seinem o. g. Urteil weiter ausgeführt, dass es dem beklagten Arzt, der seiner Dokumentationspflicht nicht vollständig nachgekommen sei, was für den Patienten Schwierigkeiten bei der Aufklärung des Sachverhaltes mit sich gebracht habe, unbenommen sein müsse, die fehlenden schriftlichen Angaben nachträglich zu ergänzen. Wenn dem Arzt dies gelänge und er hierdurch seinen Vortrag zu beweisen vermöge, stelle ein etwaiger Dokumentationsmangel kein Aufklärungshindernis mehr dar, so dass eine Beweisvereitelung mit den oben ausgeführten Folgen nicht in Betracht komme. Dies war vom Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen wurde, noch aufzuklären.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte in seinem Urteil vom 19.09.1979²⁴⁴ über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Beklagten nur erschwert möglich war, zu beweisen, dass er den Kläger hinsichtlich der bei diesem durchgeführten Strahlenbehandlung seiner Dickdarmpolypose ordnungsgemäß aufgeklärt hat. Der Kläger hat die seitens des Beklagten zum Beweis hierfür angebotenen Zeugen (Medizinalpersonen, die der Beklagte als Hilfskräfte eingesetzt hatte) viele Jahre lang nicht von ihrer Schweigepflicht entbunden, so dass sich die Zeugen aufgrund Zeitablaufs nicht mehr genau an den Inhalt des Beratungsgesprächs erinnern konnten. Nur durch die sofortige Befreiung der Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht wäre dem Beklagten die Beweisführung über die ordnungsgemäße Aufklärung des Klägers unschwer möglich gewesen.

In diesem Verhalten des Klägers (verspätete Entbindung der Zeugen von deren Verschwiegenheitspflicht) hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main eine Beweisvereitelung gesehen, die beweisrechtlich zu Lasten des Klägers gewürdigt wurde. Wer dem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung durch zu späte Erteilung der Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nicht unerheblich erschwert, missbrauche die ihm zum Schutz seiner Persönlichkeitssphäre geschaffene ärztliche Schweigepflicht zur Durchsetzung seiner Prozessziele, mit dem Ziel, seinen Prozessgegner in Beweisnot zu bringen. Er vereitele dem Prozessgegner den Beweis, woraus nachteilige Folgen für diesen gezogen werden müssten.

1.2.2.2. Resumée

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat in vorgenanntem Fall als Auswirkung eines beweisvereitelnden Handelns (hier: verspätete Befreiung der vom Prozessgegner zum Beweis angebotenen Zeugen) ausreichen lassen, dass durch dieses Verhalten die Beweisführung des Prozessgegners erschwert wurde. Dadurch, dass der Kläger die Zeugen noch von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat, war die Beweisführung nicht gänzlich unmöglich. Sie wurde aber aufgrund der verspäteten Befreiung und des aufgrund Zeitablaufs verblassten Erinnerungsvermögens der Zeugen erheblich erschwert. Ein solches Verhalten, welches zur Erschwerung der Beweisführung durch Zeugenbeweis führt, wird, wie vorgenannte Entscheidung zeigt, für das Vorliegen des Tatbestandes der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung als ausreichend erachtet.

²⁴⁴ OLG Frankfurt, VersR 1981, 42 (43).

1.2.3. Augenscheinsbeweis

Als Letztes gilt noch zu untersuchen, ob in der Rechtsprechung als Auswirkung eines beweisvereitelnden Verhaltens einer Partei auch beim Augenscheinsbeweis eine hierdurch verursachte Erschwerung der Beweisführung für den Prozessgegner in Betracht kommt. Hierzu soll erneut ein von der Rechtsprechung zur Beweisvereitelung ergangenes Urteil untersucht werden.

1.2.3.1. Entscheidung des Landgerichts Stade vom 23.10.1979 – 1 S 45/79

In seinem Urteil vom 23.10.1979²⁴⁵ hatte das Landgericht Stade über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Beklagten nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden konnte, dass ihn ein Verschulden an einem Verkehrsunfall mit dem Kläger trifft, weil der Beklagte sein am Unfall beteiligtes Kraftfahrzeug vom Unfallort weggefahren und in einer anderen Position abgestellt hat. Hierdurch war eine Feststellung der für den Unfallhergang maßgeblichen Fahrspuren nur erschwert möglich. Nur die Inaugenscheinnahme der Unfallfahrzeuge in der Position, in der sie sich direkt nach dem Unfall befunden haben, hätte eine problemlose Aufklärung liefern können.

In diesem Verhalten des Beklagten hat das Landgericht Stade eine Beweisvereitelung gesehen, der Beklagte müsse sich deshalb in Umkehr der Beweislast exkulpieren.

Wenn jemand Beweismittel beiseite schaffe, indem er ein an einem Unfall beteiligtes Kfz wegfährt und in einer Position abstellt, die eine objektive Feststellung der für den Unfallhergang maßgeblichen Fahrspuren erschwert, müsse er sich dem Vorwurf der Beweisvereitelung ausgesetzt sehen. Dies sei dann der Fall, wenn dadurch dem Prozessgegner die Beweisführung erheblich erschwert wird, weil er auf andere Beweismittel zurückgreifen muss und nur unter erheblich größeren Anstrengungen den Unfallhergang rekonstruieren kann, um ein Verschulden des Beklagten nachzuweisen.

1.2.3.2. Entscheidung des Landgerichts Hechingen vom 24.07.1985 – 2 S 127/84

Das Landgericht Hechingen hatte in seinem Urteil vom 24.07.1985²⁴⁶ über einen Fall zu entscheiden, in dem seitens des Beklagten der Nachweis, der Unfall mit dem Kläger sei für

²⁴⁵ LG Stade, VersR 80, 100 (100).

²⁴⁶ LG Hechingen, VersR 1987, 319 (319).

ihn unabwendbar gewesen, nur erschwert geführt werden konnte, weil er die Fahrspuren aufgrund eines unerlaubten Entfernens des Klägers vom Unfallort erst mit einiger Verzögerung sichern konnte.²⁴⁷

Nach einem Zusammenstoß des Fahrzeuges des Beklagten mit dem Fahrzeug des Klägers hatte sich der Kläger unerlaubt vom Unfallort entfernt. Er war mit seinem Fahrzeug weitergefahren und hatte dann ca. 150 m vom Unfallort entfernt angehalten. Der Beklagte konnte deshalb nicht gleich mit der Sicherung der vorhandenen Fahrspuren beginnen, weil er sich zum Kläger begeben hat, um diesen zur Rückkehr zur Unfallstelle zu bewegen. Er musste dann allerdings unverrichteter Dinge wieder an den Unfallort zurückkehren, weil der Kläger, als er das Herannahen des Beklagten bemerkte, endgültig weiterfuhr. Erst danach konnte der Beklagte die Fahrspuren sichern. Bevor Bilder von der Unfallstelle gemacht werden konnten, regnete es, weshalb die Farbe, mit der der Beklagte die Fahrspuren nachgezeichnet hatte, weggespült wurde. Die Witterungsverhältnisse hatten es darüber hinaus nicht mehr erlaubt, Fotos mit der gebotenen Schärfe und Klarheit zu fertigen. Aufgrund dieser vom Kläger infolge seines Entfernens vom Unfallort verursachten Verzögerung in der Sicherung der Fahrspuren war es nur erschwert möglich, den Unfallhergang zu rekonstruieren.²⁴⁸

Das Landgericht Hechingen vertrat die Auffassung, durch dieses Verhalten des Klägers (hier: unerlaubtes Entfernen vom Unfallort) sei der Beweis vereitelt worden. Der Beklagte sei so zu stellen, als ob er den Nachweis der Unabwendbarkeit des Unfalles geführt hätte. Der Beklagte habe nur deshalb mit der Sicherung von Spuren und Beweisen zugewartet, weil der Kläger nicht sofort an der Unfallstelle angehalten hat, sondern ein Stück weitergefahren sei. Der Kläger habe dadurch die Beweissicherung des Beklagten, die zur unproblematischen Führung eines Augenscheinsbeweises zum Unfallhergang erforderlich gewesen wäre, nicht unerheblich erschwert.

²⁴⁷ Bis zum 1. August 2002 war die Ersatzpflicht gemäß § 7 Abs. 2 StVG a. F. ausgeschlossen, wenn ein „unabwendbares Ereignis“ vorlag. Zum 1. August 2002 ist der Begriff „höhere Gewalt“, § 7 Abs. 2 StVG n. F. an die Stelle des früher verwendeten Begriffes „unabwendbares Ereignis“ getreten.

²⁴⁸ Die Zuordnung zum Augenscheinsbeweis hatte deshalb zu erfolgen, weil zunächst Bilder zur Inaugenscheinnahme vorgelegt werden konnten, die zur Rekonstruktion des Unfallherganges gedient hätten. Zwar ist davon auszugehen, dass sich, wie bei den meisten Verkehrsunfällen, ein Sachverständigengutachten zur Rekonstruktion des Unfallherganges angeschlossen hätte. Auch der Sachverständige hätte allerdings Bildmaterial zur einfachen Auswertung benötigt, um den Unfallhergang rekonstruieren zu können. Da deshalb die Inaugenscheinnahme des Bildmaterials an erster Stelle steht, wurde der streitgegenständliche Fall dem Augenscheinsbeweis zugeordnet.

1.2.3.3. Resumée

Als Auswirkung des beweisvereitelnden Verhaltens des Beklagten (hier: Wegfahren eines am Unfall beteiligten KfZ) hat das Landgericht Stade ausreichen lassen, dass dem Prozessgegner die Beweisführung hierdurch erschwert wurde. Aufgrund des Verhaltens des Beklagten war dem Prozessgegner die Beweisführung nicht gänzlich unmöglich. Seitens des Klägers bedurfte es aber erheblich größerer Anstrengungen, um den Unfallhergang zu rekonstruieren, als dies durch den Beweis durch Augenschein²⁴⁹ möglich gewesen wäre. Diese nicht unerhebliche Erschwerung der Beweisführung hat das Landgericht Stade als Auswirkung des beweisvereitelnden Handelns des Beklagten ausreichen lassen, um schließlich im Ergebnis eine Beweisvereitelung zu bejahen.

Das Landgericht Hechingen hat in vorgenanntem Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil aufgrund eines Verhaltens einer Partei (hier: unerlaubtes Entfernen vom Unfallort) dem Prozessgegner die Beweisführung erschwert wurde. Das unerlaubte Entfernen des Klägers vom Unfallort hat zwar nicht dazu geführt, dass dem Beklagten der Nachweis der Unabwendbarkeit des Unfalles überhaupt nicht mehr möglich war. Durch sein Verhalten hat der Kläger dem Beklagten die diesbezügliche Beweisführung aber erheblich erschwert. Seitens des Beklagten mussten erheblich größere Anstrengungen unternommen werden, den Unfallhergang zu rekonstruieren und die Unabwendbarkeit des Unfalles für ihn nachzuweisen, als dies der Fall gewesen wäre, wenn der Beklagte die Beweissicherung unmittelbar nach dem Unfall hätte vornehmen können. Es wäre dann einfach auswertbares Bildmaterial vorhanden gewesen, um durch Inaugenscheinnahme den Unfallhergang zu rekonstruieren. Diese Rekonstruktion war aufgrund des Verhaltens des Klägers nur mit Zeugeneinvernahmen, etc. möglich. Dieses Erschwernis in der Beweisführung hat das Landgericht ausreichen lassen, um eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen zu bejahen.

1.2.4. Zwischenergebnis

In den soeben aufgezeigten Urteilen wurde eine Beweisvereitelung angenommen, weil die beweispflichtige Partei nach der vereitelnden Handlung des Prozessgegners größere Anstrengungen unternehmen musste als vor der Vereitelung, um ihr günstige Tatsachen zu

²⁴⁹ Es hätten auch Bilder von der Unfallsituation gefertigt werden können, die sodann hätten in Augenschein genommen werden können.

beweisen. Der Beweis wurde in diesem Fall also nicht gänzlich unmöglich gemacht, sondern lediglich erschwert.²⁵⁰ Aus den Urteilen kann somit der Schluss gezogen werden, dass eine Beweisvereitelung auch dann anzunehmen ist, wenn die Beweisführung einer Partei durch ein beweisvereitelndes Verhalten der Gegenpartei zwar nicht unmöglich gemacht, aber erschwert wird. In der Rechtsprechung wird dabei kein Unterschied gemacht, ob der Sachverständigen-, der Zeugenbeweis oder der Beweis durch Augenschein vereitelt wird.

1.3. Ergebnis

Aus den vorbesprochenen Urteilen ergibt sich, dass sowohl das Unmöglichmachen als auch die Erschwerung der Beweisführung dazu führt, dass die beweisbelastete Partei ohne eine entsprechende Reaktion von Seiten des Gerichts den Rechtsstreit aufgrund des vereitelnden Tuns oder Unterlassens des Prozessgegners verliert. Nicht nur das Unmöglichmachen der Beweisführung, sondern auch das Erschweren der Beweisführung kann letztendlich dazu führen, dass die beweisbelastete Partei ohne Beweis ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der beweisbelasteten Partei die Beibringung des faktisch noch möglichen Beweismittels unzumutbar ist.²⁵¹ Unerheblich ist dabei, ob der Sachverständigen-, der Zeugenbeweis oder der Beweis durch Augenschein vereitelt wird.

Eine Beweisvereitelung liegt deshalb bei allen drei Beweismitteln sowohl vor, wenn die Beweisführung durch ein beweisvereitelndes Verhalten der Gegenpartei unmöglich gemacht wird, als auch wenn die Beweisführung hierdurch lediglich erschwert wird.

2. Begehungsformen der Beweisvereitelung

Im Nachfolgenden soll untersucht werden, durch welche Handlungsweisen einer Partei der Tatbestand einer Beweisvereitelung erfüllt werden kann. Als denkbare Begehungsformen einer Beweisvereitelung kommen dabei sowohl ein positives Tun als auch ein Unterlassen in Betracht.

2.1. Beweisvereitelung durch ein positives Tun

Zunächst soll untersucht werden, inwieweit ein positives Tun in der Rechtsprechung bei den Beweismitteln des Sachverständigenbeweises, des Zeugenbeweises und des Beweises durch

²⁵⁰ Siehe auch *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 26.

²⁵¹ Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 106f..

Augenschein, bei denen eine gesetzliche Regelung zur Beweisvereitelung nicht oder nur unzureichend erfolgt ist, als Begehungsform der Beweisvereitelung in Betracht kommt.

2.1.1. Sachverständigenbeweis

Anhand eines in der Rechtsprechung ergangenen Urteils soll zunächst geprüft werden, inwieweit eine Beweisvereitelung angenommen werden kann, wenn eine Partei durch positives Tun auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis einwirkt.

2.1.1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21.06.2000 – IV ZR 157/99

In seinem Urteil vom 21.06.2000²⁵² hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es der Klägerin nicht möglich war zu beweisen, dass zwischen ihrem verstorbenen Ehemann und der Beklagten ein Versicherungsvertrag zustande gekommen ist. Die Beklagte hatte das Original des Versicherungsantrages des verstorbenen Ehemannes der Klägerin nach Mikroverfilmung vernichtet. Nur das Original des Versicherungsantrages hätte mittels Erstellung eines Schriftvergleichs durch einen Sachverständigen zur Aufklärung darüber führen können, ob die Unterschrift auf dem Versicherungsvertrag echt war.

In dem streitgegenständlichen Verfahren begehrte die klagende Witwe von der Beklagten Zahlung aus einer Unfallversicherung ihres verstorbenen Mannes. In dem Verfahren war streitig, ob zwischen dem verstorbenen Ehemann der Klägerin und der beklagten Versicherung überhaupt ein Versicherungsvertrag zustande gekommen ist. Streitig war insbesondere, ob die Unterschrift auf dem Versicherungsantrag von dem verstorbenen Ehemann der Klägerin persönlich geleistet wurde und damit der Versicherungsantrag vom verstorbenen Ehemann noch vor dem von ihm erlittenen Unfall unterschrieben wurde.

Diese ihr obliegende Beweisführung, dass die Unterschrift ihres verstorbenen Ehemannes auf dem Versicherungsantrag echt ist, war der Klägerin nicht möglich. Die Beklagte hatte das Original des Versicherungsantrages nach der erfolgten Mikroverfilmung vernichtet. Der Sachverständige konnte anhand der Mikroverfilmung des Versicherungsantrages nicht verlässlich feststellen, ob die Unterschrift auf dem Versicherungsantrag echt oder gefälscht ist, da nach Ansicht des gerichtlichen Sachverständigen ausschließlich das Original eines Schriftstückes eine verlässliche Grundlage für einen Schriftvergleich bietet und somit im zu

²⁵² BGH, NJW-RR 2000, 1471 (1472).

entscheidenden Fall die Urheberschaft der Unterschrift nicht entscheidbar war, weil die Originalunterschrift fehlte. Die vorhandene kopierte Mikrofilm-Rückvergrößerung war darüber hinaus von schlechter Qualität, so dass auch deshalb eine verlässliche Grundlage für einen Schriftvergleich fehlte.

In dieser Vernichtung des Originals des Versicherungsantrages hat die Klägerin eine Beweisvereitelung gesehen. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen und ausgeführt, dass diese Vernichtung der Originalurkunde eine Beweisvereitelung darstellen könne, weil hierdurch der beweisbelasteten Klägerin unmöglich geworden sei zu beweisen, dass die Unterschrift echt sei. Der Versicherer dürfe sich deshalb nicht auf Beweisschwierigkeiten berufen, die aus dem Fehlen des Originals herrühren.²⁵³

2.1.1.2. Resumée

In vorgenanntem Urteil hat der Bundesgerichtshof ein beweisvereitelndes Verhalten bejaht, weil der Prozessgegner das Original des Versicherungsantrages vernichtet hatte und so der Klägerin unmöglich war den ihr obliegenden Beweis der Echtheit der Unterschrift auf dem Versicherungsantrag durch Einholung eines Schriftvergleichs durch einen Sachverständigen zu führen. Der Bundesgerichtshof hat demnach ein beweisvereitelndes Verhalten beim Sachverständigenbeweis angenommen, weil der Prozessgegner durch aktive Einwirkung auf ein vorhandenes oder zumindest potentielleres Beweismittel (hier: Vernichtung des Originals des Versicherungsantrages) eingewirkt hat, wodurch die Beweisführung durch Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht wurde.

Als Begehungsform zur Erfüllung des Tatbestandes der Beweisvereitelung ist beim Sachverständigenbeweis folglich ein positives Tun möglich.

2.1.2. Zeugenbeweis

²⁵³ Der BGH hat in dem vorgenannten Fall letztlich offen gelassen, ob eine Beweisvereitelung vorlag. Es war nicht endgültig geklärt, ob ein Pflichtenverstoß, der ebenfalls Voraussetzung einer Beweisvereitelung ist, vorlag. Im Ergebnis kam es darauf aber nicht an. Der BGH führt diesbezüglich aus, dass der Versicherer sich nicht die durch die Vernichtung entstandene Unmöglichkeit des Beweises für die Echtheit der Unterschrift des Versicherungsnehmers zu Nutze machen dürfe. Es stelle vielmehr ein widersprüchliches Verhalten dar (§ 242 BGB), wenn der Versicherer die durch dieses Verfahren erzeugten Beweismachteile auf den Versicherungsnehmer abwälzen würde. Der Versicherer dürfe sich deshalb auf Beweisschwierigkeiten, die aus dem Fehlen des Originals herrühren, nicht berufen. Vielmehr sei der Versicherungsnehmer, wenn dem Versicherer der Beweis der Fälschung nicht gelingt, so zu stellen, als sei ihm der Beweis der Echtheit gelungen.

Fraglich ist, ob in der Rechtsprechung als Begehungsform der Beweisvereitelung auch bei einer Beweisführung durch Zeugenbeweis, auf die durch ein Verhalten des Prozessgegners eingewirkt wird, ein positives Tun in Betracht kommt. Dies soll anhand der nachfolgenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden untersucht werden.

2.1.2.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 13.01.1999-18 U 2050/97

In seinem Urteil vom 13.01.1999²⁵⁴ hatte das Oberlandesgericht Dresden über einen Fall zu entscheiden, in dem die Kläger beweisen mussten, dass der Aufsichtsrat der Beklagten einem Vergleich zugestimmt hätte. Diese Beweisführung durch Einvernahme der insoweit einzigen unmittelbaren Zeugen, den Aufsichtsratsmitgliedern, war der Klägerin nicht möglich, weil die Beklagte die Zeugen durch Erteilung unrichtiger und unvollständiger Informationen über den tatsächlichen und wirtschaftlichen Hintergrund des Beweisthemas beeinflusst hat, so dass diese eine unbeeinflusste Aussage nicht mehr treffen konnten.

Die Kläger hatten mit der Beklagten einen Vertrag über die Erbringung von Architekten- und Ingenieurleistungen für die Errichtung von Wohn- und Gewerbebauten mit Tiefgarage und Parkhaus geschlossen. Dieser Vertrag wurde seitens der Beklagten gekündigt. Daraufhin wurde zwischen den Parteien ein außergerichtlicher Vergleich zur Abgeltung sämtlicher wechselseitiger Ansprüche geschlossen, in dem unter anderem geregelt war, dass der Vergleich unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Aufsichtsrates der Beklagten steht. Die Beklagte sollte diese Zustimmung mittels Beschluss beibringen und den Klägern zur Kenntnis geben. Die Kläger beehrten mit der Klage Bezahlung des Vergleichsbetrages. Die Beklagten haben das Zustandkommen des Vergleiches unter anderem aufgrund der fehlenden Zustimmung des Aufsichtsrates zu dem Vergleich bestritten. Die Zustimmung der Aufsichtsratsmitglieder wurde seitens der Beklagten nicht beigebracht, so dass die Kläger zur Begründung ihres Anspruches beweisen mussten, dass die Beklagte eine zustimmende Entscheidung des Aufsichtsrates treuwidrig verhindert hat. Um dies zu begründen, mussten die Kläger beweisen, dass der Aufsichtsrat dem Vergleich zugestimmt hätte, wenn er bei zutreffender Unterrichtung über den Sachverhalt über den Vergleich zu entscheiden gehabt hätte.

²⁵⁴ OLG-NL 2001, 97 (101f.).

Zum Beweis für diese Tatsache wurden die Aufsichtsratsmitglieder als Zeugen vernommen. Es stellte sich heraus, dass die Beklagte die Aufsichtsratsmitglieder und einzigen unmittelbaren Beweismittel der Kläger durch gezielte Handlungen untauglich gemacht hatte, indem sie die Zeugen in zwei Aufsichtsratssitzungen über den Sachverhalt unrichtig unterrichtet hat und ihre Entscheidungsfreiheit so nachhaltig beeinflusst hat, dass die Zeugen nicht mehr fähig waren, eine ordnungsgemäße Entscheidung über ihre Zustimmung zum Vergleich zu treffen. Die Beklagte hatte die Zeugen über den Gegenstand der Beweisaufnahme und der Rechtsauffassung der Beklagten unterrichtet. Dabei wurden die Aufsichtsratsmitglieder unzutreffend über die Gründe der Vertragsbeendigung und über den Inhalt des dem Vergleich zugrunde liegenden Anspruches der Kläger unterrichtet.²⁵⁵

Durch diese Zeugenbeeinflussung seitens der Beklagten, war es den Klägern nicht möglich zu beweisen, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Zustimmung zu dem Vergleich bei ordnungsgemäßer Unterrichtung über den Sachverhalt erteilt hätten. Die Zeugen konnten infolge der Beeinflussung durch die Beklagte keine eigene, sämtliche Umstände berücksichtigende Entscheidung hinsichtlich der Zustimmung zum streitgegenständlichen Vergleich treffen.

In diesem Verhalten der Beklagten hat das Oberlandesgericht Dresden eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge einer Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten.

2.1.2.2. Resumée

Das Oberlandesgericht Dresden hat in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil den Klägern die Beweisführung durch Zeugenbeweis unmöglich gemacht wurde, indem die Beklagte die Zeugen vor der Beweisaufnahme nachhaltig beeinflusst hat. Eine Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis ist nach vorgenanntem Urteil dann anzunehmen, wenn eine Partei vor der Beweisaufnahme Zeugen durch Erteilung unrichtiger und unvollständiger Informationen über den tatsächlichen und wirtschaftlichen Hintergrund eines Beweisthemas beeinflusst. Der Beweisvereitelung liegt demnach ein aktives Tun (hier: Beeinflussung der Zeugen durch unrichtige Informationen) zugrunde. Der Tatbestand der

²⁵⁵ Die Beklagte nannte den Aufsichtsratsmitgliedern als einzigen Grund der Vertragsbeendigung eine angebliche Überschreitung vertraglich nicht zugesicherter Kosten. Sie wies darauf hin, dass dem Vergleich bis zu einer plausiblen Erläuterung der Kosten nicht zugestimmt werden könne. Tatsächlich war der Vertrag aber nicht wegen einer bestimmten Entwicklung der Baukosten, sondern mit dem Grund gekündigt worden, dass die Kläger in ihrer Person keine architektonischen Eigenschaften besitzen, und sie den Vertrag nicht auf den Investor übertragen könne.

Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis kann somit ebenfalls durch aktives Tun des Prozessgegners erfüllt werden.

2.1.3. Augenscheinsbeweis

Als Letztes gilt noch zu klären, ob auch beim Augenscheinsbeweis ein positives Tun des Prozessgegners, durch das die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert wird, als Begehungsform einer Beweisvereitelung in Betracht kommt.

2.1.3.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 03.01.1921 – IV 469/20

In seinem Urteil vom 03.01.1921²⁵⁶ hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass ihm ein Vermächtnisanspruch gegenüber der Beklagten zusteht, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten das nach einem Ehe- und Erbvertrag errichtete eigenhändige Testament kurz vor dem Tod des Verstorbenen heimlich verbrannt hatte. Hierdurch konnte der Kläger nicht beweisen, dass das nachträglich verfasste Testament den gesetzlichen Formvorschriften entsprach. Dieser Beweis hätte lediglich durch Inaugenscheinnahme des Testaments geführt werden können.²⁵⁷

Das Reichsgericht hat in dieser Vernichtung des Beweismittels durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Beweisvereitelung der Beklagten²⁵⁸ gesehen, mit der Folge, dass der Vortrag des Klägers als erwiesen zu erachten war, da der Beklagten der insoweit zu führende Gegenbeweis nicht gelungen ist.

2.1.3.2. Resumée

Das Reichsgericht hat in vorbesprochenem Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Testament heimlich verbrannt hatte und hierdurch

²⁵⁶ RGZ 101, 197 (198).

²⁵⁷ Neben dem Augenscheinsbeweis, der zum Nachweis der Einhaltung der Formvorschriften erforderlich war, wurde durch die Vernichtung des Testaments auch der Urkundenbeweis vereitelt. Das Testament ist als Urkunde i. S. d. Vorschriften der ZPO anzusehen. Eine Vereitelung dieses Beweises kam insoweit in Betracht, als es auf den Inhalt des Testaments ankam. Für die Einhaltung der Formvorschriften war die bloße Inaugenscheinnahme des Testaments ausreichend.

²⁵⁸ Der Tatsache, dass nicht die Beklagte selbst, sondern deren Rechtsvorgängerin das Beweismittel vernichtet hatte, hat das Reichsgericht keine Bedeutung beigemessen. Die Rechtsnachfolge war im Wege der Gesamtrechtsnachfolge eingetreten. Diese bedingt den Eintritt des Nachfolgers in den Pflichtenkreis des Vorgängers. Darüber hinaus wäre der Kläger rechtlich in der Lage gewesen, seinen Vermächtnisanspruch schon zu Lebzeiten der Rechtsvorgängerin der Beklagten gegen diese geltend zu machen. Eine vom Regelfall, dass der Beweis durch die Gegenpartei und nicht deren Rechtsvorgängerin vereitelt wurde, abweichende Behandlung ist nicht gerechtfertigt. Zur Zurechnung des Verhaltens Dritter, vgl. S. 183ff..

dem Kläger nicht möglich war durch Inaugenscheinnahme des Testamentes zu beweisen, dass das Testament formgültig errichtet war. Die Beklagte hatte somit durch aktives Tun (hier: Verbrennen) auf ein vorhandenes oder zumindest potentiell Augenscheinsobjekt (hier: Testament) eingewirkt.

Daraus ergibt sich, dass als Begehungsform der Beweisvereitelung auch beim Beweis durch Augenschein ein aktives Tun in Betracht kommt.

2.1.4. Zwischenergebnis

Allen vorbesprochenen Urteilen ist gemeinsam, dass der jeweilige Prozessgegner durch eine aktive Einwirkung auf ein bereits vorhandenes oder zumindest potentiell Beweismittel eingewirkt hat. Einmal ist dies durch Vernichtung eines Beweismittels erfolgt, wodurch entweder die Inaugenscheinnahme dieses vernichteten Beweismittels oder die Einholung eines Sachverständigengutachtens, wofür dieses Beweisstück erforderlich gewesen wäre, unmöglich gemacht wurde. Zum anderen ist dies durch nachhaltige Beeinflussung von Zeugen geschehen, wodurch der Zeugenbeweis unmöglich gemacht wurde. Aus den Urteilen wird ersichtlich, dass dabei sowohl auf Personen, d. h. Zeugen und Sachverständige, als auch auf Augenscheinsobjekte eingewirkt werden kann. Es ist damit jede Art der Beweisführung durch ein aktives Tun vereitelbar.²⁵⁹

Sowohl beim Sachverständigenbeweis als auch beim Zeugenbeweis sowie beim Beweis durch Augenschein kann, wie die Analyse der Rechtsprechung ergeben hat, eine Beweisvereitelung durch ein positives Tun verwirklicht werden. Bei allen drei Beweismitteln stellt das positive Tun damit ein objektives Tatbestandesmerkmal einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung dar.

2.2. Beweisvereitelung durch ein Unterlassen

Nunmehr gilt zu klären, ob auch ein Unterlassen einer Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung der Gegenpartei in dem Sinne hat, dass dieser durch das Unterlassen die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert wird, ausreicht, um den Tatbestand der Beweisvereitelung zu erfüllen. Dies soll im Nachfolgenden anhand einzelner von der

²⁵⁹ Siehe auch *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 28.

Rechtsprechung entschiedener Fälle hinsichtlich der Beweismittel, für die eine gesetzliche Regelung zur Beweisvereitelung nicht oder nur unzureichend existiert, untersucht werden.

2.2.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit ein Unterlassen einer Partei, durch das auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis eingewirkt wird, als Begehungsform der Beweisvereitelung in Betracht kommt. Dies soll anhand der nachfolgenden in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle und insbesondere auch anhand des bekannten „Tupfer-Falles“²⁶⁰ untersucht werden.

2.2.1.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 17.05.1943 – III 81/42

In seinem Urteil vom 17.05.1943²⁶¹ hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger in einem gegen den Beklagten geführten Arzthaftungsprozess nicht möglich war zu beweisen, dass ein Behandlungsfehler des Beklagten ursächlich für die bei ihm nach der Operation eingetretene Erblindung war. Der Behandlungsfehler war in der Vornahme von Augenoperationen bei dem bereits einäugigen Kläger in ambulanter anstelle stationärer Behandlung zu sehen. Der Beklagte hat es trotz Aufforderung durch das Gericht unterlassen, seine ärztlichen Aufzeichnungen über die operativen Eingriffe und die technische Durchführung der Operationen, die Anwendung zeitgemäßer Sicherungsverfahren sowie über den Verlauf der Behandlung dem seitens des Klägers zum Beweis angebotenen Sachverständigen vorzulegen. Nur anhand dieser Unterlagen hätte durch Einholung eines Sachverständigengutachtens eine Aufklärung herbeigeführt werden können.

In dieser Nichtvorlage der ärztlichen Aufzeichnungen hat der Kläger eine Beweisvereitelung des Beklagten gesehen. Dem hat sich das Reichsgericht angeschlossen, mit der Folge einer Beweislastumkehr zu Lasten des Beklagten.

2.2.1.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 11.06.1952 – II ZR 277/51

In seinem Urteil vom 11. 06.1952²⁶² hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass er mustergetreu

²⁶⁰ BGH LM 2 zu § 282 ZPO.

²⁶¹ RGZ 171, 168 (172).

²⁶² BGHZ 6, 224 (225 ff.) = BGH, NJW 1952, 867 (867).

geliefert hat. Die Beklagte hatte es unterlassen, das ihr ausgehändigte Muster der Ware aufzubewahren. Nur durch Untersuchung der gelieferten Ware im Vergleich zu dem ausgehändigten Muster hätte durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden können, ob die Lieferung des Klägers mustergetreu war.

Die Beklagte hatte von der Klägerin auf einer Messe Bodenwachs nach einem von der Klägerin vorgezeigten und der Beklagten übergebenen Muster bestellt. Diesen Auftrag führte die Klägerin in Teilen aus. Von der von der Klägerin an die Beklagte gelieferten Ware hatte die Beklagte nur einen Teil abgesetzt. Den Großteil der Ware hat sie an die Klägerin zurückgeschickt und gewandelt.²⁶³ Mit der Klage verlangte die Klägerin Zahlung des Kaufpreises, da sie die Wandelung für unberechtigt hielt. Die Beklagte behauptete, dass das Bodenwachs nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entsprach, für die das Messemuster nach dem Parteiwillen maßgebend sein sollte. Die Beklagte hatte weder die ihr von der Klägerin ausgehändigte Messeprobe, noch eine Probe der gelieferten Ware aufgehoben.

In dieser unterlassenen Aufbewahrung des Musters hat der Kläger eine Beweisvereitelung gesehen. Dem hat sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil angeschlossen. Der Bundesgerichtshof führt insoweit aus, dass das Muster, das für die Beschaffenheit erheblich war und das seitens des Klägers an die Beklagte ausgehändigt wurde, zur Überprüfung der mustergetreuen Lieferung gedacht war und somit Beweismittel für die Beschaffenheit der Kaufsache sein sollte, so dass die Beklagte das Muster aufzubewahren hatte. Zwar trage grundsätzlich der Kläger, der den Kaufpreis fordert, die Beweislast dafür, dass er mustergetreu geliefert habe. Durch die Nichtaufbewahrung des Messemusters durch den Beklagten habe dieser allerdings den Tatbestand einer Beweisvereitelung verwirklicht, da der Beweis für die vertragsmäßige Beschaffenheit der gelieferten Ware nur anhand des der Beklagten ausgehändigten Musters hätte geführt werden können. Die Beklagte habe dem Kläger die Führung dieses Beweises dadurch unmöglich gemacht, dass sie es unterlassen habe, das Muster aufzubewahren.

²⁶³ Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138), das am 1.1.2002 in Kraft getreten ist, ist an die Stelle der Wandelung das Recht zum Rücktritt vom Vertrag getreten. Die Rechtsfolgen sind aber gleich geblieben.

Da die Klägerin den Nachweis der mustergetreuen Lieferung aufgrund der unterlassenen Aufbewahrung des Messemusters durch die Beklagte nicht führen konnte, war zu unterstellen, dass der Kläger mustergetreu geliefert hat.

2.2.1.3. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 16.04.1955 – VI ZR 320/54

In seinem Urteil vom 16.04.1955²⁶⁴ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Beklagten ein Verschulden an dem Zurückbleiben eines Tupferstückes in einer Operationswunde, das eine erneute Operation erforderlich gemacht hatte und zu erheblichen Schmerzen und schwere Gesundheitsschäden bei dem Kläger geführt hatte, nicht nachgewiesen werden konnte. Der beklagte behandelnde Arzt des Klägers hatte es unterlassen, das bei der ersten Operation in der Wunde zurückgebliebene Tupferstück, welches bei der zweiten Operation entdeckt wurde, aufzubewahren. Es konnte deshalb nicht geklärt werden, von welcher Beschaffenheit das Tupferstück (Watte oder Gaze) war und welche Größe das entfernte Tupferstück hatte. Dies wäre nur durch Untersuchung des Tupferstückes durch einen Sachverständigen möglich gewesen. Lediglich der Sachverständigenbeweis, der seitens des Klägers zum Nachweis des Verschuldens des Beklagten am Zurückbleiben des Tupferstückes hätte geführt werden können, hätte Aufschluss darüber gebracht, inwieweit dem Beklagten ein Verschulden am Zurückbleiben des Tupferstückes bei der ersten Operation zur Last gelegt werden konnte.²⁶⁵

Der Bundesgerichtshof hat in dieser unterlassenen Aufbewahrung des Tupferstückes eine Beweisvereitelung des Beklagten gesehen. Diesbezüglich führt der Bundesgerichtshof aus, dass dem insoweit beweispflichtigen Kläger hierdurch nicht möglich gewesen sei, durch Begutachtung des Tupferstückes durch einen Sachverständigen zu beweisen, dass das Zurückbleiben des Tupferstückes in der Operationswunde auf ein Verschulden des Beklagten beruhte. Der Beklagte habe zu vertreten, dass das bei der zweiten Operation entfernte Tupferstück nicht mehr vorhanden ist. Der Beklagte musste, so der Bundesgerichtshof, als er das Tupferstück bei der zweiten Operation fand und entfernte damit rechnen, dass der Kläger ihn wegen des Zurückbleibens des Tupfers in Anspruch nehmen würde. Er habe auch erkennen können, dass bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung der Parteien die Größe und Art des Tupferstückes eine Rolle spielen würden. Er hätte deshalb dafür Sorge tragen müssen,

²⁶⁴ BGH, VersR 1955, 344 (345).

²⁶⁵ Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

dass der herausoperierte Tupfer nicht verloren ging. Diese durch seine schuldhafte Unterlassung verursachte Unaufklärbarkeit könne dem beweisbelasteten Kläger nicht zum Nachteil gereichen, sondern sie müsse sich im Wege der Beweisvereitelung zu Ungunsten des Beklagten auswirken.

2.2.1.4. Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 01.02.1990 – 5 U 1300/89

Das Oberlandesgericht Koblenz hatte in seinem Urteil vom 01.02.1990²⁶⁶ über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Beklagten nicht möglich war, den ihm obliegenden Entlastungsbeweis, dass der Tod des Hundes der Klägerin von ihm nicht zu vertreten ist, zu führen. Die Klägerin hatte es unterlassen, den Tierkadaver obduzieren zu lassen. Nur die Obduktion des Tieres durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung führen können.

Die Klägerin, die Eigentümerin eines Boxerhundes war, hatte diesen dem Beklagten zur Ausbildung für die Schutzhundprüfung I übergeben. Nachdem der Beklagte den Hund einige Zeit ausgebildet hatte, verendete dieser. Die Klägerin beehrte mit der Klage von dem Beklagten den Wert des Hundes ersetzt, da dieser nach Ansicht der Klägerin für den Tod des Hundes verantwortlich ist. Der Beklagte hat von Anfang an ein Verschulden am Tod des Tieres in Abrede gestellt. Nach Verendung des Tieres holte die Klägerin den Hund bei dem Beklagten ab und hat den ihr bekannten Tierarzt Dr. H. beauftragt festzustellen, ob der Hund an einer Magendrehung verendet ist, was dieser verneinte. Die Klägerin hat es aber darüber hinaus unterlassen, eine eingehende Obduktion des Hundes zu veranlassen, um die genaue Todesursache des Hundes feststellen zu lassen.

Der Beklagte vertrat die Auffassung, in dieser unterlassenen Obduktion sei eine Beweisvereitelung zu sehen. Dem hat sich das Oberlandesgericht Koblenz angeschlossen.

Das Oberlandesgericht Koblenz stellt in seinem Urteil klar, dass grundsätzlich der Beklagte zu beweisen hätte, dass der Tod des Tieres nicht von ihm zu vertreten sei. Obwohl dem Beklagten dieser Entlastungsbeweis nicht gelungen ist, hat das Oberlandesgericht Koblenz die Klage abgewiesen, da es vorliegend eine Umkehr der Beweislast aufgrund einer von der Klägerin verwirklichten Beweisvereitelung angenommen hat. Die Nichtaufklärbarkeit der Todesursache des Hundes müsse aufgrund der Beweisvereitelung zu Lasten der Klägerin gehen.

²⁶⁶ OLG Koblenz, NJW-RR 1991, 25 (26).

Das Oberlandesgericht Koblenz führt diesbezüglich aus, dass die Klägerin den Beweis des Beklagten dadurch vereitelt habe, dass sie nach Abholung des Tierkadavers bei dem Beklagten eine ordnungsgemäße Obduktion des Tieres nicht veranlasst hat und damit schuldhaft die Feststellung der Todesursache vereitelt hat. Um die Todesursache des Tieres genau feststellen zu können, wären genaue mikroskopische, histologische und bakteriologische Untersuchungen notwendig gewesen.

Das Oberlandesgericht Koblenz führt weiter aus:“ Die Klägerin hat somit eine Beweisnot des Beklagten herbeigeführt, indem sie den Tierkadaver beim Beklagten abholte, aber anschließend keine eingehende Obduktion veranlasste, sondern lediglich den ihr bekannten Tierarzt Dr. H. beauftragte, festzustellen, ob der Hund an einer Magendrehung verendet ist. Hierin liegt eine fahrlässige Beweisvereitelung. Die Beklagte war nach Treu und Glauben im Interesse ordnungsgemäßer Sachaufklärung gehalten, nachdem sie das tote Tier beim Beklagten abgeholt hatte, es durch eine autorisierte Stelle, z. B. durch ein staatliches Veterinäramt obduzieren zu lassen, das in aller Regel bei einer genaueren Untersuchung die Todesursache feststellen kann.....“

2.2.1.5. Resumée

In allen vier vorgenannten Urteilen wurde eine Vereitelung des Sachverständigenbeweises angenommen.

Das Reichsgericht hat in dem vorgenannten Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil es der Beklagte in dem Prozess unterlassen hat, seine ärztlichen Aufzeichnungen vorzulegen, so dass es dem Kläger unmöglich war zu beweisen, dass der Behandlungsfehler des Beklagten ursächlich für den bei ihm eingetretenen Schaden war. Die Beweisvereitelung wurde somit deshalb angenommen, weil der Beklagte durch das Unterlassen verhindert hat, dass ein Beweis geschaffen werden konnte.

Der Bundesgerichtshof hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil es die Beklagte unterlassen hat, das ihr ausgehändigte Warenmuster aufzubewahren und es dem Kläger dadurch unmöglich war zu beweisen, dass er mustergetreu geliefert hatte. Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass in dem Unterlassen der Aufbewahrung der Probe durch die nichtbeweisbelastete Partei eine Beweisvereitelung zu sehen ist, die zu einer

Umkehr der Beweislast führen kann.²⁶⁷ Aus diesem Urteil wird ersichtlich, dass eine Beweisvereitelung angenommen wurde, weil durch die unterlassene Aufbewahrung des Warenmusters ein Beweismittel nicht aufbewahrt wurde und somit ein Beweismittel nicht zur Verfügung stand.

In seinem „Tupfer-Fall“ hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung angenommen, weil es der beklagte Arzt unterlassen hatte, das bei der ersten Operation in der Operationswunde zurückgebliebene Tupferstück aufzubewahren, wodurch es in dem späteren Prozess der Begutachtung durch einen Sachverständigen entzogen war. Dem Kläger war hierdurch nicht möglich zu beweisen, dass dem Beklagten ein Verschulden an dem Zurückbleiben des Tupferstückes in der Operationswunde traf. Für die Begutachtung wäre erforderlich gewesen, die Größe und Beschaffenheit des Tupferstückes zu kennen.²⁶⁸ Die Beweisvereitelung wurde somit angenommen, weil durch die unterlassene Aufbewahrung des Tupfers ein Beweismittel nicht zur Verfügung stand.

In dem Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz wird eine Beweisvereitelung durch die Klägerin deshalb angenommen, weil diese es unterlassen hatte, den Tierkadaver zur Feststellung der beweisheblichen Todesursache obduzieren zu lassen. Hierdurch war dem Beklagten unmöglich, durch Sachverständigenbeweis seinen Entlastungsbeweis zu führen. Das Oberlandesgericht Koblenz sah deshalb den Tatbestand der Beweisvereitelung durch ein Unterlassen der Klägerin als verwirklicht an. Eine Beweisvereitelung wurde folglich angenommen, weil die Klägerin durch ihr Unterlassen die Entstehung eines Beweismittels verhindert hat.

Aus diesen vier in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen wird deutlich, dass der Sachverständigenbeweis durch ein Unterlassen des Prozessgegners vereitelt werden kann. Als Begehungsform der Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis kommt damit neben dem positiven Tun auch ein Unterlassen in Betracht.

2.2.2. Zeugenbeweis

²⁶⁷ Zu den möglichen Rechtsfolgen der Beweisvereitelung, vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess.

²⁶⁸ Vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 2.

Ob auch ein Unterlassen einer Partei, welches den Zeugenbeweis der Gegenpartei unmöglich macht oder erschwert, den Tatbestand der Beweisvereitelung erfüllen kann, soll anhand der nachfolgenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes geklärt werden.

2.2.2.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.04.1983 – VIII ZR 46/82

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 20.04.1983²⁶⁹ über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Beklagten nicht möglich war, zu beweisen, dass eine Verrechnungsvereinbarung getroffen wurde. Der Kläger hat sich in dem von ihm gegen den Beklagten geführten Prozess geweigert, die vom Beklagten zum Beweis angebotenen Zeugen, die für beide Parteien als Steuerberater tätig waren und die Kenntnis von der Abrede haben mussten, von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Nur die Einvernahme der Steuerberater als Zeugen hätte zur Aufklärung führen können.

In diesem Unterlassen des Klägers, die gemeinsamen Steuerberater von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, wodurch dem für eine Verrechnungsabrede beweisbelasteten Beklagten die Beweisführung unmöglich gemacht wurde, hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung gesehen. Diese war im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

2.2.2.2. Resumée

Das vorbesprochene Urteil des Bundesgerichtshofes zeigt deutlich, dass in der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis auch dann angenommen wird, wenn ein Unterlassen (hier: Unterlassen, die von der Gegenpartei als Zeugen angebotenen Steuerberater von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden) einer Partei dazu führt, dass der beweisbelasteten Partei die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert wird. Der Tatbestand der Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis kann somit ebenfalls durch ein Unterlassen des Gegners erfüllt werden.

2.2.3. Augenscheinsbeweis

²⁶⁹ BGH, MDR 1984, 48 (48).

Nunmehr soll untersucht werden, ob das Unterlassen einer Partei auch als Begehungsform einer Beweisvereitelung in Betracht kommt, wenn dieses Auswirkungen auf den Augenscheinsbeweis der Gegenpartei hat.

2.2.3.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 26.04.1990 – 1 U 6795/89

In seinem Urteil vom 26.04.1990²⁷⁰ hatte das Oberlandesgericht München über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Kläger nur erschwert möglich war zu beweisen, dass die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch die beklagte Gemeinde ursächlich für den bei dem Fahrzeug des Klägers eingetretenen Schaden war.

Ein Müllwagen der Klägerin war beim Überfahren eines Kanaldeckels einer der Beklagten zuzuordnenden Straße eingebrochen, weil der Kanaldeckel durchbrach, wodurch der Müllwagen der Klägerin beschädigt wurde. Die Beklagte hatte es unterlassen, diesen Kanaldeckel sicherzustellen. Infolge dessen war es dem Kläger nur erschwert möglich die Kausalität zu beweisen. Eine solche Beweisführung wäre unproblematisch mit Vorhandensein des Kanaldeckels zu führen gewesen. Durch Inaugenscheinnahme des Kanaldeckels hätte die Beschaffenheit des Kanaldeckels festgestellt werden können und daraus Rückschlüsse über am Kanaldeckel bereits vorhandene Beschädigungen gezogen werden können.²⁷¹

Durch dieses Unterlassen der Beklagten war dem Kläger die Benutzung eines wesentlichen Beweismittels nicht möglich, wodurch ihm die Beweisführung erheblich erschwert wurde. In dieser unterlassenen Sicherstellung des Kanaldeckels hat das Oberlandesgericht München eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen gesehen.

2.2.3.2. Resumée

In vorbesprochenem Urteil wurde von der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung in der unterlassenen Sicherstellung eines Kanaldeckels gesehen, wodurch dem Kläger die Beweisführung mittels Augenscheinsbeweis unmöglich gemacht wurde.

²⁷⁰ OLG München, VersR 1992, 320 (320).

²⁷¹ Man hätte dieses Urteil auch der Vereitelung eines Sachverständigenbeweises zuordnen können, da wohl davon auszugehen ist, dass die Beschaffenheit des Kanaldeckels und daraus zu folgernde vorherige Schäden und des Alters etwaiger Vorschäden wohl von einem Sachverständigen zu begutachten gewesen wären. Die Zuordnung ist allerdings deshalb beim Beweis durch Augenschein erfolgt, weil davon auszugehen ist, dass das Gericht den Kanaldeckel zunächst selbst in Augenschein genommen hätte und nur, wenn das Gericht selbst hieraus keine Schlüsse über die Beschaffenheit des Kanaldeckels hätte ziehen können, die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet hätte.

Aus diesem Urteil wird erkennbar, dass der Tatbestand der Beweisvereitelung auch beim Beweis durch Augenschein durch ein Unterlassen des Prozessgegners (hier: unterlassene Sicherstellung eines Kanaldeckels) verwirklicht werden kann.

Als Begehungsform der Beweisvereitelung beim Augenscheinsbeweis kommt folglich neben dem positiven Tun auch ein Unterlassen in Betracht.

2.2.4. Zwischenergebnis

Eine Gesamtschau der unter diesem Punkt besprochenen Urteile ergibt, dass die Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis, beim Zeugenbeweis und auch beim Beweis durch Augenschein durch ein Unterlassen begangen werden kann. Dabei haben Unterlassungen bei den Beweisvereitelungen ein ebenso großes Gewicht wie die aktiven Handlungen. In den Fällen der Beweisvereitelung durch Unterlassen wird, anders als bei den Fällen der Beweisvereitelung durch aktives Tun aber in der Regel nicht bzw. nur selten auf ein bereits existierendes Beweismittel eingewirkt, sondern es wird dessen Entstehung verhindert oder erschwert.²⁷²

Es bleibt damit festzuhalten, dass bei allen zu untersuchenden Beweismitteln ein Unterlassen als Begehungsform der Beweisvereitelung in Betracht kommt und somit das Unterlassen ein Merkmal des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung darstellt.

2.3. Ergebnis

Aus den in diesem Abschnitt besprochenen Urteilen ergibt sich, dass als Begehungsformen der Beweisvereitelung sowohl ein positives Tun als auch ein Unterlassen in Betracht kommt.

Es macht dabei keinen Unterschied, auf welches zur Beweisführung erforderliche Beweismittel durch dieses positive Tun oder Unterlassen des Prozessgegners eingewirkt wird. Unabhängig davon, ob durch diese Begehungsformen auf den Sachverständigenbeweis, den Zeugenbeweis oder den Beweis durch Augenschein eingewirkt wird, sind sowohl das positive Tun als auch das Unterlassen als mögliche Begehungsformen der Beweisvereitelung Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung.

²⁷² Aus *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

Eine Beweisvereitelung kann folglich sowohl durch positives Tun als auch durch Unterlassen verwirklicht werden.

3. Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei

Im Vorhergehenden wurde herausgearbeitet, dass der Tatbestand der Beweisvereitelung sowohl bei einem positiven Tun als auch bei einem Unterlassen erfüllt sein kann, wenn dieses Tun oder Unterlassen Auswirkungen auf die Beweisführung der Gegenpartei in der Weise hat, dass durch dieses positive Tun oder Unterlassen die Beweisführung in Bezug auf den Sachverständigenbeweis, den Zeugenbeweis oder den Augenscheinsbeweis, unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird. Nunmehr stellt sich die Frage, von welcher Prozesspartei dieses positive Tun oder Unterlassen ausgehen muss, um den Tatbestand der Beweisvereitelung annehmen zu können.

3.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst soll anhand einiger in der Rechtsprechung ergangener Urteile untersucht werden, welcher Prozesspartei ein sich auf die Beweisführung der Gegenpartei mittels Sachverständigenbeweis auswirkendes Verhalten (Tun oder Unterlassen) vorgeworfen werden muss, um den Tatbestand der Beweisvereitelung als erfüllt anzusehen zu können.

3.1.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 28.03.1930 – III 236/29

In seinem Urteil vom 28.03.1930²⁷³ hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem der Klägerin nicht möglich war, die Ursächlichkeit zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und des bei ihr eingetretenen Schadens, der in der Versteifung ihres Beines zu sehen war, zu beweisen. Der Beklagte hatte nicht gleich zu Behandlungsbeginn der Klägerin eine Röntgenaufnahme von deren Knie gefertigt. Der Klägerin ist aufgrund dessen nicht gelungen, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachzuweisen, dass eine Versteifung ihres Beines bei sofortigem Handeln des Beklagten nicht eingetreten wäre. Nur die Auswertung von gleich nach Behandlungsbeginn gefertigter Röntgenaufnahmen durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung darüber führen können, ob eine sofortige Operation eine Versteifung des Beines verhindert hätte.

²⁷³ RGZ 128, 121 (125).

In diesem Unterlassen des Beklagten, gleich zu Behandlungsbeginn eine Röntgenaufnahme zu fertigen, hat das Reichsgericht eine Beweisvereitelung gesehen. Das Reichsgericht führt aus, dass dies zur Folge habe, dass die für die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden grundsätzlich beweispflichtige Klägerin in Umkehrung der Beweislast diesen Nachweis nicht zu erbringen brauche, die Ursächlichkeit unterstellt werde und der Beklagte nur den Gegenbeweis antreten könne. Dass der Beklagte als nicht beweispflichtige Partei der Klägerin durch die nicht unverzügliche Erstellung von Röntgenaufnahmen die ihr obliegende Beweisführung hinsichtlich der Kausalität unmöglich gemacht habe, müsse beweisrechtlich zu dessen Lasten gehen.

3.1.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.10.1958 – VI ZR 186/57

Über einen ähnlich gelagerten Fall hatte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 14.10.1958²⁷⁴ zu entscheiden. Hier ist es der Klägerin ebenfalls nicht gelungen, die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung des Beklagten, die darin zu sehen war, dass er die Klägerin nicht unverzüglich nach Auftreten von Beschwerden, die auf eine ungewöhnliche und gefährliche Komplikation hindeuteten, aufgesucht hat, ursächlich für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden, der in dem Verlust ihrer Hand und ihres Unterarmes zu sehen war, nachzuweisen. Der Beklagte hatte eine bakteriologische Untersuchung bei der Klägerin direkt nach Aufnahme in seine Klinik nicht veranlasst. Hierdurch war es der Klägerin nicht möglich mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens nachzuweisen, dass die dem Beklagten zur Last liegende Verzögerung der ärztlichen Betreuung sich auf den Krankheitsverlauf, insbesondere hinsichtlich der Amputation der Hand und des Unterarmes, ausgewirkt hat. Allein das Vorliegen einer bakteriologischen Untersuchung und deren Auswertung durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung beitragen können.

In diesem Unterlassen des Beklagten, eine bakteriologische Untersuchung bei der Klägerin zu veranlassen, hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung gesehen. Diesbezüglich führt der Bundesgerichtshof aus, dass grundsätzlich der Klägerin die Beweislast für die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung des Beklagten für den bei ihr eingetretenen Schaden obliege. Diese kehre sich aber infolge einer Beweisvereitelung um, die darin zu sehen ist, dass der beweisbelasteten Partei durch ein Verhalten der nichtbeweisbelasteten Partei diese Beweisführung nicht möglich ist.

²⁷⁴ BGH, VersR 1958, 849 (849).

3.1.3. Entscheidung des Landgerichts Frankfurt vom 14.08.1990 – 2/11 S 112/90

Das Landgericht Frankfurt hatte in seinem Urteil vom 14.08.1990²⁷⁵ über einen Fall zu entscheiden, in dem die Beklagten nicht nachweisen konnten, dass die von der Klägerin eingeklagte Miete i. S. d. § 5 WiStrG überhöht ist, weil die Klägerin den Sachverständigenbeweis dadurch verhindert hat, dass sie sich außerstande erklärte, den neuen Mieter zu bewegen, eine Besichtigung der Wohnung zu gestatten. Nur die Begutachtung der Wohnung durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung führen können.

Die Klägerin hatte die Beklagten auf Bezahlung rückständigen Mietzinses verklagt. In dem Prozess haben die Beklagten eingewandt, der Mietzins sei überhöht i. S. d. § 5 WiStrG und hierzu den Beweis durch einen Sachverständigen angetreten. Diese Beweisführung durch die insoweit beweisbelasteten Beklagten hat die Klägerin aber dadurch verhindert, dass sie sich, trotz zweifacher Aufforderung durch das Gericht, außerstande erklärte, ihre Mieter zu einer Besichtigung der Wohnung, die für das Führen eines Sachverständigenbeweises erforderlich gewesen wäre, zu bewegen.

In diesem Verhalten der Klägerin (Vorenthalten der Wohnung zur Besichtigung durch einen Sachverständigen) hat das Landgericht Frankfurt eine Beweisvereitelung gesehen. Das Landgericht Frankfurt führt insoweit aus, dass es den Beklagten ohne die Besichtigung der Wohnung durch den Sachverständigen nicht möglich ist, den ihnen obliegenden Beweis für die Unangemessenheit der Wohnungsmiete zu führen. Diese Beweiserhebung habe die Klägerin durch die Vorenthaltung der Wohnung vereitelt, indem sie den Aufforderungen des Gerichts, das Beweisobjekt zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen ist. Die Klägerin habe keinerlei Bemühungen unternommen, ihr Besichtigungsrecht gegenüber den neuen Mietern durchzusetzen, um den Beklagten die Beweisführung zu ermöglichen. Sie habe durch ihr Verhalten deutlich zu erkennen gegeben, dass sie den den Beklagten obliegenden Beweis vereiteln möchte.

3.1.4. Resumée

In den drei vorbesprochenen Urteilen wurde jeweils eine Beweisvereitelung des Sachverständigenbeweises mit den ihr immanenten Folgen bejaht.

²⁷⁵ LG Frankfurt, NJW-RR 1991, 13 (13).

Das Reichsgericht hat eine Beweisvereitelung durch den Beklagten angenommen, weil dieser es unterlassen hatte, Röntgenaufnahmen zu fertigen. Die Klägerin konnte aufgrund dessen die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht nachweisen. Da der Klägerin der Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen, zu der auch die Kausalität zählt, obliegt, wurde der Klägerin der Beweis durch ein Verhalten (hier: Unterlassen der Fertigung von Röntgenaufnahmen) des insoweit nicht beweisbelasteten Beklagten unmöglich gemacht. Der Beweisvereitelung lag folglich ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei zugrunde.

Ebenso hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung durch den Beklagten angenommen, weil dieser es unterlassen hatte, eine bakteriologische Untersuchung bei der Klägerin zu veranlassen. Auch hier war es der Klägerin deshalb nicht möglich, die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nachzuweisen. Da auch hier der Klägerin die Beweislast für die anspruchsbegründende Tatsache der Kausalität oblag, wurde dieser ebenfalls die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis durch ein Verhalten (hier: Unterlassen eine bakteriologische Untersuchung zu veranlassen) des nicht beweisbelasteten Beklagten unmöglich gemacht. Auch hier war die Beweisvereitelung aufgrund eines Verhaltens der nicht beweisbelasteten Partei zu bejahen.

Das Landgericht Frankfurt hat seinem Urteil eine Beweisvereitelung zugrunde gelegt, weil die Klägerin eine Besichtigung der Wohnung durch einen Sachverständigen zur Begutachtung nicht ermöglicht hat. Durch dieses Verhalten der Klägerin war es den Beklagten nicht möglich zu beweisen, dass die von der Klägerin eingeklagte Miete überhöht ist. Bei der von den Beklagten behaupteten überhöhten Miete i. S. d. § 5 WiStrG handelt es sich um eine rechtshindernde Einwendung, die für die Beklagten günstig ist, so dass die Beklagten hierfür beweisbelastet waren. Auch hier wurde damit durch ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Klägerin den beweisbelasteten Beklagten die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht. Die Beweisvereitelung wurde folglich auch hier aufgrund eines Verhaltens der nicht beweisbelasteten Partei angenommen.

Allen drei Fällen ist gemeinsam, dass ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches dazu führte, dass der beweisbelasteten Partei die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht oder erschwert wurde, zugrunde lag. Daraus kann gefolgert werden, dass eine Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis dann anzunehmen ist, wenn der nicht beweisbelasteten Partei ein Verhalten, das Auswirkungen auf die Beweisführung der beweisbelasteten Partei hat, vorzuwerfen ist. Um eine

Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis annehmen zu können ist folglich ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei erforderlich.

3.2. Zeugenbeweis

Es stellt sich weiter die Frage, bei dem Verhalten welcher Prozesspartei in der Rechtsprechung das Vorliegen des Tatbestandes der Beweisvereitelung angenommen wird, wenn durch dieses Verhalten auf die Beweisführung mittels Zeugenbeweis eingewirkt wird. Dies wird im Nachfolgenden zu klären sein.

3.2.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 09.04.1976 – 14 U 165/76

In seinem Urteil vom 09.04.1976²⁷⁶ hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Beklagten in dem von der Klägerin angestregten Scheidungsprozess ein Verschulden²⁷⁷ an den von ihm begangenen Eheverfehlungen nicht nachgewiesen werden konnte. Der Verschuldensnachweis konnte deshalb nicht geführt werden, weil der Beklagte die von der Klägerin als Zeugen angegebenen behandelnden Ärzte des Beklagten nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat²⁷⁸. Nur eine Einvernahme der Ärzte des Beklagten hätte zu einer Aufklärung des Verschuldens führen können.

In dieser Nichtentbindung der als Zeugen angegebenen Ärzte von der Verschwiegenheitspflicht, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf eine Beweisvereitelung des Beklagten gesehen. Der Beklagte musste sich in Umkehrung der Beweislast exkulpieren.

3.2.2. Resumée

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung des Zeugenbeweises angenommen, weil der Beklagte die von der Klägerin

²⁷⁶ OLG Düsseldorf, MDR 1976, 762 (762).

²⁷⁷ Zu dem Zeitpunkt der Entscheidung des Oberlandesgerichts galt noch das Schuldprinzip, das im EheG seinen Niederschlag gefunden hatte. Durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 14.06.1976 wurde das Scheidungsrecht mit der Ablösung des Verschuldensprinzips durch das Zerrüttungsprinzip tiefgreifend reformiert. Seitdem stellt das Scheitern der Ehe den einzigen Scheidungsgrund dar (§§ 1565, 1566 BGB).

²⁷⁸ Der Beklagte hat eingewendet, dass er, als er die Eheverfehlungen begangen hatte, nicht schuldhaft gehandelt hat, so dass der Verschuldensbeweis seitens der Klägerin geführt werden musste. Für die Beweisführung war erforderlich, dass die den Beklagten behandelnden Ärzte Auskunft darüber erteilen, in welchem Zustand sich der Beklagte im Zeitpunkt der Eheverfehlung befunden hatte.

angebotenen Zeugen nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat. Hierdurch war der Klägerin nicht möglich, den für sie günstigen Tatbestand, dass der Beklagte schuldhaft gehandelt hat, zu beweisen. Der Beweisvereitelung lag demnach ein Verhalten (hier: Nichtentbindung der als Zeugen angebotenen Ärzte von der Schweigepflicht) der nicht beweisbelasteten Partei zugrunde.

In dem Urteil war demnach ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung mittels Zeugenbeweis der beweisbelasteten Partei hatte, Grundlage für die Annahme einer Beweisvereitelung. Folglich ist eine Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis dann anzunehmen, wenn ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei Auswirkungen auf die Beweisführung der beweisbelasteten Partei hat.

3.3. Augenscheinsbeweis

Fraglich ist weiter, welche Prozesspartei durch ihr Verhalten auf den Beweis durch Augenschein einwirken muss, um von einer Beweisvereitelung sprechen zu können. Dies gilt es anhand des nachfolgenden in der Rechtsprechung ergangenen Urteils zu klären.

3.3.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 01.04.1938 – I 188/37

In seinem Urteil vom 01.04.1938²⁷⁹ hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in welchem dem die Verletzung seines Patentes behauptenden Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass der Beklagte den Gegenstand seiner Erfindung benutzt und somit eine Patentrechtsverletzung begeht. In dem gegen ihn angestrebten Prozess hat sich der Beklagte geweigert, dem Gericht die Einnahme des Augenscheins zur Feststellung seines Verfahrens, das hinsichtlich einer etwaigen Patentrechtsverletzung im Streit stand, zu ermöglichen. Hierdurch war dem Kläger nicht möglich, durch Einnahme des Augenscheins zu beweisen, dass der Beklagte sein Patent verletzt. Nur die Inaugenscheinnahme des Verfahrens des Beklagten hätte die Aufklärung ermöglicht.

Das Reichsgericht führt insoweit aus, dass in dieser Weigerung des Beklagten, die Einnahme des Augenscheins seines Verfahrens zu ermöglichen, eine Beweisvereitelung gesehen werden könne. Dem Beklagten könne infolge dessen die Führung des Beweises für das Gegenteil auferlegt werden.

²⁷⁹ RG, ZZP 61, 376 (376).

3.3.2. Resumée

Das Reichsgericht hat in vorgenanntem Urteil eine Beweisvereitelung des Beweises durch Augenschein angenommen, weil sich der Beklagte geweigert hat, dem Gericht die Inaugenscheinnahme seines Verfahrens, das hinsichtlich einer Patentrechtsverletzung im Streit stand, zu ermöglichen. Der Kläger war in dem Verfahren für die anspruchsbegründende Tatsache einer Verletzung seines Patentbesitzes beweisbelastet. Durch das Verhalten (hier: Verweigerung der Inaugenscheinnahme seines Verfahrens) des insoweit nicht beweisbelasteten Beklagten hat er dem Kläger die Beweisführung durch das Beweismittel des Augenscheins unmöglich gemacht. Der Annahme der Beweisvereitelung lag damit ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei zugrunde.

Die Annahme einer Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein setzt folglich ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei voraus.

3.4. Ergebnis

Die Untersuchung verschiedener in der Rechtsprechung ergangener Urteile hat ergeben, dass, um den Tatbestand der Beweisvereitelung als erfüllt ansehen zu können, ein „vereitelndes“ Verhalten (positives Tun oder Unterlassen) der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung der beweisbelasteten Partei hat (Unmöglichmachen oder Erschweren), erforderlich ist.

Dabei ist unerheblich, auf welches Beweismittel -sei es auf den Sachverständigen-, den Zeugen- oder den Augenscheinsbeweis- durch das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei eingewirkt wird.

Das positive Tun oder Unterlassen, welches für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung erforderlich ist, muss demnach von der nicht beweisbelasteten Partei ausgehen.

4. Das zeitliche Moment

Im Folgenden soll nun untersucht werden, zu welchem Zeitpunkt das Verhalten (Tun oder Unterlassen) der nicht beweisbelasteten Partei, durch das die Beweisführung der beweisbelasteten Partei erschwert oder unmöglich gemacht wird, vorliegen muss, um den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung als erfüllt ansehen zu können. Es kommt dabei

ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei sowohl während eines laufenden Prozesses als auch ein vorprozessuales Verhalten in Betracht.

4.1. Prozessuales Verhalten

Zunächst ist denkbar, dass die nicht beweisbelastete Partei durch ein Verhalten während eines laufenden Prozesses auf die Beweisführung des Prozessgegners einwirkt. Im Nachfolgenden soll untersucht werden, inwieweit in der Rechtsprechung ein solches Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während des Prozesses, welches Auswirkungen auf die Beweisführung der beweisbelasteten Partei durch Sachverständigenbeweis, Zeugenbeweis oder durch Augenscheinsbeweis hat, zur Annahme des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung herangezogen wurde.

4.1.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst soll anhand einzelner in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen untersucht werden, inwieweit ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Prozesses, durch welches auf die Beweisführung durch Sachverständigenbeweis des Prozessgegners eingewirkt wird, als Beweisvereitelung gewertet wurde. Hierdurch soll geklärt werden, ob ein Verhalten während des laufenden Prozesses als zeitliche Komponente für eine Vereitelung des Sachverständigenbeweises in Betracht kommt.

4.1.1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 18.06.1973 – III ZR 155/70

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 18.06.1973²⁸⁰ eine Beweisvereitelung in einem Fall bejaht, in dem sich die Klägerin nach einem vom zweitinstanzlichen Gericht ergangenen Beweisbeschluss geweigert hat, sich dem vom Gericht angeordneten Sachverständigen zur Untersuchung zu unterziehen. Hierdurch war es der Beklagten nicht möglich durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu beweisen, dass nicht der streitgegenständliche Unfall, sondern andere Umstände für die Erwerbsminderung und Arbeitsunfähigkeit der Klägerin verantwortlich seien, so dass ihre Haftung auszuschneiden hätte. Lediglich die Begutachtung der Klägerin durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung führen können.

²⁸⁰ BGH, VersR 1973, 1028 (1029 f.).

Die Klägerin begehrte von der beklagten Stadt Schadensersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, weil sie an einer lockeren, hochstehenden Platte des mit Steinplatten befestigten Gehweges der beklagten Stadt hängen geblieben und gestürzt war. Dabei begehrte die Klägerin von der beklagten Stadt sowohl Schmerzensgeld als auch entgangene Einnahmen, da sie nach ihren eigenen Angaben ohne den Unfall eine Stelle als Kassiererin angetreten hätte. Die Parteien stritten in diesem Rechtsstreit insbesondere darum, inwieweit die seitens der Klägerin geltend gemachten entgangenen Einnahmen auf eine unfallbedingte Erwerbsminderung zurückgeführt werden können. Die Beklagte hatte behauptet, die Erwerbsminderung und Arbeitsunfähigkeit der Klägerin sei nicht auf den Unfall, sondern auf andere Umstände, namentlich eine Herzerkrankung der Klägerin zurückzuführen. Zur Klärung dieser Frage hatte das Berufungsgericht mit Beweisbeschluss die Erhebung eines Gutachtens eines Arztes einer psychiatrischen und neurologischen Klinik über die Behauptung der Beklagten angeordnet, die Beschwerden der Klägerin und die von ihr behauptete über Jahre nach dem Unfall sich hinziehende Arbeitsunfähigkeit sei nicht kausal durch den Unfall bedingt, sondern sei vielmehr auf eine klägerseits psychisch bedingte fehlerhafte Verarbeitung der Unfallfolgen zurückzuführen. Die Klägerin hatte sich aber geweigert, sich dem seitens des Gerichts benannten Sachverständigen zur Untersuchung zu unterziehen.

In dieser Weigerung der Klägerin, sich dem während des Verfahrens vom Gericht angeordneten Sachverständigen zur Untersuchung zu unterziehen, hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung gesehen. Infolge derer wurden für die Klägerin nachteiligen Schlüsse in dem Sinne gezogen, dass die Klägerin so behandelt wurde, als sei das Gutachten in einem ihr ungünstigen Sinne ausgefallen und zu dem Ergebnis gelangt, dass die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin nicht organische Unfallfolge, sondern vielmehr durch eine Fehlhaltung der Verarbeitung des Unfalles bedingt war.

4.1.1.2. Entscheidung des Landgerichts Stuttgart vom 12.01.1994 – 5 S 7/93

In seinem Urteil vom 12.01.1994²⁸¹ hat das Landgericht Stuttgart eine Beweisvereitelung angenommen, weil der Beklagte die Geräte, deren Mangelhaftigkeit der Kläger für die erfolgreiche Durchsetzung seines Anspruches zur Begutachtung durch einen Sachverständigen benötigt hätte, in dem von dem Kläger gegen ihn geführten Prozess nicht

²⁸¹LG Stuttgart, CR 1994, 405 (405).

zur Verfügung gestellt hat und der Kläger hierdurch den Beweis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht erbringen konnte. Nur die Begutachtung der Geräte durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung führen können.

Der Kläger begehrte in dem von ihm angestregten Verfahren die Wandelung²⁸² eines mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrages über ein Videogerät aufgrund der von ihm behaupteten Fehlerhaftigkeit der Videodigitalisierungskarte. Der Kläger hatte das von dem Beklagten erworbene Videogerät samt Videodigitalisierungskarte bereits wieder an den beklagten Verkäufer zurückgegeben. Der Kläger hat zum Beweis für die Fehlerhaftigkeit der Videodigitalisierungskarte einen Sachverständigen angeboten. Der Beklagte hat jedoch die von dem Kläger an ihn zurückgegebenen Gegenstände, dem vom Gericht mit der Begutachtung beauftragten Sachverständigen, trotz wiederholter Aufforderung seitens des Sachverständigen und trotz seitens des Gerichts gesetzter Ausschlussfrist, nicht zur Untersuchung zur Verfügung gestellt.

In diesem nicht zur Verfügung stellen der zurückgegebenen Gegenstände zur Begutachtung durch einen Sachverständigen hat das Landgericht Stuttgart eine schuldhafte Beweisvereitelung des Beklagten gesehen. Als Folge hat das Gericht eine Beweislastumkehr angenommen, so dass der Beklagte den Beweis der Mangelfreiheit der Gegenstände zu führen hatte.

4.1.1.3. Entscheidung des Amtsgerichts Rostock vom 16.12.1999 – 46 C 174/99

In seinem Urteil vom 16.12.1999²⁸³ hatte das Amtsgericht Rostock über einen Fall zu entscheiden, in dem es der beklagten Haftpflichtversicherung nicht möglich war zu beweisen, dass eine Instandsetzung des Heckabschlussbleches bei dem unfallbeschädigten Fahrzeug des Klägers ausreichend ist und eine Erneuerung der Heckabdeckung, wie vom Kläger behauptet, nicht erforderlich ist. Der Kläger hat die Nachbesichtigung des unfallbeschädigten Fahrzeuges durch einen Sachverständigen nicht gestattet. Nur eine erneute Begutachtung durch einen Sachverständigen hätte Aufschluss über die Notwendigkeit der Erneuerung der Heckabdeckung des unfallbeschädigten PKW bringen können.

²⁸² Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S 3138), welches am 1.1.2002 in Kraft getreten ist, ist an die Stelle der Wandelung das Recht zum Rücktritt vom Vertrag getreten. Die Rechtsfolgen sind allerdings gleich.

²⁸³ AG Rostock, ZfS 2000, 151 (151f.).

In dieser Nichtgestattung der Nachbesichtigung des unfallbeschädigten PKW durch den Kläger²⁸⁴ während des laufenden Prozesses hat das Amtsgericht Rostock eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass das Gericht zugunsten der Beklagten davon ausgegangen ist, dass eine Instandsetzung des Heckabschlussbleches als ausreichend zu erachten ist und das Gericht zu Lasten des Klägers angenommen hat, dass durch die Instandsetzung des Heckabschlussbleches eine volle Reparatur des PKW möglich gewesen wäre.

4.1.1.4. Resumée

In den drei vorgenannten Entscheidungen wurde jeweils eine Vereitelung des Sachverständigenbeweises angenommen.

Der Bundesgerichtshof hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Klägerin sich geweigert hat, sich dem auf Antrag der Beklagten vom Gericht angeordneten Sachverständigen zur Untersuchung zu unterziehen. Hierdurch war es der Beklagten nicht möglich, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachzuweisen, dass die bei der Klägerin vorliegende Erwerbs- und Arbeitsunfähigkeit nicht auf einen der Beklagten zuzurechnenden Unfall zurückzuführen war, sondern andere Ursachen hatte. Die Beweisvereitelung wurde daher in einem Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei (hier: Weigerung sich einem Sachverständigen zur Untersuchung zu unterziehen) während des laufenden Prozesses gesehen. Die Klägerin hat durch ihr Verhalten während des laufenden Prozesses der Beklagten die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht.

Das Landgericht Stuttgart hat eine Beweisvereitelung bejaht, da der Beklagte Geräte, deren Mangelhaftigkeit der Kläger behauptete, während des Prozesses nicht zur Begutachtung durch einen Sachverständigen zur Verfügung gestellt hat. Hierdurch war dem Kläger nicht möglich zu beweisen, dass das vom Beklagten erworbene Gerät mangelhaft war. Durch dieses Verhalten (hier: Vorenthalten des Gerätes zur Untersuchung) während eines laufenden Prozesses hat er dem Kläger die Führung eines Sachverständigenbeweises unmöglich

²⁸⁴ Grundsätzlich steht dem KfZ-Haftpflichtversicherer zwar kein Anspruch auf Nachbesichtigung des unfallbeschädigten Fahrzeuges zu. Etwas anderes hat aber dann zu gelten, wenn ein Verdacht auf betrügerische Geltendmachung von Unfallschäden besteht. Diese Voraussetzung hat das Amtsgericht Rostock als gegeben erachtet, weil ein Verdacht auf betrügerische Geltendmachung von Unfallschäden allein aufgrund des hohen Schadens, der durch heckseitigen Zusammenstoß bei geringer Fahrgeschwindigkeit beim klägerischen Fahrzeug eingetreten sein soll, gegeben war.

gemacht. Der Beweisvereitelung lag somit ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Verfahrens zugrunde.

Das Amtsgericht Rostock hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil sich der Kläger während eines laufenden Verfahrens geweigert hat, eine Nachbesichtigung seines unfallbeschädigten Fahrzeuges durch einen Sachverständigen zu gestatten. Infolge dessen konnte die Beklagte den Sachverständigenbeweis über die erforderlichen Reparaturmaßnahmen nicht führen. Auch hier lag der Beweisvereitelung ein Verhalten während eines laufenden Prozesses zugrunde, durch welches die Beweisführung durch Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht wurde.

Bei allen drei Fällen war demnach ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Verfahrens, durch welches der Gegenpartei die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht wurde, Grundlage für die Annahme einer Beweisvereitelung.

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass eine Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis anzunehmen ist, wenn ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Verfahrens zur Beweisnot der Gegenpartei führt. Ein prozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei kann somit den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung beim Sachverständigenbeweis erfüllen.

4.1.2. Zeugenbeweis

Nunmehr soll untersucht werden, ob in der Rechtsprechung auch ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Verfahrens, durch welches auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Zeugenbeweis eingewirkt wird, als zeitliche Komponente in Betracht kommt, um den Tatbestand der Beweisvereitelung als verwirklicht anzusehen.

4.1.2.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.06.1967 – VI ZR 201/65

In seinem Urteil vom 20.06.1967²⁸⁵ hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung in einem Fall angenommen, bei dem der Kläger einen Rechtsanwalt auf Schadensersatz verklagt hat, weil dieser von ihm verwahrte Treugelder für eigene Zwecke verbraucht hat. Die

²⁸⁵ BGH, NJW 1967, 2012 (2012f.).

Beweisvereitelung wurde aus der Tatsache hergeleitet, dass der Beklagte sich in diesem Prozess weigerte, die Bankangestellten der Bank, bei der das streitgegenständliche Konto geführt wurde, von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Hierdurch wurde dem Kläger unmöglich gemacht zu beweisen, dass der Beklagte die auf sein Praxiskonto geflossene Klagesumme bereits für sich verbraucht hatte, als er die Aufrechnung mit seiner Gebührenforderung erklärte.

4.1.2.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 08.12.1971 – IV ZR 81/70

Auch in seinem Urteil vom 08.12.1971²⁸⁶ hat der Bundesgerichtshof in einem Fall eine Beweisvereitelung angenommen, in dem der Kläger auf Aufhebung der Ehe wegen Irrtums über das Vorhandensein einer Geisteskrankheit seiner Ehefrau geklagt hat, weil sich diese während des Prozesses geweigert hat, die sie behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Hierdurch war dem Kläger nicht möglich, durch Einvernahme von Zeugen zu beweisen, dass die Beklagte bei Eingehung der Ehe an einer Geisteskrankheit litt. Nur die Einvernahme der die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt behandelnden Ärzte hätte zur problemlosen Aufklärung führen können.

Die Beklagte war, wie der Kläger herausgefunden hatte, in den Jahren 1933 bis 1945 mehrjährig in einer Heil- und Pflegeanstalt untergebracht und wurde dort sterilisiert. In diesen Jahren erfolgten Sterilisationen aufgrund einer gesetzlichen Regelung, nämlich zur Verhinderung erbkranken Nachwuchses, wobei die Sterilisationen jeweils auf Grund eines Beschlusses, der nach einem streitentscheidenden Erkenntnisverfahren vor den damaligen Erbgesundheitsgerichten erlassen wurde, vorgenommen wurden. Diese Tatsache hatte die Beklagte aber bei der Eheschließung verschwiegen. In dem laufenden Prozess auf Eheaufhebung hatte sich die Beklagte schließlich geweigert, die sie während dieser Zeit behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden.

Aus diesem Verhalten der Beklagten (hier: Nichtentbindung der sie behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht) hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung durch die Beklagte gesehen. Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass dem Kläger aus der Weigerung der Beklagten kein Nachteil erwachsen darf. Die von dem Kläger aufgestellte Behauptung, bei der Beklagten liege eine Geisteskrankheit vor, da sie in den Jahren 1933 bis 1945

²⁸⁶ BGH, NJW 1972, 1131 (1131f.) = BGH, MDR 72, 495 (495 f.).

mehrfach in einer Heil- und Pflegeanstalt untergebracht worden war und dort auch sterilisiert worden war, so dass ein Eheaufhebungsgrund gegeben sei, sei als wahr zu unterstellen. Die Beklagte habe die dem Kläger obliegende Beweisführung unmöglich gemacht, indem sie die sie behandelnden Ärzte nicht von der Schweigepflicht entbunden hat. Weiter führt der Bundesgerichtshof aus, dass es gegen Treu und Glauben verstoßen und dem allgemeinen Rechtsempfinden widersprechen würde, wenn die Beklagte diese ihr zumutbare Mitwirkung bei der gebotenen Aufklärung versagen und damit dem Kläger die Beweisführung unmöglich machen würde.

4.1.2.3. Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 19.09.1979 – 17 U 159/75

Auch das Oberlandesgericht Frankfurt hat in seinem Urteil vom 19.09.1979²⁸⁷ ähnlich entschieden, in dem es eine Beweisvereitelung in einem Fall angenommen hat, in dem der Kläger, ein ehemaliger Patient des beklagten Arztes, sich während eines Prozesses in dem er den Arzt wegen einer angeblich fehlerhaften Behandlung in Anspruch genommen hat, die vom Beklagten als Zeugen benannten behandelnden Ärzte und Schwestern (Krankenhauspersonal) verspätet²⁸⁸ von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbunden hat. Hierdurch war es dem Beklagten Arzt nicht möglich eine ordnungsgemäße Behandlung nachzuweisen.

4.1.2.4. Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 30.10.1985 – 7 U 1915/85

In seinem Urteil vom 30.10.1985²⁸⁹ hat das Oberlandesgericht München in einem ähnlich gelagerten Fall eine Beweisvereitelung angenommen, in dem die Parteien um Maklerprovision stritten. Die Klägerin hat die von der Beklagten als Zeugen angebotenen Notar und Notaramtman, bei denen die streitgegenständliche Fälligkeitsvereinbarung getroffen worden war, nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden. Hierdurch war der

²⁸⁷ OLG Frankfurt, NJW 1980, 2758 (2758).

²⁸⁸ Der vom OLG Frankfurt entschiedene Fall unterscheidet sich von den üblicherweise unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung behandelten Fälle dadurch, dass die Befreiung der von dem Beklagten benannten Ärzte und Schwestern von der Verschwiegenheitspflicht nicht vollständig verweigert wurde, sondern zu spät erteilt wurde. Der Kläger hat die Ärzte und Schwestern (Krankenhauspersonal) verspätet von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, so dass sich die Beweisaufnahme um 7 Jahre verzögert hat und die Zeugen aufgrund der langen Zeitdauer wegen Erinnerungsmängeln zu einer hinreichenden Aussage nicht mehr in der Lage waren und der beklagte Arzt den Beweis der ordnungsgemäßen Behandlung nicht erbringen konnte. Das OLG Frankfurt hat diesbezüglich ausgeführt, dass dies, gleich der vollständigen Weigerung, die Ärzte von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, als Beweisvereitelung anzusehen ist.

²⁸⁹ OLG München, NJW-RR 1987, 1021 (1021f.).

für diese Tatsache beweispflichtigen Beklagten nicht möglich zu beweisen, dass die Fälligkeitsvereinbarung für die Provision in einem späteren Notartermin abgeändert worden sei.

4.1.2.5. Resumée

In allen vorbesprochenen Urteilen wurde eine Vereitelung des Zeugenbeweises angenommen.

Einmal wurde eine Beweisvereitelung angenommen, weil die nicht beweisbelastete Partei sich weigerte, einen Bankangestellten von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Weiter wurde eine Beweisvereitelung angenommen, weil die nicht beweisbelastete Partei die sie behandelnden Ärzte und Schwestern nicht von der Schweigepflicht entbunden hat. Im letzten Fall wurde eine Beweisvereitelung angenommen, weil die nicht beweisbelastete Partei den Notar und Notaramtmann nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat.

In allen Fällen führte dieses Verhalten dazu, dass durch die Gegenpartei der Zeugenbeweis nicht geführt werden konnte.

Allen besprochenen Urteilen ist gemeinsam, dass die Beweisvereitelung jeweils auf ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Prozesses gestützt wurde, durch welches der beweisbelasteten Partei die Beweisführung mittels Zeugenbeweis vereitelt wurde. Daraus wird deutlich, dass in allen Fällen der Zeugenbeweis durch ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während des Prozesses vereitelt wurde.

Es bleibt deshalb festzuhalten, dass der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung beim Zeugenbeweis in zeitlicher Hinsicht durch prozessuales Verhalten -Tun oder Unterlassen- der nicht beweisbelasteten Partei verwirklicht werden kann.

4.1.3. Augenscheinsbeweis

Nachdem nun die Frage geklärt ist, inwieweit die Rechtsprechung ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Verfahrens, das Auswirkung auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Sachverständigen- oder Zeugenbeweis hat, für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung ausreichen lässt, soll nun geklärt werden, wie dies bei Auswirkungen auf den Beweis durch Augenschein ist.

4.1.3.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.06.1951 – VI ZR 37/50

In seinem Urteil vom 14.06.1951²⁹⁰ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es der Klägerin unmöglich war zu beweisen, wie viele brauchbare Geldscheine sie der Beklagten nach einem Fliegerschaden übergeben hatte.

Die Beklagte hat die ihr von der Klägerin übergebenen Geldscheine in dem geführten Prozess nicht herausgegeben. Nur die Inaugenscheinnahme der Geldscheine hätte belegen können, wie viele brauchbare Geldscheine der Beklagten seitens der Klägerin übergeben worden waren, um ihren auf eine bestimmte Höhe gerichteten Herausgabeanspruch zu beweisen.

Die Klägerin war der Auffassung, in diesem Verhalten sei eine Beweisvereitelung der Beklagten zu sehen. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen, mit der Folge, dass die Behauptung der Klägerin über die Zahl der übergebenen Geldscheine als wahr zu unterstellen war und diese den Nachweis der Unwahrheit der Klägerin führen musste.

4.1.3.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 05.12.1967 – 4 W 476/67

In seinem Beschluss vom 05.12.1967²⁹¹ hat das Oberlandesgericht Koblenz darauf hingewiesen, dass es eine Beweisvereitelung darstellen kann, wenn sich die nicht beweisbelastete Partei weigert, die im Laufe eines geführten Prozesses, aufgrund eines von der Gegenseite angebotenen Beweises, angeordnete Augenscheinseinnahme auf ihrem Grundstück zu dulden.²⁹²

4.1.3.3. Resumée

Der Bundesgerichtshof hat in dem soeben dargestellten Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil sich die nicht beweisbelastete Partei geweigert hat, die ihr überlassenen Geldscheine dem Gericht zur Inaugenscheinnahme vorzulegen.

²⁹⁰ BGH, NJW 1951, 643 (643).

²⁹¹ OLG Koblenz, NJW 1968, 897 (897).

²⁹² Das Oberlandesgericht Koblenz hatte nicht konkret über die Beweisvereitelung zu entscheiden, sondern über eine Beschwerde gegen die Verhängung einer Ordnungsstrafe, die aus der Weigerung der Partei, eine Augenscheinseinnahme und anschließende Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf seinem Grundstück zu dulden, resultierte (konkret hatte der Kläger gedroht, er werde den Beklagten und auch den Richter von seinem Grundstück „vertreiben“). Diesbezüglich hat das OLG ausgeführt, dass die Partei das Recht habe, sich zu weigern, so dass die Verhängung einer Ordnungsstrafe nicht gerechtfertigt sei. Es liege in dem Verhalten jedoch in aller Regel ein Verstoß gegen die aus dem Prozessrechtsverhältnis abzuleitende allgemeine Mitwirkungs- und Förderungspflicht der Partei vor, die es rechtfertige, eine Beweisvereitelung anzunehmen, mit der Folge, aus der Weigerung nachteilige Schlüsse für die sich weigernde Partei ziehen zu können.

Auch das Oberlandesgericht Koblenz vertritt die Auffassung, dass es eine Beweisvereitelung darstellt, wenn sich die nicht beweisbelastete Partei weigert, die vom Gericht angeordnete Inaugenscheinnahme ihres Grundstücks zu dulden.

Diese beiden Urteile zeigen deutlich, dass ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei während eines laufenden Verfahrens, welches Auswirkung auf die Beweisführung der Gegenpartei mittels Augenscheinsbeweis hat, in zeitlicher Hinsicht für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung in Betracht kommt.

Ein prozessuales Verhalten -Tun oder Unterlassen- der nicht beweisbelasteten Partei ist beim Augenscheinsbeweis folglich ebenfalls eine Alternative für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung.

4.1.4. Zwischenergebnis

Aus den vorbesprochenen Urteilen wird ersichtlich, dass das Erschweren oder Unmöglichmachen der Beweisführung durch ein Verhalten -positives Tun oder Unterlassen- der nicht beweisbelasteten Partei während des Prozesses geschehen kann.

Dabei ist unerheblich, ob durch dieses prozessuale Verhalten auf den Sachverständigen-, den Zeugenbeweis oder den Beweis durch Augenschein eingewirkt wird.

Den vorgenannten Urteilen kann somit entnommen werden, dass der Sachverständigen-, der Zeugenbeweis und auch der Beweis durch Augenschein durch ein prozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei vereitelt werden kann. Der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung kann in zeitlicher Hinsicht somit durch ein prozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei verwirklicht werden.

4.2. Vorprozessuales Verhalten

Neben einem Verhalten während des Prozesses, das, wie soeben aufgezeigt wurde, als zeitliche Komponente einer Beweisvereitelung in Betracht kommen kann, wäre weiter denkbar, dass eine Partei durch ein Verhalten vor einem anhängigen Rechtsstreit auf die Beweisführung des Prozessgegners einwirkt.

Ob auch ein solches vorprozessuales Verhalten als zeitliche Komponente zur Erfüllung des Tatbestandes der Beweisvereitelung in Betracht kommt, soll nun anhand einiger in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen untersucht werden. Dies soll in Bezug auf die

Beweismittel erfolgen, für die eine gesetzliche Regelung zur Beweisvereitelung nicht oder nur unzureichend existiert.

4.2.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit ein Verhalten einer Partei vor einem laufenden Verfahren, welches Auswirkungen auf die Beweisführung durch Sachverständigenbeweis der Gegenpartei hat, als zeitliche Komponente zur Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung in Betracht kommt.

4.2.1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 24.06.1975 – VI ZR 72/74

In seinem Urteil vom 24.06.1975²⁹³ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem den Beklagten das Verschulden an einem Behandlungsfehler und eine hierdurch bei einer Operation eingetretenen Schädigung des Klägers nicht nachgewiesen werden konnte. Ein solcher Verschuldensnachweis konnte seitens des Klägers nicht geführt werden, weil die Beklagten den bei der Operation verwendeten Gummitubus mit Ballon, der für die während der Operation erfolgte Intubationsbeatmung verwendet wurde, gleich nach der Operation haben wegwerfen lassen. Allein die Untersuchung dieses Tubus durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung führen können.

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass in dieser Anordnung des Wegwerfens des Tubus eine Beweisvereitelung mit der Folge einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der Beklagten gesehen werden kann. Den Beklagten hätte schon nach der Operation erkennbar sein müssen, dass der Tubus gegebenenfalls noch für eine spätere Beweisführung des Klägers erforderlich sein könnte. Allein aus der Anordnung des Wegwerfens des Tubus werde ersichtlich, dass die Beklagten sich der vermutlichen Schadensursächlichkeit des Tubus bewusst waren und auch der Gefährlichkeit des bei der Operation eingetretenen Zwischenfalles. Es war deshalb auch erkennbar, dass der Tubus gegebenenfalls noch zur Untersuchung benötigt wird. Sie hätten deshalb den Tubus nicht vernichten dürfen. Dennoch wurde die Anordnung zum Wegwerfen des Tubus erteilt, mit der Folge, dass das einzige Beweismittel vernichtet wurde und dem Kläger in einem später gegen die Beklagten geführten Prozess ein Verschuldensnachweis nicht gelingen konnte. Dies könne als Beweisvereitelung gewertet werden.

²⁹³ BGH, VersR 1975, 952 (953f.).

4.2.1.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 25.03.1988 – 14 U 414/87

In seinem Urteil vom 25.03.1988²⁹⁴ hatte das Oberlandesgericht München über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass den Beklagten ein Verschulden an dem von ihm erlittenen Skiunfall traf. Die Beklagten hatten die streitgegenständlichen Skier nach dem Unfall von dem Kläger zurückverlangt und Veränderungen an den Einstellungen vorgenommen. Nur durch die Begutachtung der Skier durch einen Sachverständigen in dem Zustand, in dem sie sich bei dem Unfall befanden, hätte zur Aufklärung führen können.

Der Kläger verlangte sowohl von dem Betreiber einer Skischule als auch von dessen Angestellten Schadensersatz und Schmerzensgeld, weil er einen Skiunfall erlitten hatte bei dem es zu Brüchen seiner Schien- und Wadenbeine gekommen war, weil sich bei dem Sturz die Skibindungen nicht geöffnet hatten. Der Kläger, der diese Skier bei dem Betreiber der Skischule geliehen hatte und deren Einstellungen von dessen Angestellten vorgenommen worden waren, war der Meinung, dass die Bindungen an beiden Skiern falsch eingestellt gewesen seien, weshalb sie sich bei dem Sturz nicht geöffnet hätten, so dass es zu den Schädigungen gekommen sei. Der Kläger konnte allerdings diese von ihm behauptete ursächliche Falscheinrichtung der Bindungen nicht beweisen, da die tatsächliche Einstellung der Bindungen vom Sachverständigen nicht mehr geprüft werden konnten, weil die Skier nicht mehr in demselben Zustand zur Verfügung standen. Die Beklagten hatten nach dem Unfall sowohl die Skier als auch die Skischuhe von dem Kläger zurückverlangt, obwohl der Schwager des Klägers darauf hingewiesen hatte, dass der Kläger die Skier und Skischuhe zunächst behalten möchte.

In diesem Verhalten der Beklagten hat das Oberlandesgericht München eine Beweisvereitelung gesehen. Das Oberlandesgericht München führt insoweit aus, dass für die Beklagten nicht zweifelhaft sein konnte, dass der Wunsch des Zeugen, die Skier und Skischuhe zunächst behalten zu wollen, nur auf die erforderliche Sicherung des Beweismittels gerichtet gewesen sein konnte. Dass die Beklagten dennoch auf die Rückgabe der Gegenstände bestanden, obwohl sich deren Beweisfunktion bereits deutlich abzeichnete, stelle ein grobes Verschulden dar, das dem Kläger seine Beweisführung unmöglich gemacht habe, so dass dem Kläger die Erfüllung seiner Beweispflicht nicht mehr zugemutet werden könne. Aufgrund dieser Beweisvereitelung müsse davon ausgegangen werden, dass die

²⁹⁴ OLG München, NJW-RR 1989, 1371 (1371) = OLG München, VersR 1989, 489 (489).

Bindungseinstellung den technischen Normen nicht entsprach und fehlerhaft war und die Beklagten infolge dessen für den geltend gemachten Schaden einzustehen hatten.

4.2.1.3. Resumée

In beiden vorbesprochenen Urteilen wurde eine Vereitelung des Sachverständigenbeweises angenommen.

Der Bundesgerichtshof hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Beklagten den bei der Operation des Klägers verwendeten Gummitubus nach der Operation haben wegwerfen lassen. Der Beweisvereitelung lag demnach ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Beklagten vor einem laufenden Verfahren zugrunde. Durch dieses vorprozessuale Verhalten war den Klägern nicht möglich, den Verschuldensnachweis mittels Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend den Zustand des Gummitubus zu führen. Dieses Unterlassen der Beklagten von beweissichernden Maßnahmen im Vorfeld eines Prozesses, trotz Erkennbarkeit, dass der Tubus gegebenenfalls in einem späteren Verfahren zur Untersuchung durch einen Sachverständigen benötigt wird, hat dazu geführt, dass dem Kläger die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht wurde.

Das Oberlandesgericht München hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Beklagten nach einem Skiunfall des Klägers die Beweismittel zurückverlangt und Veränderungen daran vorgenommen hatten. Durch dieses Verhalten der Beklagten vor einem laufenden Verfahren, war es dem Kläger im nachfolgenden Prozess nicht möglich, Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Einstellung der Skibindungen zu führen, um so eine Aufklärung über das Verschulden des Beklagten an dem von dem Kläger erlittenen Skiunfall herbeizuführen. Es führte demnach ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei vor einem laufenden Prozess zur Unmöglichkeit der Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis.

Bei beiden Fällen war demnach ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung der Gegenpartei mittels Sachverständigenbeweis hatte, Grundlage für die Annahme des Tatbestandes einer Beweisvereitelung.

Daraus ergibt sich, dass in zeitlicher Hinsicht beim Sachverständigenbeweis ein vorprozessuales Verhalten -Tun oder Unterlassen- der nicht beweisbelasteten Partei als weitere Variante zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung in Betracht kommt.

4.2.2. Zeugenbeweis

Fraglich ist, ob auch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung der Gegenpartei durch Zeugenbeweis hat, den Tatbestand der Beweisvereitelung in zeitlicher Hinsicht erfüllen kann. Dies gilt es anhand der nachfolgenden in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen zu klären.

4.2.2.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 27.05.1974 – 3 U 28/74

In seinem Urteil vom 27.05.1974²⁹⁵ hatte das Oberlandesgericht Hamm über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem geschädigten Kläger nicht möglich war, den Unfallhergang zu beweisen und somit den Entlastungsbeweis nach § 7 Abs. 2 StVG a. F. zu führen. Der beklagte Unfallverursacher hatte durch seine Erklärung am Unfallort, schuldig an dem Unfall zu sein, eine polizeiliche Unfallaufnahme und damit eine Beweissicherung verhindert. Nur die Hinzuziehung der Polizei und die spätere Zeugeneinvernahme der Polizisten hätte zur Aufklärung führen können.²⁹⁶

In diesem Verhalten des nicht beweisbelasteten Beklagten hat das Oberlandesgericht Hamm eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass der Beklagte gehalten war, die Unfallschilderung des Klägers und damit das Vorliegen eines unabwendbaren Ereignisses nach § 7 Abs. 2 StVG a. F. zu widerlegen.

Das Oberlandesgericht hat diesbezüglich festgestellt, dass es im Interesse des Beklagten gelegen ist, dass die Polizei keine Unfallermittlungen durchführt, weil er Schwierigkeiten infolge vorangegangenen Alkoholgenusses befürchtete. Der Beklagte war nicht zur Abgabe eines Schuldanerkenntnisses gedrängt worden. Zu dem Zeitpunkt des Unfallereignisses hätten

²⁹⁵ OLG Hamm, MDR 1974, 1019 (1019).

²⁹⁶ Es hätte auch eine Zuordnung der Entscheidung zum Sachverständigen- oder Augenscheinsbeweis vorgenommen werden können. Eine Zuordnung zum Zeugenbeweis erfolgte aber aus dem Grunde, dass die Zuziehung des Polizisten als etwaigen Zeugen wohl der erste Schritt gewesen wäre und nicht sicher ist, ob das Gericht die Hinzuziehung eines Sachverständigen für erforderlich gehalten hätte oder Augenscheinsobjekte gefertigt worden wären.

Ermittlungen zum Unfallhergang aber noch erfolgversprechend durchgeführt werden können, was während des Prozesses nicht mehr möglich war. Dies müsse zu Lasten des Beklagten gehen.

4.2.2.2. Resumée

In vorbesprochenem Urteil wurde eine Beweisvereitelung angenommen, weil die nicht beweisbelastete Partei nach einem Verkehrsunfall eine Beweisaufnahme verhindert hat. Der Beweisvereitelung lag demnach ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei zugrunde, durch welches auf die Zeugenbeweisführung des Gegners in dem nachfolgenden Prozess eingewirkt wurde. Durch sein Verhalten hat der Beklagte verhindert, dass für einen späteren Prozess Zeugen zur Verfügung standen. Der Beklagte hat somit beweissichernde Maßnahmen im Vorfeld eines Prozesses unterlassen. In zeitlicher Hinsicht kommt damit ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf den Beweis mittels Zeugen der Gegenpartei hat, in Betracht.

Folglich kann auch beim Zeugenbeweis in zeitlicher Hinsicht der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung durch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei verwirklicht werden.

4.2.3. Augenscheinsbeweis

Ob auch ein Verhalten vor einem anhängigen Rechtsstreit, welches Auswirkungen auf eine Beweisführung der Gegenpartei mittels Augenschein hat, ausreicht, um den Tatbestand der Beweisvereitelung in zeitlicher Hinsicht als erfüllt anzusehen, soll im Nachfolgenden untersucht werden.

4.2.3.1. Entscheidung des Obergerichtshofes Köln für die britische Zone vom 05.11.1948 – I ZS 88/48

In seinem Urteil vom 05.11.1948²⁹⁷ hatte der Obergerichtshof Köln über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Kläger der Nachweis der Formgültigkeit eines Testamentes erheblich erschwert oder unmöglich gemacht wurde und er hierdurch nicht nachweisen konnte, dass er durch formgültiges Testament zum Alleinerben eingesetzt wurde. Der

²⁹⁷ OLG Köln, NJW 1949, 146 (146).

Rechtsvorgänger der Beklagten hatte das Testament bereits zu seinen Lebzeiten vernichtet. In dem nach dem Tod des Erblassers angestregten Prozess konnte wegen der Vernichtung des Testaments der Nachweis der formgültigen Errichtung durch Inaugenscheinnahme seitens des Klägers nicht nachgewiesen werden. Nur die Inaugenscheinnahme des Testaments hätte zur Aufklärung führen können.

In dieser Vernichtung des Testaments durch den Rechtsvorgänger der Beklagten²⁹⁸ vor dem seitens des Klägers angestregten Prozess hat der Obergerichtshof eine der Beklagten zurechenbaren Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass von einem formgültig errichteten Testament auszugehen war und es der Beklagten oblag, den Gegenbeweis zu führen.

4.2.3.2. Resumée

Aus vorgenanntem Urteil wird deutlich, dass eine Beweisvereitelung beim Beweis durch Augenschein angenommen wurde, weil die nicht beweisbelastete Partei (hier: deren Rechtsvorgänger) bereits vor dem Tod des Erblassers ein Testament vernichtet hat, welches in dem später angestregten Prozess hätte in Augenschein genommen werden müssen, um die Formgültigkeit beweisen zu können.

Durch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei wurde folglich ein potentielleres Beweismittel vernichtet.

Der Augenscheinsbeweis kann somit ebenfalls durch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei vereitelt werden. In zeitlicher Hinsicht erfüllt somit ein vorprozessuales Verhalten -Tun oder Unterlassen- der nicht beweisbelasteten Partei auch beim Beweis durch Augenschein den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung.

4.2.4. Zwischenergebnis

Aus den vorbesprochenen Urteilen wird ersichtlich, dass die Pflichtverletzung, die zu einer Beweisvereitelung führen kann, nicht nur während eines laufenden Prozesses (prozessual) begangen werden kann. Aus den vorgenannten Urteilen ergibt sich vielmehr, dass ein zur Beweisvereitelung führendes Verhalten auch schon vor einem Prozess vorliegen kann. Es ist

²⁹⁸ Zur Zurechnung des Verschuldens des Rechtsvorgängers, vgl. S. 186ff..

demnach auch ein vorprozessuales Handeln als ausreichend für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung anzusehen.

Unerheblich ist dabei, auf welches Beweismittel durch das vorprozessuale Verhalten eingewirkt wird. Sowohl der Sachverständigen- als auch der Zeugenbeweis sowie der Augenscheinsbeweis können durch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei vereitelt werden.

In zeitlicher Hinsicht stellt somit auch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei ein Positivmerkmal des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung dar.

4.3. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es im Rahmen des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung unerheblich ist, ob das positive Tun oder Unterlassen der nicht beweisbelasteten Partei, durch welches der beweisbelasteten Partei die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert wird, während des Prozesses oder vor einem Prozess stattgefunden hat. Es kommt nur auf die Auswirkung des Verhaltens auf die Beweisführung der beweisbelasteten Partei an.²⁹⁹ Dies gilt sowohl für das Beweismittel des Sachverständigenbeweises, des Zeugenbeweises wie auch für das Beweismittel des Augenscheinsbeweises.

In zeitlicher Hinsicht kann das beweisvereitelnde Verhalten folglich prozessual oder vorprozessual stattgefunden haben. Der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung kann somit sowohl durch ein prozessuales als auch durch ein vorprozessuales Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei verwirklicht werden.

5. Die Pflichtverletzung

Wie vorhergehend ausgeführt wurde, kann der Beweis vereitelt werden durch Vernichtung, Vorenthaltung oder Unterlassen der Schaffung eines Beweismittels. Korrespondierend muss demzufolge eine Verletzungshandlung vorliegen, die sich auf eine Pflicht zur Erhaltung, Offenbarung oder Herstellung eines Beweismittels bezieht.³⁰⁰ Es stellt sich deshalb die Frage,

²⁹⁹ Übernommen aus *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 28.

³⁰⁰ Übernommen aus *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

gegen welche Pflichten verstoßen werden muss, um den Tatbestand einer Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen verwirklichen zu können.

Denkbar ist dabei der Verstoß gegen eine vertragliche Pflicht oder Obliegenheit, ein Verstoß gegen Vorschriften des Deliktsrechts, ein Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht, ein Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben, ein Verstoß gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht sowie ein Verstoß gegen sonstige Pflichten.

Angesichts der Fülle an Material ist es nicht möglich alles darzustellen. Bei der Herausarbeitung dieser Pflichten und der sich daraus ergebenden Verletzungshandlungen wird deshalb nicht zwischen den einzelnen Beweismitteln unterschieden, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Dies ist aber auch nicht lohnend, da, wie auch bereits aus den vorangegangenen Untersuchungen ersichtlich ist, in der Rechtsprechung ein Gleichlauf bei den einzelnen Beweismitteln erfolgt.

5.1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit

Zunächst ist zu prüfen, ob in einem Verhalten -Tun oder Unterlassen- der nicht beweisbelasteten Partei, welches sich als Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit darstellt, eine für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung liegen kann. Dies soll anhand der nachfolgenden Entscheidungen herausgearbeitet werden.

5.1.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle vom 16.03.1966 – 1 U 222/65

Das Oberlandesgericht Celle hat in seinem Urteil vom 16.03.1966³⁰¹ eine Beweisvereitelung angenommen, weil der Kläger in dem von ihm angestregten Prozess gegen die Beklagte, mit der er eine Krankentagegeldversicherung abgeschlossen hatte und die er auf Bezahlung von Tagegeldern verklagt hatte, den von der Beklagten zum Zeugen angebotenen Arzt nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat. Durch diese Weigerung des Klägers, den Arzt von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, war es der Beklagten nicht möglich zu beweisen, dass der Kläger bereits vor Abschluss des Versicherungsvertrages an Krankheiten gelitten hat, die dieser in dem Versicherungsvertrag nicht angegeben hat.

³⁰¹ OLG Celle, VersR 1966, 870 (871).

Die Beklagte hatte sich in dem von dem Kläger geführten Prozess darauf berufen, dass der Kläger vor Abschluss des Versicherungsvertrages mit der Beklagten an Krankheiten gelitten hat, die er in dem Versicherungsantrag trotz Befragens nicht angegeben hat, weshalb sie den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und hilfsweise den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat. Für diese für die Beklagte beweispflichtige Tatsache hat die Beklagte Beweis angetreten durch Zeugnis eines den Kläger behandelnden Arztes. Der Kläger hat sich aber unter Berufung auf persönliche Gründe geweigert, den Arzt von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden und hat sich dagegen gewehrt, dass der Arzt als Zeuge vernommen wird.³⁰²

Das Oberlandesgericht Celle hat diesbezüglich ausgeführt, dass der Kläger durch diese Vorgehensweise gegen seine in dem Versicherungsvertrag übernommenen Verpflichtung, dass er der Beklagten die Befugnis erteilt hat, jederzeit über bestehende frühere Krankheiten oder Gebrechen bei Dritten alle für erforderlich erachteten Erkundigungen einzuziehen und die betreffenden Ärzte ermächtigt hat, der Beklagten jede Auskunft zu erteilen und darüber auch vor Gericht Zeugnis abzulegen, verstoßen hat.³⁰³ Durch diese schuldhaftes Vertragsverletzung habe der Kläger der Beklagten die Beweisführung unmöglich gemacht, was als Beweisvereitelung zu werten sei und dazu führen müsse, dass der Kläger beweispflichtig dafür ist, dass seine Behauptungen, soweit sie von denen der Beklagten abweichen, zutreffend sind.

5.1.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 30.06.1981 – 7 U 124/80

Das Oberlandesgericht Hamm hat in seinem Urteil vom 30.06.1981³⁰⁴ eine Beweisvereitelung angenommen, weil es der Beklagte vertragswidrig unterlassen hatte, nach einem Verkehrsunfall die Polizei zur Aufklärung des Unfallhergangs hinzuzuziehen und dadurch der

³⁰² Zwar hatte der Kläger im zweiten Rechtszug erklärt, er entbinde den von der Beklagten zum Zeugen angegebenen Arzt insoweit von der Verschwiegenheitspflicht, als es um die Vorlage von dessen Krankenpapieren und dessen EKG gehe, deren Beziehung er beantragte. Der Kläger hatte sich aber auch in der zweiten Instanz noch immer dagegen gewehrt, dass der von der Beklagten angebotene Zeugenbeweis erhoben wird. Der Kläger hat durch sein Verhalten zum Ausdruck gebracht, dass er lediglich mit der Erhebung eines Urkundenbeweises durch Vorlegung von Krankenpapieren und des EKGs einverstanden ist.

³⁰³ In dem Prozessverhalten (Nichtentbinden des von der Gegenseite als Zeugen benannten Arztes von der Verschwiegenheitspflicht) hat das OLG Celle einen Widerruf der von ihm erteilten Ermächtigungen gesehen. Es wurde davon ausgegangen, dass dieser Widerruf mangels Vorliegen eines berechtigten Grundes eine schuldhaftes Verletzung des Versicherungsvertrages darstellt. Das OLG hat den vom Kläger angebotenen Urkundenbeweis als nicht gleichwertig gegenüber dem von der Beklagten angebotenen Zeugenbeweis angesehen. Davon sei schon deshalb nicht auszugehen, weil die Beklagte im Falle des Urkundenbeweises des wichtigen Rechts der Parteibefragung verlustig gehe.

³⁰⁴ OLG Hamm, MDR 1982, 414 (414) = OLG Hamm, VersR 1982, 860 (860).

Klägerin nicht möglich war zu beweisen, dass der Unfall, wie vertraglich für eine Haftung vorausgesetzt, seitens des Beklagten grob fahrlässig verursacht wurde.

Der Beklagte hatte bei der Klägerin ein Kraftfahrzeug gemietet. Das Fahrzeug war nicht kaskoversichert; die Klägerin hatte dem Beklagten die Befreiung für die Haftung für nicht grob fahrlässig verursachte Schäden eingeräumt. Mit diesem Kraftfahrzeug hat der Beklagte einen Unfall verursacht, für dessen Folgen er von der Klägerin in Anspruch genommen wurde. Der genaue Unfallhergang konnte nicht geklärt werden, da der Beklagte, trotz entsprechenden Verlangens der Klägerin, die Polizei nicht unverzüglich nach dem Unfall benachrichtigt hat, wodurch eine polizeiliche Unfallaufnahme und damit erfolversprechende Ermittlungen verhindert wurden. Der Klägerin war es deshalb nicht möglich, durch entsprechende Zeugenaussagen von zugezogenen Polizisten, den genauen Unfallhergang und damit die grob fahrlässige Verursachung seitens des Beklagten zu beweisen.

Das Oberlandesgericht Hamm hat in der seitens des Beklagten unterlassenen³⁰⁵ unverzüglichen Benachrichtigung der Polizei, die zu der Beweisnot der Klägerin geführt hat, eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass der Kläger zu beweisen hatte, dass er den Unfall lediglich leicht fahrlässig verursacht hat und damit die Haftungsbeschränkung eingreift. Das Oberlandesgericht führt diesbezüglich aus, dass der Kläger durch diese Handlungsweise gegen seine vertragliche Obliegenheit verstoßen habe. Für den Beklagten hätte außerdem klar sein müssen, dass dem Verlangen der Klägerin nach Hinzuziehung der Polizei nur der Sinn beigemessen werden kann, dieser die Möglichkeit zu geben, den Unfallhergang zu klären und gegebenenfalls grobe Fahrlässigkeit als vertraglich vereinbarte Voraussetzung für die Haftung zu beweisen.

5.1.3. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.06.1997 – X ZR 119/94

In seinem Urteil vom 17.06.1997³⁰⁶ hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung in einem Fall angenommen, in dem es die Klägerin unterlassen hatte, nach einem eingetretenen Schadensereignis einen Havariekommissar zur Feststellung des Schadens hinzuzuziehen. Aufgrund der Nichtzuziehung eines Havariekommissars war es der Beklagten nicht möglich,

³⁰⁵ Auch hier wird wieder deutlich, dass als Begehungsform der Beweisvereitelung ein Unterlassen in Betracht kommt.

³⁰⁶ BGH, NJW 1998, 79 (81) = BGH, VersR 1998, 338 (339).

den für die Klägerin sprechenden Anscheinsbeweis, dass der Schaden auf ein der Beklagten zurechenbares Verhalten zurückzuführen war, zu erschüttern.

Die Klägerin hatte die Beklagte beauftragt, 24 Colli mit Elektroanlagen und Material, für die sie selbst einen Auftrag zur Durchführung eines Lufttransportes erhalten hatte, für den Lufttransport auf Paletten aufzubauen. Bei der Verschiebung einer Kiste auf einem Dollitransportwagen fiel die Kiste von dem Gabelstapler auf die Deichsel des Transportwagens. Anschließend wurde der Lufttransport vorgenommen. Beim Empfänger der Kiste wurde festgestellt, dass die in der Kiste transportierten Schaltschränke schwer beschädigt waren. Die Klägerin hat in dem geführten Rechtsstreit von der Beklagten Ersatz der Transportschäden und der ihr entstandenen Anwaltskosten verlangt.

Nach Benachrichtigung der Klägerin durch die Beklagte von dem Betriebsunfall hatte sich die Klägerin geweigert, zur sofortigen Untersuchung des Transportgutes einen Havariekommissar zur Feststellung eines Schadens herbeizurufen.

In dem geführten Prozess war nach den Regeln des Anscheinsbeweises davon auszugehen, dass die Beschädigungen am Transportgut durch das Herunterfallen vom Transportwagen verursacht wurden. Davon war aufgrund der getroffenen Feststellungen auszugehen, weil der Sturz des in einer Kiste verpackten Transportgutes vom Wagen in hohem Maße geeignet war, die später festgestellte Beschädigung herbeizuführen und andere Schadensursachen nicht hervorgetreten waren. Es oblag deshalb der Beklagten, diesen Anscheinsbeweis zu erschüttern.

Aufgrund der Tatsache, dass sich die Klägerin geweigert hatte, einen Havariekommissar zur Feststellung eines Schadens hinzuzuziehen, war es der Beklagten aber nicht möglich, diesen Anscheinsbeweis zu erschüttern. Der Bundesgerichtshof hat deshalb in der Nichtinzuziehung eines Havariekommissars durch die Klägerin eine Beweisvereitelung gesehen.

Diesbezüglich führt der Bundesgerichtshof aus, dass die Klägerin zur Mitwirkung an der Beweissicherung verpflichtet war. Diese Pflicht ergebe sich als vertragliche Nebenpflicht (§ 242 BGB) daraus, dass das Schadensereignis bei der Erfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages durch Mitarbeiter der Beklagten eingetreten war. Die Umstände des Falles hätten nach Aussage des Bundesgerichtshofes auch erfordert, für die sofortige Sicherung von möglichen Beweismitteln Sorge zu tragen, weil bei einem Weitertransport des Gutes die Feststellung der Schadensursache zumindest zweifelhaft sein konnte. Der Klägerin wäre aufgrund ihres Vertrages mit ihrer Auftraggeberin auch die rechtliche Möglichkeit

gegeben gewesen, vor dem Weitertransport den Befund sichern zu lassen, um einen möglichen endgültigen Verlust von Beweismitteln zu verhindern. Nach den Aussagen des Bundesgerichtshofes müsse wegen dieser seitens der Klägerin erfolgten schuldhaften Pflichtverletzung eine Beweisvereitelung angenommen werden, mit der Folge, dass sich die Klägerin nicht auf die Grundsätze des Anscheinsbeweises berufen könne.³⁰⁷

5.1.4. Resümée

Das Oberlandesgericht Celle hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil der Kläger den ihn behandelnden Arzt nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat. Durch diese Nichtentbindung des ihn behandelnden Arztes von der Verschwiegenheitspflicht hat der Kläger gegen eine, in seinem mit der Beklagten geschlossenen Versicherungsvertrag übernommene, Verpflichtung verstoßen. Dieses Verhalten des Klägers, durch welches er gegen eine Vertragspflicht verstoßen hat, führte dazu, dass seitens der Beklagten der Zeugenbeweis nicht geführt werden konnte. Aus dem Urteil wird ersichtlich, dass ein sich als Verletzung einer Vertragspflicht darstellendes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei Grundlage für die Annahme einer Beweisvereitelung war.

Das Oberlandesgericht Hamm hat eine Beweisvereitelung in einer unterlassenen Hinzuziehung der Polizei nach einem Verkehrsunfall gesehen. Die Zuziehung der Polizei hatte eine vertragliche Obliegenheit der nicht beweisbelasteten Partei dargestellt, die sich aus der vertraglich vereinbarten Haftungsbefreiung ergeben hatte. Als Grundlage der Beweisvereitelung wurde daher ein die Beweisnot der Gegenpartei verursachendes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches sich als Verstoß gegen eine vertragliche Obliegenheit darstellte, angesehen.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil es die Klägerin unterlassen hatte, nach einem eingetretenen Schadensereignis einen Havariekommissar zur Feststellung des Schadens hinzuzuziehen. Die Pflicht zur Hinzuziehung eines solchen Havariekommissars hatte sich als vertragliche Nebenpflicht

³⁰⁷ Der BGH konnte eine abschließende Entscheidung nicht treffen, weil noch durch das Berufungsgericht zu klären war, ob die Klägerin schuldhaft nach dem Betriebsunfall ihre Mitwirkung an der Klärung des Schadenseintritts und des Schadensumfangs verweigert hat. Dabei war noch durch das Berufungsgericht zu klären, ob nach dem Unfallhinweis und der Bitte der Beklagten, den Havariekommissar zu unterrichten, die Klägerin erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass eine Beweisführung später notwendig werden konnte und ob ihr die sofortige Schadensfeststellung durch einen Havariekommissar zumutbar und möglich war. Der BGH hat deshalb das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

daraus ergeben, dass das Schadensereignis bei der Erfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages durch Mitarbeiter der Beklagten eingetreten war. Aufgrund dieses Unterlassens der Klägerin (hier: unterlassene Hinzuziehung eines Havariekommissars) war es der Beklagten nicht möglich, den Anscheinsbeweis, dass die Beschädigungen am Transportgut durch Herunterfallen vom Transportwagen verursacht wurden, zu erschüttern. Aus dieser Entscheidung wird deutlich, dass sich ein Verhalten (hier: Unterlassen) der nicht beweisbelasteten Partei, welches sich als Verstoß gegen eine vertragliche Nebenpflicht darstellt, Grundlage für die Annahme einer Beweisvereitelung bilden kann.

Bei allen drei Fällen stellte sich das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches der Annahme einer Beweisvereitelung zugrunde gelegt wurde, als Verletzung einer vertraglichen Pflicht, Nebenpflicht oder Obliegenheit dar.

5.1.5. Ergebnis

Aus den vorangegangenen Ausführungen kann gefolgert werden, dass jeder Verstoß gegen eine vertragliche Pflicht, Nebenpflicht oder Obliegenheit eine für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung darstellen kann. Unerheblich ist dabei, ob gegen eine gesetzlich normierte Vertragspflicht (z. B. Pflicht des Vermögensverwalters Belege zu erteilen, § 259 BGB; Pflicht zur Erteilung eines Buchauszuges an den Handelsvertreter, § 87 c Abs. 2 HGB; Sorge für Beweis des Zustandes des Gutes durch Kommissionär, Spediteur oder Lagerhalter, §§ 388, 407 Abs. 2, 417 HGB, etc.), oder gegen eine vertraglich ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Vereinbarung verstoßen wird. Auch kann sich eine Pflicht zur Erhaltung von Beweismitteln als vertragliche Nebenpflicht (z. B. Sorgfaltspflicht bei Vertragsverhandlungen oder Pflicht zur Schadensminderung) ergeben. Auch eine bloße vertragliche Obliegenheit zur Herstellung, Erhaltung, Sicherung oder Vorlage von Beweismitteln ist ausreichend.

Eine für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung ist somit in der Verletzung einer vertraglichen Pflicht, Nebenpflicht oder Obliegenheit zu sehen.

5.2. *Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts*

Nachdem im vorherigen Abschnitt geklärt wurde, dass die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, Nebenpflicht oder Obliegenheit als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in Betracht kommt, soll nun geklärt werden, ob sich eine Pflicht

zur Erhaltung von Beweisen auch aus den Vorschriften des Deliktsrechts ergeben kann. Durch die Analyse zweier in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen soll geklärt werden, ob ein Verhalten, welches sich als Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts darstellt, eine für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung darstellt. Dabei kommt sowohl eine Verletzung der Vorschriften des § 823 Abs. 1, 2 BGB als auch eine Verletzung des § 826 BGB in Betracht.

5.2.1. Verstoß gegen die Vorschrift des § 823 Abs. 1, 2 BGB

Zunächst gilt zu klären, ob sich aus den deliktsrechtlichen Vorschriften des § 823 Abs. 1, 2 BGB eine Pflicht zur Beweiserhaltung ergeben kann und folglich ein Verhalten, welches sich als Verstoß gegen die Vorschrift des § 823 Abs. 1, 2 BGB darstellt, eine den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung erfüllende Pflichtverletzung darstellt.

5.2.1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.06.1951 – IV ZR 37/50

In seinem bereits auf den Seiten 88f. besprochenen Urteil vom 14.06.1951³⁰⁸ hat der Bundesgerichtshof das Vorliegen einer Beweisvereitelung bejaht, weil die Beklagte die ihr von der Klägerin zur Aufbewahrung übergebenen Geldscheine nicht herausgegeben hat. Hierdurch war der Klägerin nicht möglich zu beweisen, wie viele brauchbare Geldscheine sie der Beklagten übergeben hat.

In diesem Verhalten der Beklagten hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass die Behauptung der Klägerin über die Zahl der übergebenen Geldscheine als wahr zu unterstellen war und die Beklagte den Nachweis der Unwahrheit der Klägerin führen musste.

5.2.1.2. Resumée

Der Bundesgerichtshof hat der Annahme einer Beweisvereitelung zugrunde gelegt, dass die Beklagte die der Klägerin gehörenden Geldscheine nicht herausgegeben hat. Durch dieses Verhalten der Beklagten hat diese das Eigentum der Klägerin verletzt. Auch konnte in diesem Verhalten eine Unterschlagung i. S. d. § 246 StGB zu sehen sein. Durch ihr Verhalten hat die

³⁰⁸ BGH, NJW 1951, 643 (643).

Beklagte somit den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB sowie den Tatbestand des § 823 Abs. 2 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 StGB verwirklicht.

Daraus wird deutlich, dass ein gegen die Vorschriften des § 823 Abs. 1, 2 BGB verstoßendes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches dazu führt, dass der Gegenpartei hierdurch die Beweisführung erschwert oder unmöglich gemacht wird, eine den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung erfüllende Pflichtverletzung darstellt.

5.2.2. Verstoß gegen § 826 BGB - Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Weiter gilt zu klären, ob auch ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches sich als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung erweist und somit einen Verstoß gegen § 826 BGB darstellt, eine den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung ausfüllende Pflichtverletzung darstellen kann.

5.2.2.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 03.01.1921 – IV 469/20

Das Reichsgericht hatte in seinem bereits auf Seite 63 besprochenen Urteil vom 03.01.1921³⁰⁹ über einen Fall zu entscheiden, in dem der Kläger den von ihm behaupteten Vermächtnisanspruch nicht beweisen konnte, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten das streitgegenständliche eigenhändige Testament kurz vor dem Tod des Verstorbenen heimlich verbrannt hat.

Der Kläger und die Beklagte waren die einzigen Kinder des 1944 verstorbenen Erblassers und dessen 1941 verstorbener Ehefrau. Der Kläger nahm den Nachlaß für sich in Anspruch mit der Behauptung, 1939 hätten seine Eltern in Abänderung eines bereits geschlossenen Ehe- und Erbvertrages ein gemeinschaftliches privatschriftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt hätten mit der Bestimmung, dass der beiderseitige Nachlass nach dem Tode des Letztversterbenden an die Beklagte fallen solle und dem Kläger ein Vermächtnisanspruch zustehen solle. Das Testament war nach dem Tode der erstversterbenden Ehefrau des Erblassers nicht eröffnet worden. Die Ehefrau des Erblassers hatte das Testament kurz vor dem Tod des Mannes heimlich verbrannt.

In dieser Vernichtung hat das Reichsgericht eine Beweisvereitelung gesehen, mit der Folge, dass der Vortrag des Klägers als erwiesen anzusehen war.

³⁰⁹ RGZ 101, 197 (198).

Diesbezüglich führt das Reichsgericht aus, dass derjenige, der einem anderen die Beweisführung durch Vernichtung eines Testamentes erschwere oder unmöglich mache, sich so behandeln lassen müsse, als ob ein formgültiges Testament errichtet worden sei. Bis zum Beweis des Gegenteils durch die Beklagte müsse die Errichtung eines formgültigen gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testamentes unterstellt werden.

5.2.2.2. Resumée

Das Reichsgericht hat im aufgezeigten Fall eine Beweisvereitelung angenommen, weil der überlebende Ehegatte das nach dem Ehe- und Erbvertrag geschlossene gemeinschaftliche Testament vernichtet hat. Durch diese Vernichtung des gemeinschaftlichen Testamentes, welches eine Begünstigung zugunsten des Klägers enthielt, hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten dem Kläger vorsätzlich sittenwidrig Schaden zugefügt, weil der Kläger hierdurch seinen Anspruch nicht beweisen konnte.

Der Annahme der Beweisvereitelung lag demnach ein Verhalten der Rechtsvorgängerin der Beklagten zugrunde (hier: Vernichtung eines Testamentes), welches sich als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i. S. d. § 826 BGB darstellte. Hierdurch wurde dem Kläger die Beweisführung mittels Augenscheinsbeweis über die Tatsache der Einhaltung der Formvorschriften unmöglich gemacht.

Aus dem Urteil kann somit abgeleitet werden, dass ein Verhalten, welches sich als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i. S. d. § 826 BGB darstellt und dem Prozessgegner die Beweisführung unmöglich macht (oder erschwert), eine Beweisvereitelung darstellen kann. Ein Verhalten, welches sich als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i. S. d. § 826 BGB darstellt, stellt folglich eine den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung erfüllende Pflichtverletzung dar.

5.2.3. Ergebnis

Die Pflicht zur Erhaltung von Beweisen kann sich außerhalb besonderer, wie bereits aufgezeigt wurde aus dem Vertragsrecht ergebender Erhaltungspflichten, aus unerlaubter Handlung ergeben.³¹⁰ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn, wie im ersten aufgezeigten Urteil des Bundesgerichtshofes gerade das dem Beweisführer gehörende Beweismittel (hier:

³¹⁰ *Blomeyer*, Die Umkehr der Beweislast, S. 101.

der Klägerin gehörende Geldscheine) nicht herausgegeben werden. Darin ist ein Verstoß gegen § 823 Abs. 1, 2 BGB zu sehen.

Aber auch in einem Fall, in dem, wie bei dem aufgezeigten Fall des Reichsgerichts, der überlebende Ehegatte das gemeinschaftliche Testament vernichtet hat, ist ein Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts zu sehen. In der Vernichtung des gemeinschaftlichen Testamentes ist eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung i. S. d. § 826 BGB zu sehen.

Aus diesen beiden aufgezeigten Urteilen ergibt sich, dass, wenn das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches die Beweisnot der Gegenpartei herbeigeführt hat, gegen die Vorschriften des Deliktsrechts verstößt, eine Beweisvereitelung anzunehmen ist.

Ein Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts ist deshalb als den Tatbestand der Beweisvereitelung ausfüllende Pflichtverletzung in der Rechtsprechung anerkannt.

5.3. *Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht*

Anhand der nachfolgenden Entscheidungen ist nunmehr zu prüfen, inwieweit als für die Erfüllung des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung auch ein Verstoß gegen eine Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht in Betracht kommt.

5.3.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 27.06.1995 – 22 U 265/94

Das Oberlandesgericht Köln hat in seinem Urteil vom 27.06.1995³¹¹ eine Beweisvereitelung angenommen, weil es die Beklagte versäumt hatte, die Personen zu benennen, die den streitgegenständlichen Schaden gemeldet bzw. verursacht haben und deshalb der Klägerin der Nachweis, dass der mit der Klage geltend gemachte Schaden durch eine Handlung oder Unterlassung der Beklagten entstanden ist, nicht gelungen ist.

Die Klägerin, eine Transportversicherung, hat die beklagte Lufttransportführerin auf Ersatz des ihrem Versicherungsnehmer entstandenen und von ihr ersetzten Schadens in Anspruch genommen. Der Versicherungsnehmer der Klägerin hatte bei der Beklagten für einen Flug einen Presspappkarton mit hochwertigen Elektronikbauteilen aufgegeben. Dieser Karton wurde auf dem Weg zwischen Flugzeug und Flughafen von einem Gepäckzugführer mit seinem „Dolly“ überrollt, so dass die Elektronikbauteile zerstört wurden. Die Klägerin konnte

³¹¹ OLG Köln, NJW-RR 1997, 98 (98f.).

in dem Prozess nicht hinreichend darlegen und beweisen, dass der Schaden durch eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung der Beklagten oder deren Leute herbeigeführt wurde. Der Klägerin waren die Einzelheiten der Schadensverursachung, die sich in der Sphäre der Beklagten ereignet hatten, nicht hinreichend bekannt. Die Beklagte hatte es unterlassen, die Personen zu benennen, die den Schaden gemeldet bzw. verursacht haben, so dass diese Personen von der Klägerin nicht als Zeugen benannt werden konnten.

In dieser Nichtnennung der Zeugen hat das Oberlandesgericht Köln eine Beweisvereitelung gesehen. Das Oberlandesgericht führt diesbezüglich aus, dass zwar die Beklagte für die Umstände der Schadensverursachung nicht darlegungs- und beweisbelastet sei. Auch die nicht darlegungs- und beweisbelastete Partei könne jedoch eine Prozessförderungspflicht im Sinne einer Einlassungspflicht treffen. Könne, wie im vorliegenden Fall, der beweisbelasteten Partei die von ihr vorzutragenden Umstände nicht bekannt sein, weil sie außerhalb ihrer Wahrnehmungssphäre in Erscheinung getreten sind und auch die notwendigen Informationen von ihr nicht beschafft werden können, müsse auch die nicht darlegungs- und beweisbelastete Partei den Geschehensablauf darlegen, soweit ihr die Aufklärung möglich und zumutbar ist.³¹² Die Beklagte habe es aber unterlassen, die Personen zu benennen, die den „Dolly“ gefahren haben, der über die Packstücke rollte. Das Oberlandesgericht ist diesbezüglich der Auffassung, dass, selbst wenn der Beklagten nunmehr, wie von ihr behauptet wurde, die entsprechende Benennung heute nicht mehr möglich sei, weil sie nicht mehr feststellen könne, wer den „Dolly“ gefahren habe, ihre prozessuale Mitwirkungspflicht verletzt habe. Der Beklagten sei vorzuwerfen, dass sie zeitnah zum Schadensgeschehen keine Feststellungen hierzu getroffen habe, obwohl dies für sie ohne weiteres zumutbar und möglich gewesen wäre. Die prozessuale Mitwirkungspflicht einer Partei sei nämlich nicht nur dann verletzt, wenn der Partei das entsprechende Vorbringen während des Prozessverfahrens ohne weiteres zumutbar und möglich ist, sondern auch dann, wenn ihr entsprechende Feststellungen zeitnah zum Schadensgeschehen möglich und zumutbar waren. Dies habe auch für die prozessuale Mitwirkungspflicht in Form ihrer Darlegungspflicht (Benennung der Zeugen) zu gelten, wenn die Partei sich zeitnah zum Schadensereignis die entsprechenden Informationen hätte verschaffen können und dies aus Gründen, die in ihrem Verantwortungsbereich liegen, während des Prozesses nicht mehr kann. Die Beklagte habe im streitgegenständlichen Fall in

³¹² OLG Köln, NJW-RR 1997, 98 (98): Insbesondere im Transportrecht ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Frachtführer oder Spediteur auch zum Ablauf des Schadenshergangs vortragen muss, um prozessuale Nachteile für die Gegenseite zu vermeiden. Vgl. diesbezüglich auch OLG Stuttgart, TranspR 1994, 244 (244); a. A. OLG Frankfurt/M., VersR 1983, 1055 (1056).

grob nachlässiger Weise³¹³ gegen die Interessen ihres Auftraggebers verstoßen, indem sie es unterlassen habe, den Namen der den Schadensfall meldenden Person und des Dolly-Fahrers festzuhalten, um diese gegebenenfalls später benennen oder zu den Einzelheiten des Schadensfalles befragen zu können, obwohl sich bereits nach dem Schadensfall aufgedrängt hätte, dass dies notwendig sein würde.

5.3.2. Resümée

Das Oberlandesgericht Köln hat in seiner vorgenannten Entscheidung eine Beweisvereitelung angenommen, weil es die nicht beweisbelastete Partei versäumt hatte, diejenigen Personen als Zeugen zu benennen, die den streitgegenständlichen Schaden gemeldet bzw. verursacht haben. Durch diese Nichtnennung der Zeugen hatte die nicht beweisbelastete Partei gegen ihre prozessuale Mitwirkungs- bzw. Prozessförderungspflicht verstoßen, was dazu führte, dass der beweisbelasteten Partei nicht möglich war zu beweisen, dass der Schaden durch eine Handlung oder Unterlassung der nicht beweisbelasteten Partei entstanden ist.

Aus dem vorgenannten Urteil wird daher ersichtlich, dass eine Beweisvereitelung bei einem Verstoß gegen die prozessuale Mitwirkungs- bzw. die Prozessförderungspflicht angenommen werden kann.

Eine solche prozessuale Mitwirkungs- bzw. Prozessförderungspflicht kann sich aus der Zivilprozessordnung (z. B. § 138 ZPO) oder anderen Vorschriften, wie beispielsweise dem Bürgerlichen Gesetzbuch (z. B. Offenbarungs-³¹⁴, Rechenschafts-³¹⁵ oder Herausgabepflichten³¹⁶) ergeben.³¹⁷ Darüber hinaus ist eine Mitwirkungs- und

³¹³ In dem zu entscheidenden Fall musste sich für die Beklagte bereits nach dem Schadensbild aufdrängen, dass es erforderlich ist, den Namen der den Schadensfall meldenden Personen und des Dolly-Fahrers, der die Packstücke befördert hatte, festzuhalten. Das Schadensbild sprach nämlich zumindest für die Möglichkeit einer grob fahrlässigen, leichtfertigen oder sogar vorsätzlichen Schadensverursachung und damit für die Möglichkeit von Ansprüchen der Auftraggeberin gegenüber der Beklagten. Bereits die Tatsache, dass die Packstücke ersichtlich von dem Dolly hinuntergefallen sein mussten, sprach dafür, dass sie während des Transports nicht hinreichend oder nicht ausreichend befestigt wurden. Auch das Überfahren der Packstücke, die relativ groß waren, war nicht ohne weiteres als leicht fahrlässiges Versehen nachvollziehbar. Auch war teilweise sogar die Innenverpackung des Kartons beschädigt bzw. fehlte, so dass weitere Feststellungen dringend veranlasst waren.

³¹⁴ Vgl. §§ 444, 666, 675, 681, 713, 1379 Abs. 1, §§ 1580, 1605, 1361 Abs. 4, § 1634 Abs. 3, §§ 1839, 1799, 2027, 2057, 2127, 2314 BGB; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

³¹⁵ Vgl. § 259 Abs. 1, §§ 666, 675, 681, 713, 1698, 1890, § 2130 Abs. 2, § 2218 BGB; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

³¹⁶ Vgl. §§ 260, 371, 402, 809, 810, 952, 985, 1144, 1890 BGB; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

³¹⁷ *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

Prozessförderungspflicht neben den gesetzlich geregelten Fällen allgemein anerkannt.³¹⁸ Es hat sich der allgemeine Grundsatz entwickelt, dass die nicht beweisbelastete Partei über die gesetzlichen Einzelregelungen hinaus im Rahmen des Zumutbaren bei der Aufklärung begründeter Behauptungen der beweisbelasteten Partei mitzuwirken hat.³¹⁹

Das Bestehen einer Prozessförderungspflicht kann sich dabei, wie sich aus dem vorbesprochenen Urteil ergibt, aus der Beweisferne der darlegungs- und beweisbelasteten Partei und der Beweisnähe der gegnerischen, nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei ergeben. Es erschiene unbillig, wenn die Partei, die keine Kenntnis von den Umständen haben kann und damit den Sachverhalt, für den sie darlegungs- und beweispflichtig ist, nicht darlegen und beweisen kann, daraus prozessuale Nachteile erleiden würde.³²⁰ Dies muss insbesondere dann gelten, wenn der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei die Beibringung der Informationen aufgrund ihrer Nähe zum Geschehen unproblematisch möglich ist.³²¹

5.3.3. Ergebnis

Ein Verstoß gegen die ausdrücklich geregelten Mitwirkungspflichten, wie beispielsweise Erklärungs- und Wahrheitspflicht³²², Offenbarungs-³²³, Rechenschafts-³²⁴ oder Herausgabepflichten³²⁵ oder aber gegen die allgemein anerkannte Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht stellt nach der Rechtsprechung eine für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung dar.

³¹⁸ *Stürmer*, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozess, S. 1226f.; *Peters*, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, S. 209ff.; *Stürmer*, Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess, S. 240ff.; RGZ 166, 240 (242); BGH, GRUR 1971, 164 (167); BGH, GRUR 1975, 78 (79); BGH, NJW 1983, 171 (172). A. A. m. w. N.: *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 21f..

³¹⁹ *Stürmer*, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozess, S. 1226f.. Zur Begründung werden unterschiedliche Ansätze vertreten: Während die Rechtsprechung aufklärungsfeindliches Verhalten durch freie Beweismwürdigung ahndet, bemüht die überwiegende Literatur die Grundsätze von Treu und Glauben. Teilweise wird dieser Grundsatz in der Literatur auch aus den gesetzlichen Vorschriften abgeleitet.

³²⁰ OLG Köln, NJW-RR 1997, 98 (98).

³²¹ OLG Köln, NJW-RR 1997, 98 (98).

³²² Vgl. § 138 ZPO.

³²³ Vgl. §§ 444, 666, 675, 681, 713, 1379 Abs. 1 BGB, §§ 1580, 1605, 1361 Abs. 4 BGB, §§ 1839, 1799, 2027, 2057, 2127, 2314 BGB; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

³²⁴ Vgl. § 259 Abs. 1 BGB, §§ 666, 675, 681, 713, 1698, 1890 BGB, § 2130 Abs. 2, § 2218 BGB, § 28 Abs. 4 WEG; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

³²⁵ Vgl. §§ 260, 371, 402, 952, 985, 1144, 1890 BGB, § 423 ZPO; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 29.

5.4. *Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben*

Zu prüfen bleibt weiter, ob auch ein Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben als für das Vorliegen einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in Betracht kommt. Dies gilt es, anhand der nachfolgenden in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen zu klären.

5.4.1. *Entscheidung des Landgerichts Bautzen vom 20.10.1994 – 3 O 392/94*

In seinem Urteil vom 20.10.1994³²⁶ hatte das Landgericht Bautzen über einen Fall zu entscheiden, in dem die Klägerin die Beklagte auf Bezahlung aus einer Unfallzusatzversicherung ihres verstorbenen Ehemannes in Anspruch nahm. Der Klägerin war in dem Prozess nicht möglich zu beweisen, dass ihr Ehemann an den Folgen eines Unfalles im Sinne der Versicherungsbedingungen und nicht eines natürlichen Todes gestorben war.

Die Klägerin hatte nach dem Tod ihres Ehemannes gegenüber der Beklagten eine Obduktion der Leiche angeregt, die diese aber für nicht nötig erklärte. Nur die Obduktion der Leiche durch einen Sachverständigen hätte zur zweifelsfreien Aufklärung der Todesursache führen können. In dem seitens der Klägerin geführten Prozess hat die Beklagte das Vorliegen eines Unfalltodes bestritten.

In diesem Verhalten der Beklagten (unterlassene Obduktion) hat die Klägerin eine Beweisvereitelung gesehen. Dieser Auffassung hat sich das Landgericht Bautzen angeschlossen, mit der Folge, dass mangels Beweises des Gegenteils durch die Beklagte von einem Unfalltod auszugehen war.

Das Landgericht Bautzen führt diesbezüglich aus, dass das Verhalten der Beklagten als Beweisvereitelung zu würdigen sei. Es sei nach dem auch im Prozessrecht maßgeblichen Grundsatz von Treu und Glauben das Verhalten der Beklagten, einerseits vorprozessual auf die von der Klägerin sogar angeregte Autopsie zu verzichten, andererseits jedoch das Vorliegen eines Unfalltodes zu bestreiten, als Verstoß gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* zu werten. Die Beklagte habe eine vollständige Aufklärung der Todesursache vorprozessual durch die von ihr, trotz entsprechender Anregung seitens der Klägerin, abgelehnte Obduktion vereitelt. Sie könne sich wegen des Verbotes

³²⁶ LG Bautzen, VersR 1996, 366 (367).

widersprüchlichen Verhaltens redlicherweise nach dem auch prozessual fundamentalen Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr auf die von ihr zu verantwortenden Aufklärungsdefizite zu Lasten der Klägerin berufen.

5.4.2. Resümée

Das Landgericht Bautzen hat in seinem Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Beklagte eine Obduktion unterlassen hatte und im Prozess das Vorliegen eines Unfalltodes bestritten hatte, was nur durch eine Obduktion nachweisbar gewesen wäre. In diesem Verhalten hat das Gericht einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gesehen und dieses Verhalten als Beweisvereitelung gewertet.

Damit wurde ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben³²⁷ als eine für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung angesehen.

Daraus ergibt sich, dass man dem Verhalten einer Prozesspartei, welches dem Prozessgegner die Beweisführung erschwert oder unmöglich macht, dann zum Nachteil anrechnen kann, wenn er nach Treu und Glauben zur Tätigkeit (z. B. Obduktion), Duldung oder sonstigen Mitwirkung, Auskunftspflicht³²⁸ oder Erhaltung und Schaffung von Beweismitteln (wie in vorbesprochenem Fall in der unterlassenen Obduktion als unterlassene Schaffung von Beweismitteln) verpflichtet ist. Nur wenn das Gericht der Überzeugung ist, dass der Gegner nach Treu und Glauben nicht berechtigt war, die Beweisnot des Beweisführers auszunutzen,

³²⁷ Die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben auch im Verfahrensrecht, wie hier bei einer Beweisvereitelung, wird seit dem allgemeinen Vordringen der Generalklausel in unserem Recht von der Rechtsprechung (RGZ 102, 217 (222); RGZ 154, 299 (303); BGH, JZ 1953, 153 (153)) und auch von der Literatur (*Baumgärtel*, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, S. 90 ff.) anerkannt. Als Grund für die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben auch im Verfahrensrecht wird zum einen die Einheit der Rechtsordnung und zum anderen das Bedürfnis, dem Richter eine weitere Einwirkungsmöglichkeit auf die Gestaltung des Verfahrens zu geben, also ein praktisches Bedürfnis gesehen. Der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bedarf es auch deshalb, weil die Notwendigkeit besteht, die Parteien voreinander zu schützen. Dem Richter muss ein Maßstab verbleiben, an dem er unter Berücksichtigung der sich wandelnden Anschauungen und Bedürfnisse das Verhalten der Parteien im Prozess kontrollieren kann (*Baumgärtel*, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, S. 92.). Durch den somit auch dem Verfahrensrecht zugrunde zu legenden Grundsatz von Treu und Glauben werden die den Parteien vom Gesetz gewährten prozessualen Möglichkeiten nach weitgehend objektiven Gesichtspunkten begrenzt. Der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben bedarf es dann, wenn die Notwendigkeit des Schutzes für eine Partei gegen ein unredliches Verhalten des Gegners dies erfordert (*Baumgärtel*, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, S. 92ff.).

³²⁸ RGZ 108, 1 (7); 158, 377 (379); BGHZ 10, 385 (387); 81, 21 (24); 95, 285 (288): In der Rechtsprechung ist eine Auskunftspflicht aus Treu und Glauben anerkannt, für den Fall, dass die Parteien in einer besonderen rechtlichen Beziehung zueinander stehen und die beweisbelastete Partei in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang ihres Rechts im Ungewissen ist, die notwendigen Auskünfte zur Vorbereitung und Durchsetzung ihres Anspruches nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und die nicht beweisbelastete Partei sie unschwer zu geben vermag.

können aus seinem Verhalten für ihn ungünstige Schlüsse gezogen werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist hier Maßstab für die Bewertung des Parteiverhaltens.³²⁹

5.4.3. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt aufgrund vorgenannter Ausführungen festzuhalten, dass auch ein Verstoß gegen das auch im Verfahrensrecht anwendbare Prinzip von Treu und Glauben als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in der Rechtsprechung anerkannt ist.

5.5. Verletzung der Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht

Es stellt sich weiter die Frage, inwieweit eine Beweisvereitelung bei einem Verhalten einer Partei, welches sich als eine Verletzung der Dokumentations-, Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht darstellt, in Betracht kommt. Dies soll im Anschluss anhand mehrerer in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen geprüft werden.

5.5.1. Dokumentationspflichtverletzung

Zunächst ist zu prüfen, inwieweit eine Dokumentationspflichtverletzung in der Rechtsprechung als Pflichtverletzung in Betracht kommt, durch die der Tatbestand der Beweisvereitelung verwirklicht werden kann.

5.5.1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.06.1978 – VI ZR 183/76

In seinem Urteil vom 27.06.1978³³⁰ führt der Bundesgerichtshof aus, dass eine Beweisvereitelung auch dann in Betracht zu ziehen ist, wenn ein Arzt eine unzulängliche und falsche ärztliche Dokumentation liefert.

Die verstorbene Ehefrau und Mutter der Kläger hatte sich wegen kolikartiger Leibschmerzen zur Behandlung in das Belegkrankenhaus begeben, wo sie von der verstorbenen Mutter der Beklagten behandelt wurde. Diese nahm bei der Mutter und Ehefrau der Kläger sofort eine Blinddarmoperation vor. Ein Blutbild oder eine Urinuntersuchung wurden vor der Operation nicht vorgenommen. Dies wurde erst am darauffolgenden Tag erledigt. Die Untersuchungen ergaben einen auf eine schwere Entzündung hindeutenden Harnbefund. Aus diesem Befund

³²⁹ *Baumgärtel*, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, S. 106.

³³⁰ BGH, NJW 1978, 2337 (2338) = BGHZ 72, 132 (136ff.).

wurden keine therapeutischen Konsequenzen gezogen. Nach einem vorübergehenden Aussetzen der Peristaltik und Koterbrechen, die sich wieder besserten, kam es ca. eine Woche später bei der Mutter und Ehefrau der Kläger zu einem Kreislaufzusammenbruch, der nicht beherrschbar war und zum Tode der Patientin führte.

Mit der Klage haben die Kläger unter anderem Schadensersatz für entgangene Leistungen verlangt, da sie meinten, der Tod der Patientin sei auf einen Behandlungsfehler der Mutter der Beklagten zurückzuführen. Die Kläger konnten in dem Prozess allerdings nicht nachweisen, dass der Tod der Patientin auf einen Behandlungsfehler der Mutter der Beklagten zurückzuführen war, da die von der Mutter der Beklagten vorgenommene Dokumentation des Krankenblattes unvollständig und, wie sich im laufenden Prozess herausgestellt hatte, auch teilweise unrichtig war.³³¹

Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass die Mutter der Beklagten dadurch ihre Pflicht zur ärztlichen Dokumentation verletzt habe. Es sei die einem Arzt gegenüber einem Patienten obliegende Pflicht, ordnungsgemäße Krankenunterlagen zu führen, was auch in den ärztlichen Berufsordnungen allgemein anerkannt sei.³³² Dies lasse sich aus der selbstverständlichen therapeutischen Pflicht gegenüber dem Patienten erklären, da beispielsweise die weitere Behandlung des Patienten sowohl durch den selben Arzt als auch durch dessen zwangsläufigen oder frei gewählten Nachfolger durch unzulängliche Dokumentation entscheidend erschwert werden könne.

Da aufgrund der unzureichenden ärztlichen Dokumentation den Klägern nicht möglich gewesen sei zu beweisen, dass die Beklagte aufgrund eines Behandlungsfehlers der

³³¹ Zum einen war die in dem Krankenblatt angegebene Fieberkurve mit etwaigen Angaben über Befunde und Medikationen, etc. unter Vernichtung der Originalaufzeichnungen auf Veranlassung der Mutter der Beklagten nachträglich „ins Reine geschrieben“ worden. Weiter war in dem Krankenblatt vermerkt, dass die, wie sich im Laufe des Prozesses herausgestellt hatte, erst am folgenden Tage erhobenen Laborbefunde schon am Operationstag vorgelegen hätten. Darüber hinaus hatte die Mutter der Beklagten nach dem Tod ihrer Patientin den ständigen hochpathologischen Urinbefund in ihrem Schreiben an den Hausarzt geleugnet. Sie hat es versäumt, entsprechend ärztlicher Übung, eine nähere Untersuchung oder Sicherung des Operationspräparats zu veranlassen. Die naheliegende Obduktion hatte sie ebenfalls nicht angeregt und auch der Totenschein wurde von ihr selbst ausgestellt.

³³² Der erkennende Senat hatte zwar in zurückliegender Zeit auch schon die Auffassung vertreten, dass Aufzeichnungen des Arztes nur eine interne Gedächtnisstütze sind und zu ihrer sorgfältigen und vollständigen Führung dem Patienten gegenüber keine Pflicht besteht (vgl. NJW 1963, 389 (389); VersR 1963, 65 (66)). Der Senat hat aber zwischenzeitlich mehrfach zu erkennen gegeben, dass an dieser Rechtsprechung, weil sie einer überholten ärztlichen Berufsauffassung unangemessen Raum trägt, nicht mehr festgehalten werden kann (vgl. NJW 1978, 1681(1682); VersR 1978, 542 (544); VersR 1972, 887 (888)).

verstorbenen Mutter der Beklagten verstorben sei, müsse eine Beweisvereitelung in Betracht gezogen werden.³³³

5.5.1.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 18.03.1986 – VI ZR 215/84

Auch in seinem Urteil vom 18.03.1986³³⁴ führt der Bundesgerichtshof aus, dass eine unterlassene, gebotene ärztliche Dokumentation eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen darstellen kann.

Die Klägerin war nach einem erlittenen Schlaganfall mit vollständig schlaffer Halbseitenlähmung in das von der Beklagten betriebene Krankenhaus eingeliefert worden. Neben den unmittelbaren Folgen des Schlaganfalls litt die Klägerin darüber hinaus vorübergehend an einem Lungen-Ödem, erhöhtem Hirndruck und Magen-Darm-Blutungen. Aufgrund dieser Krankheit lag die Klägerin nahezu bewegungslos und apathisch im Bett. Bei der Klägerin trat schließlich ca. zwei Monate nach der Einlieferung in das von der Beklagten betriebene Krankenhaus ein Durchliegegeschwür auf. Die Klägerin hat die Beklagte unter anderem auf Zahlung eines Schmerzensgeldes verklagt, mit der Behauptung, das Pflegepersonal des Krankenhauses der Beklagten habe nicht die notwendigen Vorbeugungsmaßnahmen zur Verhinderung des Durchliegegeschwürs getroffen. Dieses sei darüber hinaus nach der Entdeckung verspätet und unzureichend behandelt worden.

Der Klägerin war es in dem geführten Prozess nicht möglich zu beweisen, dass die zur Verhinderung des Durchliegegeschwürs erforderlichen Maßnahmen nicht getroffen wurden. Die Beklagte hatte es unterlassen, das erste Auftreten des Durchliegegeschwürs ordnungsgemäß zu dokumentieren. Auch fehlten Pflegeberichte. Aufgrund der lückenhaften und unzulänglichen Dokumentation der Beklagten³³⁵ war für die Klägerin die Aufklärung des Sachverhaltes unzumutbar erschwert worden. Es fehlten die erforderlichen Aufzeichnungen über Maßnahmen der Krankenpflege, die nicht die normale Grundpflege betrafen, sondern wegen eines aus dem Krankheitszustand des Patienten folgenden spezifischen

³³³ Ob im Ergebnis eine Beweisvereitelung anzunehmen war, konnte der BGH in der Revisionssache nicht abschließend beurteilen. Der BGH hatte diesbezüglich noch Beweisaufnahmen für erforderlich gehalten und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

³³⁴ BGH, NJW 1986, 2365 (2366f.) = BGH, JZ 1986, 958 (959).

³³⁵ In den Krankenblattunterlagen des von der Beklagten geleiteten Krankenhauses war weder die Feststellung enthalten, dass bei der Klägerin eine erhebliche Dekubitusgefahr (Durchliegegeschwür) bestand, noch Aufzeichnungen über die angeordneten bzw. getroffenen Pflegemaßnahmen zur Vorbeugung und zur Behandlung des Durchliegegeschwürs. Es fehlte sogar eine Eintragung über die erste Wahrnehmung des Durchliegegeschwürs.

Pflegebedürfnisses Gegenstand ärztlicher Beurteilung und Anordnung waren. Es wäre aber erforderlich gewesen, die vom Arzt angeordnete Medikation sowie das besondere Pflegebedürfnis und die sich aus diesem Anlass erforderlichen Maßnahmen zu dokumentieren. Aufgrund dieser gebotenen, aber fehlenden bzw. unzureichenden Dokumentation des Krankenblattes der Klägerin hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung in Betracht gezogen.³³⁶

5.5.1.3. Resumée

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil eine Beweisvereitelung in Betracht gezogen, da die Kläger aufgrund unzulänglicher Dokumentation des Krankenblattes nicht durch Auswertung durch einen Sachverständigen nachweisen konnten, dass ihre Frau und Mutter aufgrund eines Behandlungsfehlers der behandelnden Ärztin gestorben ist.

In einem weiteren Urteil hat der Bundesgerichtshof ebenfalls eine Beweisvereitelung aufgrund fehlender bzw. unzureichender Dokumentation des Krankenblattes in Betracht gezogen, aufgrund derer es der Klägerin in dem Prozess nicht möglich war, durch Auswertung durch einen Sachverständigen zu beweisen, dass seitens der sie behandelnden Ärzte die erforderlichen Maßnahmen nicht getroffen wurden, die zur Verhinderung eines bei ihr aufgetretenen Durchliegegeschwürs erforderlich gewesen wären.

In beiden vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen wurde somit eine Verletzung der Dokumentationspflicht³³⁷ als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung angesehen.

³³⁶ Auch hier konnte eine endgültige Entscheidung über das Vorliegen einer Beweisvereitelung vom BGH nicht getroffen werden. Der Fall wurde aufgrund noch erforderlicher Sachverhaltsaufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

³³⁷ Die Dokumentationspflicht ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt. Sie stellt sich nach der Rechtsprechung als unselbständige, vertragliche Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag dar; *Taupitz*, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 288; BGHZ 72, 132 (137f.); *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 618; für den Fall, dass ein wirksamer Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient nicht zustande gekommen ist, ergibt sich die Dokumentationspflicht aus den ärztlichen Gepflogenheiten, vgl. BGH, NJW 1972, 1520 (1520); OLG Braunschweig, VersR 1980, 853 (854f.); RGZ 171, 168 (172)). Die Dokumentation wird heute nicht mehr nur als interne Gedächtnisstütze des Arztes betrachtet, die er führen kann oder auch nicht, sondern als dem Patienten geschuldete Leistung (*Giesen*, Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) – Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung seit 1974-, S. 454). Erstmals hat der BGH in seinem Urteil aus dem Jahr 1978 (BGHZ 72, 132 (137ff.); in der Folgezeit etwa BGH, NJW 1985, 2193 (2194); BGH, VersR 1986, 788 (789f.) = BGH, JZ, 1986, 958 (958f.)) eine dem Patienten gegenüber bestehende vertragliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Dokumentation angenommen. Dabei leitet der Bundesgerichtshof diese Pflicht letztlich nur aus der selbstverständlichen therapeutischen Pflicht gegenüber dem Patienten her, da die weitere Behandlung des Patienten sowohl durch denselben Arzt als auch einen frei gewählten Nachfolger durch unzulängliche Dokumentation erheblich erschwert werden könnte (BGHZ 72, 132 (138)).

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es die Pflicht eines jeden Arztes darstellt, das Behandlungsgeschehen zu dokumentieren.³³⁸ Die Dokumentation stellt dabei die notwendige Grundlage für die Sicherheit des Patienten in der Behandlung dar.³³⁹ An die Erfüllung der Dokumentationspflicht hinsichtlich Inhalt und Umfang werden in der Rechtsprechung hohe Anforderungen gestellt.³⁴⁰ Der Bundesgerichtshof spricht diesbezüglich von der Notwendigkeit einer „ordnungsgemäßen Dokumentation“ und von der Pflicht des Arztes zu „angemessener Dokumentation“, wie sie „gutem ärztlichen Brauch“ entspreche.³⁴¹ Andere Gerichte verlangen eine „sorgfältige und vollständige Führung der Krankenunterlagen“³⁴² oder „hinreichende Aufzeichnungen“³⁴³. Für eine sachgerechte Behandlung ist nach der Rechtsprechung eine „sorgfältige und vollständige Führung der Krankenunterlagen“ erforderlich.³⁴⁴ Dabei muss die ordnungsgemäße Erfüllung der ärztlichen Dokumentationspflicht an den Kriterien der Vollständigkeit, Wahrheit und Klarheit gemessen werden.³⁴⁵

Die Dokumentationspflicht, die dem Arzt aufgrund des Behandlungsvertrages obliegt, schuldet der Arzt nicht lediglich im Interesse des Patienten, sondern auch zu seinem eigenen Schutz, weil ihre Beweisfunktion im Prozess zu seinen Gunsten wirken kann.³⁴⁶

Aufgrund der Bedeutung dieser Pflicht in der Praxis sollte sie in einem gesonderten Punkt abgehandelt werden und nicht, wie aufgrund der Einordnung als vertragliche Nebenpflicht des Behandlungsvertrages ebenfalls möglich gewesen wäre, lediglich als Unterpunkt der Vertragspflichtverletzung.

³³⁸ *Stürmer*, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts im Arzthaftungsprozess, S. 1225f. m. w. N..

³³⁹ *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 618; *Stürmer*, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts im Arzthaftungsprozess, S. 1225.

³⁴⁰ VersR 1991, 672 (672); vgl. hierzu mit ausführlichen Nachweisen: *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 618ff..

³⁴¹ BGH, VersR 1972, 887 (888); BGH, VersR 1978, 542 (544); so *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 619 m. w. N..

³⁴² LG Limburg, NJW 1979, 607 (607); so *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 619 m. w. N..

³⁴³ LG Limburg, NJW 1979, 607 (607); so *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 619 m. w. N..

³⁴⁴ LG Limburg, NJW 1979, 607 (607); *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 619.

³⁴⁵ *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 619.

³⁴⁶ *Giesen*, Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) – Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung seit 1974–, S. 457.

Die Auswertung ergibt somit, dass eine Verletzung der allgemein anerkannten Dokumentationspflicht als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung anerkannt ist.

5.5.2. Verletzung der Befunderhebungspflicht

Weiter ist eine Verletzung der Befunderhebungspflicht als für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung denkbar, was im Nachfolgenden näher untersucht werden soll.

5.5.2.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 03.02.1987 – VI ZR 56/86

In seinem Urteil vom 03.02.1987³⁴⁷ hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung angenommen, weil es der Arzt unterlassen hatte, Kontrolluntersuchungen, insbesondere eine Röntgenkontrollaufnahme des Thorax der Klägerin vorzunehmen. Dies wäre nach dem aus der ein knappes Jahr zuvor erstellten Röntgenaufnahmen und des daraus zu erkennenden unklaren Lungenbefunds medizinisch angezeigt und zur Abklärung der Diagnose notwendig gewesen.

In dem vorgenannten Verfahren hatte die Klägerin den sie behandelnden Arzt auf Ersatz ihres materiellen Schadens und auf Schmerzensgeld infolge einer notwendig gewordenen Lungentbc-Behandlung verklagt. Die Klägerin hat dem Beklagten vorgeworfen, einen Behandlungsfehler begangen zu haben. Dieser sollte darin zu sehen sein, dass er es unterlassen habe, den bei der Erstuntersuchung unklaren und jedenfalls auch den Verdacht auf einen tuberkulösen Prozess aufzeigenden Befund auf der gleich zu Beginn seiner Behandlung angefertigten Thorax-Röntgenaufnahme nicht zum Anlass genommen zu haben, nach Abklingen der anfangs bestehenden akuten Bronchopneumonie (Lungenentzündung) eine Röntgenkontrolle vorzunehmen. Es wurde so unterlassen, durch weitere Untersuchungen abzuklären, ob die Klägerin an einer beginnenden Lungentuberkulose litt. Bei der Klägerin hatte sich ein knappes Jahr nach der Erstuntersuchung durch den Beklagten herausgestellt, dass diese an einer offenen Tbc erkrankt war. Aufgrund der Tatsache, dass es der behandelnde beklagte Arzt aber unterlassen hatte, weitere Röntgenuntersuchungen bei der Klägerin vorzunehmen, war es dieser nicht möglich, durch eine Auswertung der Unterlagen durch

³⁴⁷ BGHZ 99, 391 (396 f.) = BGH, NJW 1987, 1482 (1482 ff.).

einen medizinischen Sachverständigen zu beweisen, dass der Behandlungsfehler des Beklagten ursächlich für den Körperschaden der Klägerin war.

Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass der beklagte Arzt verpflichtet gewesen wäre, den Krankheitsstatus der Klägerin zu sichern, um aus den Befunden den nur so zu erlangenden Aufschluss über die Natur eines sich entwickelnden Krankheitsprozesses zu gewinnen und dann die erforderlichen Konsequenzen für eine weitere Behandlung zu ziehen. Diese Pflicht habe der beklagte Arzt schuldhaft verletzt. Darin sei eine Beweisvereitelung des beklagten Arztes zu sehen, da er es durch die Nichtsicherung des Krankheitsstatus der Klägerin erschwert oder unmöglich gemacht habe, den Beweis der Ursächlichkeit wegen des sonst zur Verfügung stehenden Untersuchungsergebnisses, zu führen. Der Bundesgerichtshof führt weiter aus, dass eine Beweisvereitelung auch in einem Fall angenommen werden müsse, in dem eine Pflicht verletzt wird, durch Vornahme von ärztlichen Untersuchungen einen Zustand zu klären, der nachträglich nicht mehr ermittelt werden kann, sofern diese Pflicht wenigstens auch zum Schutze einer in einem späteren Prozess beweisbelasteten Partei besteht. Da die Pflicht, durch entsprechende Untersuchungsmaßnahmen einen bestimmten Krankheitsstatus zu erheben, auch der Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Patienten diene, dem Rechenschaft über den Gang der ärztlichen Behandlung abzulegen sei, kann dem zur Sicherung der Aufklärung Verpflichteten entgegengehalten werden, dass er schuldhaft auch die Beweislage im Prozess verschlechtert oder vereitelt hat. Der Bundesgerichtshof hat deshalb gefolgert, dass den beklagten Arzt aufgrund dieser Beweisvereitelung die Beweislast für einen fehlenden ursächlichen Zusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Körperschaden trifft.

5.5.2.2. Resumée

Der Bundesgerichtshof hat in dem vorbesprochenen Fall eine Beweisvereitelung angenommen, weil es der beklagte Arzt unterlassen hatte, Kontrolluntersuchungen bei der Klägerin vorzunehmen, um hierdurch Befunde zu sichern. Hierdurch war es der Klägerin nicht möglich, durch Auswertung der Behandlungsunterlagen durch einen Sachverständigen zu beweisen, dass der Beklagte einen Behandlungsfehler begangen hat, der ursächlich für einen bei der Klägerin eingetretenen Körperschaden war.

Aus diesem Urteil ergibt sich, dass es der Bundesgerichtshof als eine dem Patienten gegenüber obliegende Pflicht aus dem Behandlungsvertrag ansieht, den Krankheitsstatus zu sichern und somit die erforderlichen Befunde zu erheben. Wird eine solche

Befunderhebungspflicht verletzt, so kommt diese Pflichtverletzung als eine für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in Betracht.

Die Verletzung der Befunderhebungspflicht stellt damit eine im Rahmen des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung dar.³⁴⁸

5.5.3. Verletzung der Befundsicherungspflicht

Fraglich ist, ob auch die Verletzung der Befundsicherungspflicht, als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in Betracht kommt.

5.5.3.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21.11.1995 – VI ZR 341/94

In seiner Entscheidung vom 21.11.1995³⁴⁹ hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung zum Nachteil der beklagten Bundesrepublik Deutschland als Träger des Bundeswehrzentralkrankenhauses und Dienstherr des den Kläger behandelnden Arztes angenommen, weil die von dem behandelnden Arzt der Beklagten während einer Operation des Klägers gefertigten Röntgenaufnahmen nicht mehr auffindbar waren.

Der Kläger verlangte in dem geführten Rechtsstreit von der Beklagten Schadensersatz und Schmerzensgeld. Er hatte sich einem Eingriff der Beklagten unterzogen, bei dem ihm die Gallenblase mit den darin befindlichen Gallensteinen und aus dem Gallengang ein weiterer Gallenstein entfernt wurden. Während dieser Operation wurden seitens der Beklagten Röntgenaufnahmen gefertigt. Nach der Operation stellte sich heraus, dass sich im Gallengang des Klägers ein weiterer Gallenstein befand, wodurch weitere Operationen des Klägers notwendig wurden, wobei Schädigungen beim Kläger herbeigeführt wurden. Der Kläger hat seine Klage unter anderem darauf gestützt, dass der behandelnde Arzt der Beklagten den später festgestellten Gallenstein übersehen habe, obwohl dieser Stein auf den während der Operation gefertigten Röntgenaufnahmen sichtbar gewesen sei.

Dieser Nachweis war dem Kläger in dem geführten Prozess nicht möglich, da die während der Operation seitens der Beklagten gefertigten Röntgenaufnahmen nicht mehr auffindbar waren. Der Kläger konnte so den von ihm angebotenen Beweis (Auswertung der

³⁴⁸ Auch hier wurde aufgrund der Bedeutung der Befunderhebungspflicht eine Abhandlung in einem eigenen Punkt vorgenommen und nicht, wie bei einer Einordnung als vertragliche Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag möglich gewesen wäre, als Unterpunkt der Vertragspflichtverletzung.

³⁴⁹ BGH, NJW 1996, 779 (780 f.) = BGH, VersR 1996, 330 (331).

Röntgenaufnahmen durch einen medizinischen Sachverständigen) nicht führen. Die Beklagte hat diesbezüglich ausgeführt, dass die Röntgenaufnahmen bei der Verlegung des Klägers in ein anderes Krankenhaus dorthin mitgeschickt worden seien von dort aber nicht zurückgeschickt worden seien.

Der Bundesgerichtshof hat insoweit eine Beweisvereitelung durch die Beklagte bejaht. Hierdurch war der Kläger des Beweises seiner Behauptung, dass der weitere Gallenstein auf den während der Operation gefertigten Röntgenaufnahmen erkennbar gewesen ist, enthoben.

Diesbezüglich führt der Bundesgerichtshof aus, dass sich der ungeklärte Verbleib der Röntgenaufnahmen nicht zum Nachteil des Klägers auswirken dürfe. Es müsse vielmehr zu Lasten des Krankenhausträgers gehen, wenn Krankenhausunterlagen, die Auskunft über ein Behandlungsgeschehen geben, aus ungeklärten Umständen verschwunden sind. Es gehöre zu den Organisationsaufgaben des Krankenhausträgers, Unterlagen, die Auskunft über das Behandlungsgeschehen geben, zu sichern. Dabei sei auch geboten, dass im Falle der Erforderlichkeit der Versendung von Behandlungsunterlagen an eine andere Stelle, zu dokumentieren, wann die Unterlagen an welche Stelle zu welchem Zweck weitergeleitet wurden. Auch im Falle der Zurücksendung der Unterlagen sei dies zu vermerken. Es sei darüber hinaus geboten, im Falle einer nicht erfolgenden Rücksendung der Unterlagen für die Rücksendung Sorge zu tragen, wobei auch diese Bemühungen und ihr Erfolg zu dokumentieren seien. Es sei Aufgabe des Krankenhausträgers dafür Sorge zu tragen, dass über den Verbleib der Behandlungsunterlagen jederzeit Klarheit besteht. Wenn dieser Pflicht, wie vorliegend, nicht nachgekommen worden sei, könne die Nichtverfügbarkeit der Behandlungsunterlagen seitens des Krankenhausträgers zu verantworten sein. In der Nichtverfügbarkeit der Unterlagen könne sodann eine Beweisvereitelung zu sehen sein, mit der Folge, dass der Krankenhausträger die sich daraus ergebenden beweisrechtlichen Nachteile zu tragen hat.³⁵⁰

5.5.3.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 13.02.1996 – VI ZR 402/94

³⁵⁰ Der BGH hat allerdings keine abschließende Entscheidung getroffen, sondern das Berufungsurteil, über das es zu entscheiden hatte, aufgehoben und zurückverwiesen. Der BGH sah noch Sachaufklärung unter anderem im Hinblick auf die von der Beklagten aufgestellte Behauptung, dass der zusätzliche Gallenstein während der ersten durchgeführten Operation nicht erkennbar gewesen sei, als erforderlich an. Der Beklagten könnte es ja gelingen, den Gegenbeweis zu führen.

Auch in seinem Urteil vom 13.02.1996³⁵¹ hat der Bundesgerichtshof in einem ähnlich gelagerten Fall eine Beweisvereitelung angenommen, weil der Beklagte ein EKG nicht aufbewahrt hatte. Hierdurch war den Klägern nicht möglich zu beweisen, dass der Beklagte einen Behandlungsfehler begangen hat. Dieser sollte darin liegen, dass er den verstorbenen Ehemann und Vater der Kläger nicht sofort ins Krankenhaus eingewiesen hat, obwohl das von dem Beklagten gefertigte EKG auf einen Herzinfarkt hingewiesen hatte.

Der Beklagte konnte das von dem verstorbenen Ehemann und Vater der Kläger gefertigte EKG nicht zur Auswertung durch einen Sachverständigen vorlegen, weil er es entgegen seiner ärztlichen Pflicht nicht aufbewahrt hatte. Nur die Auswertung des von dem Verstorbenen gefertigten EKGs durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung darüber führen können, ob der Beklagte die auf einen Herzinfarkt hindeutenden Symptome in grob fehlerhafter Weise verkannt hat und damit einen Behandlungsfehler begangen hat.

In dieser Nichtaufbewahrung des EKGs hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung des Beklagten gesehen, mit der Folge einer Beweislastumkehr. Der Beklagte hatte nunmehr zu beweisen, dass ihm ein Behandlungsfehler nicht unterlaufen ist. Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass die Nichtaufbewahrung eines EKGs einen Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht darstelle, die insoweit Mängeln der Befunderhebungspflicht gleich stehe. Den beklagten Arzt treffe die Verpflichtung, die von ihm erhobenen Befunde so zu sichern, dass sie für das weitere Behandlungsgeschehen zur Verfügung stehen und Klarheit über das Ergebnis der Befunderhebung schaffen können. Komme er dieser Pflicht nicht nach, müsse dies beweisrechtlich zu seinem Nachteil gewertet werden.

5.5.3.3. Resumée

Im vorbesprochenen Fall hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung in Betracht gezogen, weil bei dem behandelnden Arzt die bei dem Kläger während einer Operation gefertigten Röntgenaufnahmen verschwunden waren. Hierdurch war es dem Kläger nicht möglich, einen Behandlungsfehler nachzuweisen. Hierin hat der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht gesehen, die Grundlage für eine Beweisvereitelung darstellen kann.

³⁵¹ BGHZ 132, 47 (48f.); ebenfalls abgedruckt in: BGH, NJW 1996, 1589 (1589 f.).

In einem weiteren Fall hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung angenommen, weil der Beklagte ein EKG nicht aufbewahrt hatte und es hierdurch den Klägern nicht möglich war, einen Behandlungsfehler des Beklagten nachzuweisen. In dieser Nichtaufbewahrung des EKGs hat der Bundesgerichtshof eine Verletzung der Befundsicherungspflicht gesehen.

Aus diesen Urteilen ist ersichtlich, dass die oben beschriebene Dokumentationspflicht in Form einer Aufbewahrungspflicht, bezeichnet als sogenannte „Befundsicherungspflicht“ fortbesteht.³⁵²

Allerdings ist zu beachten, dass ein Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht dem Arzt nur so lange angelastet werden kann, als er zur Aufbewahrung der Krankenunterlagen verpflichtet ist.³⁵³ Wurde die Vernichtung von Krankenunterlagen zulässigerweise, d. h. nach Ablauf eines bestimmten, teilweise gesetzlich geregelten³⁵⁴ Zeitablaufes, vorgenommen, kann dem Arzt daraus kein Vorwurf erwachsen. Zu beachten ist allerdings, dass der Arzt unter Umständen verpflichtet sein kann, die Krankenunterlagen auch über die geregelte Frist hinaus aufzubewahren. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn dies aus therapeutischen Gründen geboten ist. Zum anderen ist dies dann der Fall, wenn der Patient bereits Ansprüche erhoben hat oder konkret mit einem solchen Vorgehen zu rechnen ist.³⁵⁵

Es bleibt damit festzuhalten, dass auch ein Verstoß gegen die Befundsicherungspflicht als für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in der Rechtsprechung anerkannt ist.³⁵⁶

5.5.4. Ergebnis

Die Untersuchung mehrerer in der Rechtsprechung ergangener Urteile hat ergeben, dass auch ein Verstoß gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht eine für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung darstellt.

³⁵² Ausführlich zu der Frage, wie lange ein Arzt oder Krankenhausträger Krankenunterlagen aufzubewahren hat: *Taupitz*, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 289ff..

³⁵³ Ausführlich zur Frist zur Beweismittelerhaltung: *Taupitz*, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 315ff..

³⁵⁴ Z. B. Berufsordnungen der Ärzte; Röntgenverordnung; Strahlenschutzverordnung; etc.; vgl. auch *Wasserburg*, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, S. 618ff..

³⁵⁵ *Taupitz*, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 330f..

³⁵⁶ Auch hier hätte die Abhandlung aufgrund einer Einordnung als vertragliche Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag als Unterpunkt der Vertragspflichtverletzung erfolgen können. Aufgrund der herausragenden Bedeutung wurde aber auch hier eine Abhandlung in einem gesonderten Punkt gewählt.

5.6. Verstoß gegen sonstige Pflichten

Nachdem nun geklärt ist, dass sowohl ein Verstoß gegen eine vertragliche Pflicht oder Obliegenheit, ein Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts, gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht, gegen das Prinzip von Treu und Glauben und gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzungen in Betracht kommen, stellt sich noch die Frage, inwieweit auch ein Verstoß gegen sonstige Pflichten als für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung denkbar ist. Dies soll anhand der nachfolgenden Entscheidungen untersucht werden.

5.6.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25.01.1983 – VI ZR 24/82

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 25.01.1983³⁵⁷ eine Beweisvereitelung angenommen, weil ein Betreiber einer Wasserversorgungsanlage entgegen seiner in der Trinkwasserverordnung (§§ 8 ff. TrinkwasserVO)³⁵⁸ geregelten Verpflichtung, nach der die Betreiber einer Wasserversorgungsanlage in jährlichen Abständen eine Wasserprobe untersuchen oder untersuchen lassen müssen, seiner Untersuchungsverpflichtung nicht nachgekommen ist.

In dem streitgegenständlichen Fall hatte die gesund geborene Klägerin die Vermieter der von ihr und ihrer Mutter bewohnten Wohnung auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil bei ihr eine schwere Hirnschädigung eingetreten war, die zur Lähmung ihrer Beine und zu einer spastischen Halbseitenlähmung geführt hat. Die Klägerin wohnte mit ihrer Mutter in einer von den beklagten Vermietern gemieteten Wohnung, bei der die Wasserversorgung des Hauses ausschließlich über einen hauseigenen Brunnen erfolgte. Nachdem die gesund aus dem Krankenhaus entlassene Klägerin in der Mietwohnung Säuglingsnahrung zu sich genommen hatte, die unter Verwendung von Brunnenwasser zubereitet worden war, zeigten sich bei dieser lebensbedrohliche Krankheitserscheinungen mit den Symptomen einer Blausucht (Methämoglobinämie). Nachdem sie daraufhin in gebessertem Zustand nach Hause entlassen worden war und wieder mit Brunnenwasser zubereitete Säuglingsnahrung zu sich genommen hatte, musste sie mit den gleichen Symptomen ins Krankenhaus eingeliefert werden. Es waren bei der Klägerin die vorgenannten Schädigungen eingetreten. Als die

³⁵⁷ BGH, NJW 1983, 2935 (2936f.).

³⁵⁸ BGBl I, 453. Betroffen waren die Vorschriften der Trinkwasserverordnung vom 31.01.1975.

Vermieter ein knappes Jahr später die Brunnenanlage beim zuständigen Gesundheitsamt anmeldeten, stellte sich heraus, dass das Wasser zwar bakteriologisch einwandfrei war, jedoch überhöhte Nitratwerte aufwies, die seine Verwendung für die Zubereitung von Säuglingsnahrung ausschließen.

Da die beklagten Vermieter allerdings, entgegen den in der Trinkwasserverordnung festgeschriebenen Pflichten, vor der Anmeldung des Brunnens beim Gesundheitsamt, eine Untersuchung des Brunnenwassers nicht vorgenommen bzw. nicht veranlasst haben, konnte die Klägerin in dem streitgegenständlichen Verfahren nicht nachweisen, dass das Brunnenwasser auch schon im Zeitpunkt ihrer Schädigung einen erhöhten Nitratgehalt aufgewiesen hat, der zu den Schädigungen geführt hat.

Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass derjenige, der fahrlässig die Aufklärung über Tatsachen vereitelt, deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein in einem späteren Rechtsstreit grundsätzlich zur Beweislast des Prozessgegners steht, eine Beweisvereitelung begeht und deshalb die prozessualen Nachteile zu tragen hätte, die daraus resultieren, dass exakte Feststellungen nicht mehr getroffen werden könnten. Der Bundesgerichtshof hat weiter dargelegt, dass eine Beweisvereitelung anzunehmen ist, weil die Beklagten gegen ihre Pflicht verstoßen haben, durch die Vornahme von Untersuchungen oder Kontrollen einen Zustand oder eine Beschaffenheit und damit Umstände zu klären, die nachträglich nicht mehr ermittelt werden können. Hierdurch war es der Klägerin in dem von ihr geführten Prozess nicht möglich nachzuweisen, dass das Wasser für die Zubereitung von Säuglingsnahrung nicht geeignet war. Die Beklagten hätten gegen die sie gemäß § 8 TrinkwasserVO treffende Untersuchungspflicht verstoßen und damit die Aufklärung darüber verhindert, ob im Wasser vorhandene Schadstoffe sich zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses innerhalb der zulässigen Grenzwerte gehalten haben oder nicht. Da die den Beklagten obliegende Verpflichtung gemäß § 8 TrinkwasserVO auch dem Schutz der Klägerin gedient hätte, sei eine Beweisvereitelung anzunehmen.³⁵⁹

³⁵⁹ Der BGH hat im streitgegenständlichen Fall keine eigene Sachentscheidung getroffen, sondern das Berufungsurteil aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da noch Beweis darüber zu erheben war, ob der Nitratgehalt des Brunnenwassers im Zeitpunkt der Schädigung der Klägerin unter dem zulässigen Grenzwert lag, bzw. dass die Beklagten im Falle einer Untersuchung einen Hinweis auf eine Gefährdung von Säuglingen durch einen erhöhten Nitratgehalt nicht erhalten hätten. Könnte dieser Beweis seitens der Beklagten geführt werden, könnte entweder der Kausalzusammenhang zwischen der Aufnahme der mit Brunnenwasser zubereiteten Säuglingsnahrung und der Schädigung nicht gegeben sein oder aber die Gefährdung hätte nicht verhindert werden können, was dann zur Abweisung der Klage, trotz der Beweisvereitelung, führen müsste.

5.6.2. Entscheidung des Landgerichts Frankfurt vom 14.08.1990 – 2/11 S 112/90

In seinem bereits auf Seite 76 besprochenen Urteil³⁶⁰ hatte das Landgericht Frankfurt über einen Fall zu entscheiden, in dem es den Beklagten unmöglich war, zu beweisen, dass der seitens der Klägerin eingeklagte Mietzins überhöht i. S. d. § 5 WiStrG war, weil die Klägerin sich auch auf zweimalige gerichtliche Aufforderung hin außerstande erklärte, den neuen Mieter der streitgegenständlichen Wohnung zu bewegen, eine Besichtigung der Wohnung zu gestatten. Durch diese Weigerung der Klägerin konnte seitens der Beklagten der zum Beweis erforderliche Sachverständigenbeweis nicht geführt werden.

In diesem Verhalten der Klägerin (Vorenthalten der Wohnung zur Begutachtung durch einen Sachverständigen) hat das Landgericht Frankfurt eine Beweisvereitelung gesehen.

Diesbezüglich führt das Landgericht Frankfurt aus, dass die Klägerin, die im Besitz des Beweisobjektes war, verpflichtet war, das Beweisobjekt zur Beweiserhebung zur Verfügung zu stellen. Dies ergebe sich in analoger Anwendung des § 809 BGB. Durch diesen Verstoß gegen die ihr obliegende Verpflichtung habe sie eine Beweisvereitelung begangen, weil es den Beklagten ohne Besichtigung der Wohnung durch einen Sachverständigen unmöglich war, den Beweis für die Unangemessenheit der Wohnungsmiete zu führen.

5.6.3. Resumée

Der Bundesgerichtshof hat in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Beklagten als Betreiber einer Wasserversorgungsanlage unterlassen hatten, in jährlichen Abständen eine Wasserprobe dieser Wasserversorgungsanlage untersuchen zu lassen. Darin war eine Verstoß gegen die zum Zeitpunkt der Entscheidung normierten Verpflichtung der Trinkwasserverordnung zu sehen.

Das Landgericht Frankfurt hat eine Beweisvereitelung angenommen, weil die Klägerin eine Besichtigung der Wohnung durch einen Sachverständigen nicht ermöglicht hat und hierdurch den Beklagten der Nachweis, dass der von der Klägerin eingeklagte Mietzins überhöht war, nicht möglich war. Das Landgericht sah die Klägerin in analoger Anwendung des § 809 BGB als verpflichtet an, das Beweisobjekt, das in deren Besitz war, zur Beweiserhebung zur Verfügung zu stellen.

³⁶⁰ NJW-RR 1991, 13 (13).

Im ersten Fall wird damit eine Verletzung einer gesetzlichen Pflicht (§§ 8 ff. Trinkwasser VO) und im zweiten Fall eine Verletzung einer aus dem Gesetz aufgrund ähnlichen Sachverhaltes ableitbaren Pflicht (§ 809 BGB analog) als Grundlage für die Annahme einer Beweisvereitelung herangezogen.

5.6.4. Ergebnis

Aus vorbesprochenen Urteilen ergibt sich, dass auch die Verletzung sonstiger Pflichten, sei es gesetzliche, aus dem Gesetz ableitbare oder allgemein anerkannte Pflichten als für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Pflichtverletzung in der Rechtsprechung anerkannt sind.

5.7. Ergebnis zur Pflichtverletzung

Da es unbillig wäre, jedes beweisvereitelnde Verhalten dem Beweisgegner zuzurechnen, wird in der Rechtsprechung noch ein Bindeglied gefordert, wann eine Zurechnung erfolgen darf. Hierfür kann eine bloße Gefühlsentscheidung, dass der Beweisgegner den selbst verschuldeten Mangel in der Beweisführung zu tragen hat, nicht genügen. Grundsätzlich ist der Prozessgegner nicht gehalten, der anderen Partei bei der Beweisführung Hilfe zu leisten. Wenn die Prozesspartei aber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, dem Gegner die Beweisführung zu ermöglichen, erschiene es zunächst widersprüchlich, ihm die Verweigerung der gar nicht geschuldeten Hilfe beweisrechtlich negativ anzulasten.³⁶¹

Aus den auf den Seiten 98ff. aufgezeigten Entscheidungen der Rechtsprechung wird nunmehr deutlich, dass für das Vorliegen des Tatbestandes der Beweisvereitelung eine Pflichtverletzung erforderlich ist. Lediglich wenn gegen eine Pflicht verstoßen wird, erscheint es billig, der Partei die nachteiligen Folgen aus ihrem Verhalten aufzuerlegen. Dies wird bei den Fällen, in denen die nicht beweisbelastete Partei der anderen Partei durch ihr Verhalten die Führung des Sachverständigen-, Zeugen- oder Augenscheinsbeweises unmöglich macht oder erschwert, in der Rechtsprechung in Anlehnung an den gesetzlich geregelten Fall der Beweisvereitelung beim Urkundenbeweis gefordert.³⁶² Auch beim Urkundenbeweis ist eine Beweisvereitelung nur dann anzunehmen, wenn die Urkunde vom Beweisgegner auch hätte genutzt werden können, vgl. §§ 422, 423 ZPO. Ein Verhalten einer Prozesspartei kann also

³⁶¹ Peters, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, S. 205.

³⁶² Vgl. im Einzelnen hierzu die Ausführungen in den auf den Seiten 98ff. vorbesprochenen Urteilen.

nur dann als Beweisvereitelung gewertet werden, wenn die Prozesspartei, deren Verhalten Auswirkungen auf die Beweisführung der Gegenpartei hat, verpflichtet ist, bei der Beweisführung mitzuwirken.

Nur wenn der nicht beweisbelasteten Partei durch ihr Verhalten, durch welches dem Prozessgegner die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert wird, eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, kann der Tatbestand der Beweisvereitelung erfüllt sein. Es ist dabei unerheblich, ob durch diese Pflichtverletzung der Sachverständigen-, Zeugen- oder Augenscheinsbeweis unmöglich gemacht oder erschwert wird. Wie sich aus den auf den Seiten 98ff. vorbesprochenen Entscheidungen ergibt, kann eine solche Pflichtverletzung in dem Verstoß gegen eine vertragliche Pflicht oder Obliegenheit, gegen die Vorschriften des Deliktsrechts, gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflichten, gegen das Prinzip von Treu und Glauben, gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten sowie in der Verletzung sonstiger Pflichten liegen.

6. Kausalität

Im Folgenden soll nun geklärt werden, ob die in der Rechtsprechung für die Zurechnung eines beweisvereitelnden Handelns geforderte Pflichtverletzung auch in einem Zusammenhang mit der Nichtaufklärbarkeit eines entscheidungserheblichen Umstandes stehen muss und somit kausal für die Nichtaufklärbarkeit eines solchen Umstandes geworden sein muss, um den objektiven Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung als erfüllt ansehen zu können.

6.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 06.11.1962 – VI ZR 29/62

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 06.11.1962³⁶³ über einen Fall zu entscheiden, in dem die Klägerin von dem sie behandelnden Zahnarzt Schadensersatz und Schmerzensgeld verlangt hat.

Die Klägerin suchte am 22.02.1950 den beklagten Zahnarzt auf, der Röntgen-Zahnaufnahmen gemacht hatte und am 06.03.1950 einen Zahn im rechten Oberkiefer gezogen hatte. Im Januar 1951 klagte die Klägerin über Schmerzen im Extraktionsbereich. Der Beklagte fertigte daraufhin erneut Röntgenaufnahmen von der Klägerin und entfernte am 23.01.1951

³⁶³ BGH, NJW 1963, 389 (390) = BGH, VersR 1963, 65 (66).

Zahnwurzelreste. Im Sommer 1951 fertigte der Beklagte noch eine Kontrollaufnahme. Wegen anhaltender Schmerzen im rechten Oberkiefer hat sich die Klägerin am 12.05.1952 in die Behandlung mehrerer anderer Ärzte begeben.

Die Klägerin stütze den von ihr angestregten Prozess auf die vom Beklagten bestrittene Behauptung, sie habe seit der Behandlung durch den Beklagten Schmerzen im rechten Oberkiefer, die darauf zurückzuführen seien, dass der Beklagte bei der Zahnextraktion am 06.03.1950 einen Oberkieferbruch verursacht habe. Die von dem Beklagten durchgeführte Kieferoperation am 23.01.1951 habe zu weiteren Schädigungen geführt. Der Beklagte sei als Zahnarzt gar nicht befugt gewesen, die Operation vorzunehmen. Die Klägerin hat sich zum Nachweis dieses von ihr behaupteten vom Beklagten begangenen Kunstfehlers als Ursache ihrer Beschwerden auf die vom Beklagten gefertigten und von ihr angeforderten Röntgenaufnahmen berufen. Der Beklagte konnte diese Röntgenaufnahmen aber nicht vorlegen, da diese nach dem Vorbringen des Beklagten beim Umbau seiner Praxisräume weggeräumt worden sind und sich der Beklagte zur Vorlage außerstande gesehen hat.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil mit der Frage auseinandergesetzt, ob in der Nichtvorlage der Röntgenaufnahmen eine Beweisvereitelung des Beklagten zu sehen ist, weil der Klägerin hierdurch die Führung des von ihr angestrebten Augenscheins- (da die Röntgenaufnahmen nicht als Objekt der Inaugenscheinnahme genutzt werden konnten) oder Sachverständigenbeweises (Auswertung der Röntgenaufnahmen durch einen Sachverständigen)³⁶⁴ unmöglich gemacht wurde.

³⁶⁴ „Bei den von der Klägerin zum Beweis angebotenen Röntgenaufnahmen handelt es sich, anders als man zunächst meinen könnte, nicht um eine Urkunde i. S. d. §§ 427, 444 ZPO. Röntgenaufnahmen stellen keine schriftliche Verkörperung eines Gedankens dar. Darüber hinaus fehlt es bei Röntgenaufnahmen an dem Bestehen eines bürgerlich-rechtlichen Herausgabe- oder Vorlegungsanspruches, der für das Eingreifen von § 422 ZPO erforderlich wäre. Der Patient hat weder Eigentum an den Röntgenaufnahmen, noch steht dem Patienten ein vertragliches Forderungsrecht auf Herausgabe der Filme zu. Ein solcher wäre lediglich bei Abschluss eines Werkvertrages, der auf die Herstellung von Röntgenaufnahmen gerichtet ist, denkbar. Der von der Klägerin mit dem Beklagten abgeschlossene Vertrag war aber lediglich auf die Erbringung zahnärztlicher Behandlung gerichtet, wobei der Beklagte die Röntgenaufnahmen gemacht hat, um diagnostische Grundlagen für die von ihm vorzunehmende Behandlung und die hierbei notwendigen Maßnahmen zu erlangen. Bei diesem Vertrag konnte nicht von einem Geschäftsbesorgungsvertrag, dem die Verpflichtung zur Herausgabe der Röntgenaufnahmen gemäß § 667 BGB immanent gewesen wäre, ausgegangen werden. Auch kann aus der ärztlichen Aufklärungspflicht kein Anspruch auf Herausgabe der Röntgenaufnahmen abgeleitet werden. Auch konnte ein Anspruch der Klägerin auf Vorlage der Röntgenaufnahmen nicht aus § 810 BGB abgeleitet werden, da sich diese Bestimmung nur auf schriftliche Urkunden bezieht, die Aussagen über Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse enthalten. Es fehlte demnach eine rechtliche Grundlage für den Anspruch der Patientin gegenüber dem Arzt auf Herausgabe oder Vorlegung der Röntgenaufnahmen.“ BGH, NJW 1963, 389 (389).

Der Bundesgerichtshof hat im Ergebnis eine Beweisvereitelung aber abgelehnt. Diese Ablehnung stützt der Bundesgerichtshof auf die Tatsache, dass selbst bei Vorliegen der von der Klägerin zum Beweis angebotenen Röntgenaufnahmen aus diesen nicht hätte geschlossen werden können, dass der Beklagte einen Kunstfehler begangen haben soll. Die erste Röntgenaufnahme wurde am 22.02.1950 gefertigt. Dies war bevor der Beklagte die Behandlung der Klägerin begonnen hat, so dass sich hieraus ein in der nachfolgenden ärztlichen Behandlung begangener Kunstfehler nicht ableiten lässt. Auch die Röntgenaufnahme, die der Beklagte vor der am 23.01.1951 durchgeführten Operation gefertigt hat, war nicht dazu geeignet, Beweis für die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe bei der Zahnextraktion vom 06.03.1950 einen Kieferbruch verursacht, zu erbringen. Kieferbrüche heilen, nach Ausführungen eines Gutachters, in der Region, in der bei der Klägerin der Zahn gezogen worden ist, in 6 Wochen bis 4 Monaten ab und sind spätestens nach einem Jahr röntgenologisch nicht mehr feststellbar. Der Bundesgerichtshof kam deshalb zu dem Ergebnis, dass aufgrund des zwischen der Behandlung und der Röntgenaufnahme liegenden Zeitraumes die von der Klägerin begehrten Röntgenaufnahmen nicht geeignet waren, Beweis dafür zu erbringen, dass der Beklagte bei dem von ihm vorgenommenen Eingriff einen Kieferbruch bei der Klägerin verursacht hat. Auch über die Folgen der Behandlung vom 23.01.1951 konnten die Röntgenaufnahmen keinen Aufschluss geben, da sie bereits vorher gefertigt wurden. Auch die vom Beklagten gefertigte Kontroll-Röntgenaufnahme vom Sommer 1951 hatte das Gericht nach einem eingeholten Sachverständigengutachten als nicht aussagekräftig hinsichtlich der von der Klägerin behaupteten Art der Schädigung durch den Beklagten angesehen.

Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof somit eine Beweisvereitelung verneint, weil auch bei unterstellter Vorlage der Röntgenaufnahmen der Beweis der Klägerin für die Behauptung, der Beklagte habe bei der durchgeführten Behandlung einen Kunstfehler begangen, nicht hätte geführt werden können.

6.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.10.1985 – VI ZR 19/84

In seinem Urteil vom 01.10.1985³⁶⁵ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, bei dem dem Beklagten ein Verschulden an der bei der Klägerin nach einer Operation eingetretenen Taubheit im Bereich der Oberlippe und von Dauerschmerzen im linken Gesichtsbereich nicht nachgewiesen werden konnte. Der Operationsbericht des Beklagten wies Dokumentationsmängel auf, insbesondere hatte der Beklagte die am Abend nach der Operation aufgetretene Nachblutung nur unzureichend dokumentiert und in seiner Dokumentation bagatellisiert.

In dieser unzureichenden Dokumentation des Beklagten wollte die Klägerin ein beweisvereitelndes Verhalten des Beklagten sehen. Der Beklagte müsse sich deshalb exkulpieren. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Trotz dass eine detaillierte ärztliche Dokumentation seitens des Beklagten unterblieben ist, sei diese Unterlassung nicht als Beweisvereitelung zu sanktionieren, weil die Kausalität dieses Verhaltens für die Nichtaufklärbarkeit der Schadensursache im Arzthaftungsprozess nicht feststellbar war. Das Gericht hatte festgestellt, dass die Nachblutung den Schaden der Klägerin nicht verursacht haben kann. Eine weitere Dokumentation wäre deshalb für den Verschuldensnachweis des Beklagten unerheblich, weil die Nachblutung als Schadensursache gar nicht in Betracht kam.

6.3. Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 19.09.1991 – 1 U 2442/91

In seinem Berufungsurteil vom 19.09.1991³⁶⁶ hat das Oberlandesgericht München eine Beweisvereitelung abweichend von der Annahme des Erstgerichts abgelehnt.

In dem streitgegenständlichen Fall verlangte die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz wegen fehlerhafter Krankenpflege, da sie im Krankenhaus zweimal aus dem Bett gefallen sei und sich dabei erheblich verletzt habe. Das Erstgericht hatte die Klage aufgrund der Annahme einer Beweisvereitelung abgewiesen, weil die Klägerin sich geweigert hatte, zu dem vom Erstgericht, nach Beweisangebot der Beklagten, anberaumten Sachverständigentermin, zur

³⁶⁵ BGH, VersR 1986, 183 (184). Genauso hatte der BGH auch schon in seinem ähnlich gelagerten Fall vom 07.02.1961 – VI ZR 69/60 (BGH, VersR 1961, 421 ff. (422)) entschieden. Hier konnte dem Beklagten ein Behandlungsfehler der für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden ursächlich war, nicht nachgewiesen werden. Das Krankenblatt war seitens des Beklagten unzureichend geführt worden. In dieser unzureichenden Führung des Krankenblattes hat der BGH auch hier kein beweisvereitelndes Verhalten gesehen, da das Krankenblatt nach Feststellung des Gerichts nur in nebensächlichen und für die Entscheidung des Rechtsstreits unwesentlichen Punkten nachlässig geführt worden war. Die nachlässige Führung des Krankenblattes war nicht kausal für die mangelnde Nachweisbarkeit des Behandlungsfehlers des Beklagten.

³⁶⁶ OLG München, NJW 1992, 1568 (1568).

Begutachtung der Ursächlichkeit der Stürze aus dem Krankenbett für die geltend gemachten Schadensfolgen, zu erscheinen.

Das Oberlandesgericht führt diesbezüglich aus, dass unabhängig davon, ob sich die Klägerin schuldhaft oder entschuldigt (wegen krankheitsbedingter Verhinderung) geweigert hat, den Sachverständigentermin wahrzunehmen, eine Beweisvereitelung nach den bisherigen Feststellungen nicht angenommen werden könne. Das Oberlandesgericht München ist der Ansicht, dass der Sachverständigenbeweis, dessen Einholung die Klägerin nach der Ansicht des Erstgerichts vereitelt haben soll, keine zur entscheidenden Frage der Kausalität überzeugenden Antworten zu geben vermöge. Der Sachverständige konnte nur den derzeitigen Zustand der Klägerin in Augenschein nehmen und medizinisch beurteilen. Er hätte dann lediglich Ausführungen dazu bringen können, ob bestimmte Leiden, für welche die Klägerin Schadensersatz und Schmerzensgeld begehrt, möglicherweise auch auf Stürzen aus einem Krankenbett herrühren können. Der Sachverständige hätte allerdings nicht feststellen können, dass die Leiden auf die zu dem fraglichen Zeitpunkt erfolgten Stürze zurückzuführen sind und nicht auf Verletzungen, die zeitlich früher oder später erfolgten oder auf ganz andere Ursachen zurückzuführen sind. Auch bei unterstellter Erfüllung des Gutachterauftrages sei eine hinreichende Abklärung der Richtigkeit des Vortrages nicht möglich gewesen.

Damit hat das Oberlandesgericht München das Vorliegen einer Beweisvereitelung nach den bisherigen, ihm vorliegenden Feststellungen³⁶⁷ mit der Begründung verneint, dass, unterstellt das Sachverständigengutachten wäre eingeholt worden, der Beweis dennoch nicht hätte geführt werden können. Die Weigerung der Klägerin, sich einer Untersuchung durch den Sachverständigen zu unterziehen, war damit nicht ursächlich für die Erschwerung der Beweisführung der Gegenpartei.

6.4. *Resumée*

³⁶⁷ Das OLG München hat das Urteil des Erstgerichts aufgehoben und an dieses zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Nach Auffassung des OLG bedurfte es noch einer umfangreichen Beweisaufnahme, in der nach Einholung aller verfügbaren Krankenunterlagen durch Zeugen darüber Beweis zu erheben war, welche tatsächlichen Verletzungen die Klägerin durch die nach der bereits durchgeführten Zeugenvernehmung erwiesenen erachteten Stürze erlitten hat. Erst danach könnte eine Gutachtenerholung darüber, welches Ausmaß die seinerzeit durch den Unfall erlittenen Schäden hatten und noch heute haben, ergebnisbringend eingeholt werden. Auch wenn die Klägerin sich dann noch weigern sollte, sich durch den Sachverständigen untersuchen zu lassen, müsse der Schaden zunächst aufgrund der Aussagen der sachverständigen Zeugen geschätzt werden. Nur wenn auch eine Schätzung ohne abschließendes Gutachten nicht möglich sein sollte, käme eine Beweisvereitelung in Betracht, die zur Abweisung der Klage führen könnte.

In seinem im Jahr 1962 entschiedenen Fall hatte der Bundesgerichtshof darüber zu entscheiden, ob das Nichtaufbewahren einer Röntgenaufnahme, welches sich, wie bereits herausgearbeitet wurde, als Verletzung der Befundsicherungspflicht darstellt, im konkreten Fall eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen darstellte. Da aber auch bei Vorhandensein der Röntgenaufnahme ein Kunstfehler durch diese Aufnahme nicht hätte nachgewiesen werden können, hat der Bundesgerichtshof im Ergebnis das Vorliegen einer Beweisvereitelung verneint. Die fehlende Röntgenaufnahme hat der Bundesgerichtshof als nicht kausal für die Nichtaufklärbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhaltes (Wurde der Kieferbruch durch den Beklagten bei dem von ihm vorgenommenen Eingriff verursacht oder nicht?) angesehen und deshalb eine Beweisvereitelung abgelehnt.

Ebenso hatte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil aus dem Jahr 1985 darüber zu entscheiden, ob in der unzureichenden Dokumentation des Beklagten, als Verstoß gegen die Dokumentationspflicht, ein beweisvereitelndes Verhalten zu sehen ist. Dies hat der Bundesgerichtshof aber, wie im vorgenannten Fall, abgelehnt, da die Dokumentation nichts hätte zur Aufklärbarkeit der Schadensursache beitragen können. Die mangelnde Dokumentation war damit nicht ursächlich für die Nichtaufklärbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhaltes.

Auch das Oberlandesgericht München hat in seinem Urteil aus dem Jahr 1991 das Vorliegen einer Beweisvereitelung abgelehnt, weil die Weigerung der Klägerin, sich einem Sachverständigen zur Begutachtung zu unterziehen, nicht ursächlich für die Aufklärung des Sachverhaltes durch die Gegenpartei war. Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens hätte nach Auffassung des Oberlandesgerichts München nicht klären können, ob Stürze aus dem Krankenbett nicht ursächlich für die geltend gemachten Schadensfolgen waren; dies hätte damit den Anscheinsbeweis nicht erschüttern können.

Aus den vorbesprochenen Urteilen ergibt sich, dass ein auf den ersten Blick beweisvereitelndes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei dann nicht als Beweisvereitelung zu werten ist und damit folgenlos bleibt, wenn es sich auf ein nicht entscheidungserhebliches Geschehen bezieht. Dann fehlt es an der Kausalität der Pflichtwidrigkeit für die Beweisnot. Ähnlich ist es, wenn die richterliche Überzeugung auf

andere Beweismittel gestützt werden kann. Auch dann ist ein an sich beweisvereitelndes Verhalten nicht ursächlich.³⁶⁸

Für das Vorliegen einer Beweisvereitelung ist folglich erforderlich, dass diese für das Erschweren oder Unmöglichmachen des Beweises auch ursächlich ist. Dabei muss eine Ursächlichkeit in zweifacher Weise vorliegen. Zum einen muss das Tun oder Unterlassen ursächlich für das Erschweren oder Unmöglichmachen des Beweises sein. Zum anderen muss die nicht beweisbelastete Partei für das Erschweren oder Unmöglichmachen des Beweises auch verantwortlich sein. Davon ist nicht auszugehen, wenn das Beweismittel, welches aufgrund eines vorwerfbaren Verhaltens der nicht beweisbelasteten Partei nicht mehr vorhanden ist, sowieso nicht zur Beweisführung geeignet gewesen wäre. Auch kann hiervon nicht ausgegangen werden, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine andere Person für das Erschweren oder Unmöglichmachen des Beweismittels verantwortlich ist.

6.5. Ergebnis

Aus den vorgenannten Ausführungen ergibt sich, dass für das Vorliegen einer Beweisvereitelung vorausgesetzt wird, dass der Pflichtenverstoß der nicht beweisbelasteten Partei kausal für die Erschwerung oder Unmöglichkeit der Beweisführung der beweisbelasteten Partei ist.

7. Zusammenfassung der Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung

Die Analyse der vorgenannten in der Rechtsprechung zur Beweisvereitelung ergangenen Entscheidungen ergibt, dass für den objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung positiv bestimmte Tatbestandesmerkmale erfüllt sein müssen. Dabei ist unerheblich, ob der Zeugenbeweis, der Sachverständigenbeweis oder der Beweis durch Augenschein vereitelt wird.

Unter Zusammenfassung der vorgenannten Ergebnisse kann der objektive Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung im Bereich des Zeugen-, Sachverständigen- und

³⁶⁸ Vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 32.

Augenscheinsbeweises damit wie folgt definiert werden:³⁶⁹

Der objektive Tatbestand einer Beweisvereitelung ist positiv erfüllt, wenn die nicht beweisbelastete Partei dem beweispflichtigen Gegner durch ein positives Tun oder Unterlassen vor oder während eines laufenden Prozesses, welches sich als Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit, einen Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts, einen Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht, einen Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben, einen Verstoß gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht oder einen Verstoß gegen sonstige Pflichten darstellt, die Beweisführung unmöglich macht oder erschwert und dieses Verhalten für die Nichtaufklärbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhaltes auch ursächlich ist.

II. Negativmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung

Nachdem nun die Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung erörtert wurden, soll nun anhand der Analyse der zur Beweisvereitelung ergangenen Rechtsprechung herausgearbeitet werden, bei Vorliegen welcher Voraussetzungen eine Beweisvereitelung ausscheidet. Hier werden sich aus der Natur der Sache einige Gegenpole zu den Positivmerkmalen des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung ergeben. Dies dient aber der Untermauerung der Positivmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung.

1. Keine Beweisvereitelung bei Handeln durch die beweisbelastete Partei

Fraglich ist, inwieweit eine Beweisvereitelung in der Rechtsprechung auch bei einem Verhalten der beweisbelasteten Partei selbst, welches Auswirkungen auf ihre eigene Beweisführung hat, angenommen werden kann. Dies soll anhand eines hierzu in der Rechtsprechung ergangenen Urteils des Bundesgerichtshofes untersucht werden.

1.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.02.1972 – VI ZR 134/70

In seinem Urteil vom 01.02.1972³⁷⁰ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem sich die Klägerin, trotz zweimaliger Aufforderung des Gerichts, weigerte,

³⁶⁹ In wesentlichen Teilstücken ähnlich bei *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 37.

³⁷⁰ BGH, ZZP 1986, 60 (60 f.).

sich von einem Sachverständigen, der durch Aufklärungs- und Beweisbeschluss bestellt worden war, untersuchen zu lassen. Hierdurch war der insoweit beweisbelasteten Klägerin nicht möglich, die geltend gemachten Unfallschäden und den ursächlichen Zusammenhang mit dem seitens des Beklagten verursachten Unfalles zu beweisen. Allein die Untersuchung durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung dessen führen können.

Die Klägerin hatte als Fahrgast des vom Erstbeklagten geführten Taxis ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule erlitten, weil der Erstbeklagte einen Unfall verursachte, indem er auf ein vor ihm vor einem Fußgängerübergang haltendes Fahrzeug aufgefahren ist. Aufgrund dessen konnte die Klägerin mehrere Monate ihrer Berufstätigkeit als Inhaberin eines Salons für Kosmetik und Fußpflege mit Parfümerieverkauf nicht nachgehen. Mit dem von ihr angestregten Prozess begehrte die Klägerin Ersatz des ihr durch den Unfall entstandenen und künftig noch entstehenden Schadens. Die beklagten Führer und Halter des Taxis vertraten die Ansicht, die von der Klägerin geltend gemachten materiellen und immateriellen Schäden stünden nicht alle im ursächlichen Zusammenhang mit dem Unfall. Die Klägerin habe bereits vor dem Unfall an degenerativen Veränderungen der Halswirbelsäule, Blutunterdruck und vegetativen Beschwerden gelitten und auch ein Zukunftsschaden sei nicht zu befürchten. Zur Aufklärung über die Art und das Ausmaß der von der Klägerin erlittenen Verletzungen und die Wahrscheinlichkeit von Dauerfolgen hat das Gericht durch Aufklärungs- und Beweisbeschluss die Einholung zweier medizinischer Sachverständigengutachten angeordnet. Die Klägerin ist der zweimaligen Aufforderung zur Untersuchung durch einen der beiden Sachverständigen nicht nachgekommen, so dass die Klägerin die ihr obliegende Beweisführung über die geltend gemachten Unfallschäden und über deren ursächlichen Zusammenhang unmöglich gemacht hat.

Da die Klägerin durch die Weigerung, sich dem vom Gericht bestellten Sachverständigen zur Untersuchung zu stellen, unmöglich gemacht hat, dass der Beweis über die von ihr geltend gemachten Unfallschäden und über den ursächlichen Zusammenhang geführt werden konnte, könnte man an das Vorliegen einer Beweisvereitelung denken. Der Bundesgerichtshof hat allerdings eine Beweisvereitelung durch die Klägerin nicht angenommen, weil die beweisbelastete Klägerin selbst den von ihr angebotenen Beweis unmöglich gemacht hat.

1.2. Resumée

In seinem vorbesprochenen Urteil hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung abgelehnt, obwohl dieser Fall auf den ersten Blick Ähnlichkeiten zu den Fallkonstellationen

aufweist, in denen in der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung angenommen wurde. Auch hier war die Beweisführung aufgrund eines Verhaltens einer Prozesspartei nicht möglich.

Betrachtet man den vorbesprochenen Fall allerdings genauer, so ist ein fundamentaler Unterschied zu den sonstigen in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen, in denen eine Beweisvereitelung bejaht wurde, zu erkennen:

Vorliegend hat nicht die nicht beweisbelastete Partei auf die Beweisführung der beweisbelasteten Partei in irgendeiner Art und Weise eingewirkt sondern die beweisbelastete Partei hat selbst auf ihre eigene Beweisführung eingewirkt und durch ihr eigenes Verhalten die Beweisführung unmöglich gemacht. Die Klägerin selbst war für die geltend gemachten Unfallschäden und die Ursächlichkeit des von dem Beklagten verursachten Unfalles für die Schäden beweisbelastet und hat durch die Weigerung, sich von dem vom Gericht ausgewählten Sachverständigen untersuchen zu lassen, ihre Beweisführung unmöglich gemacht.

Anders als in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, in denen eine Beweisvereitelung bejaht wurde, geht es hier nicht darum, die von der Verhaltensweise des Prozessgegners betroffene und insoweit selbst passive Prozesspartei zu schützen und sie nicht als beweisfällig die prozessualen Konsequenzen der Unmöglichkeit einer Beweisführung tragen zu lassen. Vielmehr hat die beweispflichtige Prozesspartei selbst die Unmöglichkeit der Beweisführung verursacht. Sie bedarf insoweit keines Schutzes durch Anwendung der Regelungen über die Beweisvereitelung.³⁷¹ Dass die Prozesspartei dann die prozessualen Konsequenzen zu tragen hat, ist ein Grundpfeiler des deutschen Prozessrechts und bedarf keines Rückgriffs auf das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Beweisvereitelung.³⁷² Es beruht auf dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime, dass die beweispflichtige Partei, die ihre erforderliche Mitwirkung bei einer Beweisaufnahme unterlässt, die Konsequenzen zu tragen hat.³⁷³

In Fällen, in denen die Beweisführung aufgrund eines Verhaltens der beweispflichtigen Partei nicht möglich ist oder erschwert wird, hat die beweisbelastete Prozesspartei schon nach den

³⁷¹ Vgl. *Michalski*, „Beweisvereitelung“ durch beweisbelastete Partei und Nachholbarkeit in der Berufungsinstanz, S. 2070.

³⁷² *Zöller-Greger*, Zivilprozessordnung, Vor. § 128 Rn. 11; *Musielak-Musielak*, Zivilprozessordnung, Einl. Rn. 37ff..

³⁷³ *Thomas/Putzo-Reichold*, Zivilprozessordnung, Einl. I Rn. 2; *Schilken*, Zivilprozessrecht, S. 191 Rn. 350; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77 S. 484f..

Grundsätzen des deutschen Prozessrechts die Folgen hieraus zu tragen. Es bedarf in diesen Fällen deshalb nicht des Schutzes der Prozesspartei durch die Anwendung der Regelungen der Beweisvereitelung.³⁷⁴ Angesichts des in den Vorschriften der ZPO (§§ 356, 230 ZPO) selbst geregelten Nachteiles dieser Partei ist deren Verhalten auch nicht im Interesse des Gegners mit besonderen Missbilligungssanktionen, wie sie in der Anwendung der Grundsätze der Beweisvereitelung gesehen werden kann, zu belegen. Eine Beweisvereitelung liegt deshalb schon aufgrund anderer Sanktionsmöglichkeiten dann nicht vor, wenn die Unmöglichkeit oder Erschwerung der Beweisführung auf ein Verhalten der beweispflichtigen Partei selbst zurückzuführen ist.³⁷⁵

1.3. Ergebnis

Eine Beweisvereitelung liegt im Ergebnis dann nicht vor, wenn die Beweisführung durch ein Verhalten der beweispflichtigen Partei selbst unmöglich gemacht oder erschwert wird.

2. Kein Rechtfertigungsgrund für das aktive Tun oder Unterlassen

Da es unbillig ist, Konsequenzen aus der Beweisvereitelung oder -erschwerung zu ziehen, wenn der Beweisgegner seine Mitwirkung verweigern darf, stellt sich die Frage, ob in der Rechtsprechung Weigerungsgründe des Beweisgegners anerkannt sind, die dazu führen, dass der Tatbestand einer Beweisvereitelung als nicht erfüllt zu betrachten ist. Ob und welche Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des Beweisgegners in Betracht kommen, soll deshalb im Nachfolgenden geprüft werden.

2.1. Sachverständigenbeweis

Zunächst soll untersucht werden, inwieweit Rechtfertigungsgründe für ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, durch welches auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Sachverständigenbeweis eingewirkt wird, in Betracht kommen, um den Tatbestand der Beweisvereitelung im Ergebnis zu verneinen.

2.1.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle vom 22.05.1996 – 13 U 68/94

³⁷⁴ Michalski, „Beweisvereitelung“ durch beweisbelastete Partei und Nachholbarkeit in der Berufungsinstanz, S. 2070.

³⁷⁵ Vgl. auch Michalski, „Beweisvereitelung“ durch beweisbelastete Partei und Nachholbarkeit in der Berufungsinstanz, S. 2070.

Das Oberlandesgericht Celle hatte in seinem Urteil vom 22.05.1996³⁷⁶ über einen Fall zu entscheiden, in welchem der Beklagten nicht durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachgewiesen werden konnte, dass die von ihm gelieferte EDV-Anlage mangelhaft gewesen ist, weil unter anderem das Programm nicht vollständig bzw. nicht funktionsfähig installiert worden sei, das Programm nicht den in der Programmbeschreibung enthaltenen Anforderungen genüge und das gelieferte System keinen Mehrplatzbetrieb ermöglicht habe.³⁷⁷ Dies war darauf zurückzuführen, dass die Anwendungssoftware in der Version, die die Klägerin erhalten hatte, bei der Beklagten nicht mehr vorhanden war. Da die Festplatte bei dem von der Beklagten an die Klägerin gelieferten Rechner defekt war, hätte der Beweis über die Mangelhaftigkeit der seitens der Beklagten gelieferten EDV-Anlage aber nur dann geführt werden können, wenn nach einer Reparatur der Festplatte die Programme in der der Klägerin gelieferten Version mit dem der Klägerin gelieferten Betriebssystem installiert worden wäre. Diese Beweisführung war aufgrund dessen, dass die Anwendersoftware, die die Klägerin erhalten hatte, bei der Beklagten nicht mehr vorhanden war, nicht möglich.

Das Oberlandesgericht Celle hat das Vorliegen einer Beweisvereitelung, die darin zu sehen sein könnte, dass die Beklagte die früheren Versionen der Anwendersoftware nicht aufbewahrt hatte und deshalb nicht vorlegen konnte, aber verneint. Die Beklagte hatte ausgeführt, dass die früheren Versionen der Anwendersoftware, die der Kläger erhalten habe, bei ihr deshalb nicht mehr vorhanden seien, weil sie Ende 1991 bzw. Anfang 1992 auf andere Systeme umgestellt habe. Sie habe ihre Kunden hierüber auch unterrichtet, indem sie die Kunden angeschrieben habe und ihnen die Umstellung der vorhandenen Software auf neue und andere Systeme angeboten habe. Dies wurde auch seitens des von der Beklagten zum Beweis angebotenen und einvernommenen Zeugen bestätigt. Das Oberlandesgericht Celle hat deshalb im Ergebnis eine Beweisvereitelung abgelehnt. Es führt aus, dass die Gründe der Nichtaufbewahrung der früheren Versionen der Anwendersoftware, die die Klägerin erhalten hatte, nachvollziehbar und plausibel seien und es rechtfertigen würden, dass die Beklagte die für eine Beweisaufnahme erforderliche Anwendersoftware nicht mehr parat habe. Die Umstellung auf andere Betriebssysteme mache die Aufbewahrung der früheren Versionen der Software nicht erforderlich und rechtfertige deren Nichtaufbewahrung.

³⁷⁶ OLG Celle, BB 1996, Beilage 19 zu Heft 48 (2. Halbjahr), 6 (7).

³⁷⁷ Vgl. insoweit auch *Zahrnt*, Die Rechtsprechung zur Beweislast bei Fehlern in Standardsoftware, S. 1533 f. m. w. N. zu in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen zur Beweisvereitelung im EDV-Bereich.

2.1.2. Resümée

Das Oberlandesgericht Celle hat in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung im Ergebnis abgelehnt. Der Beklagte hat plausibel dargelegt, weshalb er die Software, die an den Kläger geliefert worden war, nicht aufbewahrt habe, was dem Gegner die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis unmöglich gemacht hat. Das Oberlandesgericht hat eine Rechtfertigung der Nichtaufbewahrung durch die von dem Beklagten nachvollziehbaren und plausiblen Gründen gesehen, die zur Ablehnung der Beweisvereitelung führten.

Aus dem Urteil kann geschlossen werden, dass in der Rechtsprechung grundsätzlich Rechtfertigungsgründe für ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches dem Beweisgegner die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis erschwert oder unmöglich macht, zugelassen werden, um den Tatbestand der Beweisvereitelung im Ergebnis abzulehnen.

Prozesstaktische Überlegungen sind für die Annahme eines solchen Rechtfertigungsgrundes allerdings nicht ausreichend. Erforderlich sind plausible, nachvollziehbare Gründe, die sich als höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei darstellen.

Ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis hat, kann somit nicht als Beweisvereitelung gewertet werden, wenn ein Rechtfertigungsgrund für das Verhalten vorliegt. Ein solcher Rechtfertigungsgrund setzt das Vorliegen von höherwertigen, über den Rechtsstreit hinausgehenden Interessen voraus.

2.2. Zeugenbeweis

Im Nachfolgenden soll nun geklärt werden, inwieweit in der Rechtsprechung auch bei einem Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Zeugenbeweis hat, Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen, die zur Ablehnung einer Beweisvereitelung führen.

2.2.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.06.1967 – VI ZR 201/65

In seinem Urteil vom 20.06.1967³⁷⁸, in dem eine Beweisvereitelung durch den Beklagten angenommen wurde, weil dieser sich weigerte, die Bankangestellten von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden und dem Kläger so unmöglich gemacht wurde, zu beweisen, dass der Beklagte verwahrte Treugelder veruntreut hat, ist der Bundesgerichtshof kurz auf Rechtfertigungsgründe eingegangen. Der Bundesgerichtshof hat erörtert, dass eine Beweisvereitelung dann nicht anzunehmen gewesen wäre, wenn der Beklagte stichhaltige Weigerungsgründe für sein Verhalten angegeben hätte. Weiter wird ausgeführt, dass für den Fall, dass die nicht beweisbelastete Partei durch ihre Einwilligung, die Bankangestellten von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, gegen ihre höherwertigen, über den Rechtsstreit hinausgreifenden Interessen handeln müsste, die Weigerung gerechtfertigt erscheinen würde.³⁷⁹ Der Bundesgerichtshof weist darauf hin, dass zur Entkräftung einer Beweisvereitelung ein vordringliches Interesse zur Wahrung des Bankgeheimnisses hätte dargelegt werden müssen, das die Treupflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Prozess überwiegt.

2.2.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 19.09.1979 – 17 U 159/75

In seinem bereits auf den Seiten 53f. besprochenen Urteil vom 19.09.1979³⁸⁰, in dem das Oberlandesgericht Frankfurt am Main über einen Fall zu entscheiden hatte, bei dem dem Beklagten nur erschwert möglich war, zu beweisen, dass er den Kläger vor einer bei diesem durchgeführten Behandlung ordnungsgemäß aufgeklärt hat, ist das Gericht bei der Behandlung der Beweisvereitelung darauf eingegangen, ob der Kläger Rechtfertigungsgründe für sein Verhalten hat.

Der Kläger hatte die vom Beklagten zum Beweis angebotenen Zeugen erst Jahre später von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, wodurch dem Beklagten die ihm obliegende Beweisführung erschwert wurde. Der Kläger hatte sich in dem Prozess darauf berufen, dass er die vom Beklagten angebotenen Zeugen deshalb so lange nicht von der Schweigepflicht entbunden habe, weil er der Ansicht war, die Zeugen werden, da sie beruflich vom Beklagten abhängig seien, nicht wahrheitsgemäß aussagen und darüber hinaus sich selbst einer Haftung

³⁷⁸ BGH, NJW 1967, 2012 (2012f.).

³⁷⁹ Der BGH musste in dem entschiedenen Fall allerdings nicht näher auf die Weigerungsgründe eingehen, da der Beklagte überhaupt keine Gründe für sein Verhalten genannt hatte. Der Beklagte hatte die ihm gesetzte verlängerte Frist zur Befreiung der Bankangestellten von der Verschwiegenheitspflicht vielmehr ergebnislos verstreichen lassen und auch im Termin zur mündlichen Verhandlung hierzu keine Erklärungen abgegeben.

³⁸⁰ OLG Frankfurt, NJW 1980, 2758 (2758).

aussetzen, wenn sie wahrheitsgemäß aussagen würden. Er müsse ihnen deshalb keine Befreiung erteilen.

Diesbezüglich führt das Oberlandesgericht Frankfurt am Main, das eine Beweisvereitelung des Klägers im Ergebnis bejaht hat, aus, dass zwar grundsätzlich Rechtfertigungsgründe für ein Verhalten in Betracht kommen können, die das Vorliegen einer Beweisvereitelung ausschließen. Die vom Kläger genannten Gründe hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main aber nicht ausreichen lassen, um eine Beweisvereitelung abzulehnen. Die vom Kläger angegebenen Gründe waren nach Ansicht des Gerichts nicht geeignet, die Verzögerung der Befreiungserklärung zu rechtfertigen. Die ärztliche Schweigepflicht, die im Interesse des Heilung suchenden Patienten geschaffen wurde, werde missbraucht, wenn diese mit dem Ziel im Prozess eingesetzt werde, seinen Prozessgegner in Beweisnot zu bringen, um so seine Prozessziele durchzusetzen. Die Meinung, ein Zeuge werde sich selbst einer Haftung aussetzen, wenn er wahrheitsgemäß aussage, greife einer Prüfung nach § 384 Nr. 1 ZPO vor und die Meinung, ein Zeuge werde wegen seiner beruflichen Abhängigkeit von dem Beklagten nicht wahrheitsgemäß aussagen, sei der dem Gericht obliegenden Beweiswürdigung vorbehalten. Die Gründe hätten mit dem Schutzzweck der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht nichts zu tun. Sie seien deshalb nicht geeignet, die Verzögerung der Befreiungserklärung zu rechtfertigen.

2.2.3. Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 30.10.1985 – 7 U 1915/85

Auch in seinem bereits auf den Seiten 87f. erwähnten Urteil vom 30.10.1985³⁸¹ geht das Oberlandesgericht München kurz darauf ein, dass eine Beweisvereitelung dann nicht anzunehmen gewesen wäre, wenn die Weigerung, den von der beweispflichtigen Partei benannten Notar und Notaramtmann von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, auf das Weigerungsrecht begründende Umstände gestützt worden wäre. Solche hat das Oberlandesgericht aber im vorliegenden Fall nicht angenommen. Die Klägerin hatte die Weigerung mit der Furcht begründet, dass die Zeugen zugunsten der Beklagten parteiisch seien, was sich daran zeige, dass der Notar dem Klägerinnenvertreter die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Darlehensvertrages mit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht falscher Begründung verweigert habe. Auch in einem anderen Fall sei es zu einer unzuverlässigen Beurkundung und einer falschen Fälligkeitserklärung gekommen. Dies hat

³⁸¹ OLG München, NJW-RR 1987, 1021 (1021f.).

das Oberlandesgericht aber als Weigerungsgrund nicht ausreichen lassen, da die Umstände lediglich geeignet seien, den subjektiven Eindruck einer Parteilichkeit zu begründen, die Befürchtung aber objektiv nicht begründet sei.

2.2.4. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.01.1988 – IVb ZR 82/86

In seinem Urteil vom 27.01.1988³⁸² hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger in dem von ihm geführten Prozess nicht möglich war, eine zwischen ihm und seiner beklagten Ehefrau getroffenen Vereinbarung zu beweisen. Der Kläger begehrte mit seiner Klage von der beklagten Ehefrau Bezahlung des aus der Veräußerung eines Hausgrundstücks erlangten Erlöses. Diesbezüglich ist der Kläger der Auffassung, dass zwischen ihm und seiner Ehefrau eine Vereinbarung des Inhaltes getroffen worden sei, dass die Beklagte das Hausgrundstück, welches für sie während der Ehezeit aufgelassen wurde und welches der Kläger zum Großteil mit eigenen Mitteln finanziert hatte, nur treuhänderisch verwaltet habe, so dass ihm der Veräußerungserlös an dem Hausgrundstück gemäß § 667 BGB zustehe.

Die Beklagte hatte den Rechtsanwalt, bei dem die Parteien Verhandlungen über den Verkaufserlös geführt hatten und auf dessen Zeugnis sich der Kläger berufen hatte, nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden. Nur dessen Angaben hätten zur Aufklärung darüber führen können, wem der Veräußerungserlös, dessen Bezahlung der Kläger von der Beklagten mit der Klage begehrte, zustehen sollte.

Der Kläger war der Auffassung, dass in dieser Nichtentbindung des Rechtsanwaltes von der Verschwiegenheitspflicht, wodurch ihm der Beweis einer getroffenen Vereinbarung über den Verkaufserlös des Hausgrundstücks unmöglich gemacht wurde, eine Beweisvereitelung der Beklagten zu sehen sei.

Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof nicht angeschlossen. Die Beklagte habe einen triftigen Grund gehabt, den vom Kläger benannten Zeugen Rechtsanwalt nicht von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Der Rechtsanwalt hatte, nachdem er früher die Interessen beider Parteien vertreten hatte, später nur noch die Interessen des Klägers vertreten und die Beklagte im Zuge der Auseinandersetzungen zwischen den Parteien die Beklagte auch zur Bezahlung des Verkaufserlöses an den Kläger aufgefordert. Die Beklagte habe

³⁸² BGH, NJW 1988, 962 (964).

deshalb Anlass zu der Besorgnis gehabt, dass der Rechtsanwalt aufgrund der mandantschaftlichen Verbundenheit und nach der Rechtsauffassung, die er sich in diesem Zusammenhang gebildet hatte, unwillkürlich dazu neigen könnte, einseitig den Rechtsstandpunkt des Klägers zu untermauern. Die Beklagte habe deshalb einen triftigen, aner kennenswerten Grund gehabt, den Rechtsanwalt nicht von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Die Nichtentbindung des Rechtsanwaltes von dessen Verschwiegenheitspflicht sei deshalb nicht als vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten zu würdigen, an das beweisrechtliche Nachteile geknüpft werden müssten. Der Beklagten könne ein Vorwurf der Beweisvereitelung deshalb nicht angelastet werden.

2.2.5. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 26.09.1996 – III ZR 56/96

In seinem Beschluss vom 26.09.1996³⁸³ hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung im Ergebnis verneint, da der Kläger aus erkennbar verständlichen Gründen verweigert habe, den von der Beklagten als Zeugen angebotenen Notar von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden:

Die Parteien stritten hier um Maklerlohn und insbesondere um die Frage, ob der Beklagten ein Anspruch auf Maklerlohn überhaupt zustehe, da sie nach der von dem Kläger behaupteten wirtschaftlichen Verflechtung mit der Verkäuferin überhaupt nicht als Maklerin tätig sein durfte. Die Beklagte hatte diesbezüglich den beurkundenden Notar, bei dem die streitgegenständliche Provisionsvereinbarung getroffen wurde, als Zeugen angeboten. Er sollte bezeugen, dass die Provision, trotz Kenntnis der Verflechtung und entsprechender Belehrung über die Folgen, dennoch vereinbart worden sei. Der Kläger weigerte sich in dem Prozess, den Notar von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden.

Er berief sich darauf, dass der als Zeuge angebotene Notar die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit in der zweiten Instanz als Prozessbevollmächtigter vertreten hatte. Weiter hat der Kläger als Begründung für sein Verhalten angegeben, dass die Beklagte im Termin vor dem Berufungsgericht erklärt habe, sie wolle von dem Notar wegen Verletzung seiner Verpflichtungen ihr gegenüber Schadensersatz verlangen.

Der Bundesgerichtshof meint, wie das vorangegangene Berufungsgericht, dass nicht ersichtlich sei, dass der Kläger willkürlich die Befreiung von der Schweigepflicht verweigert

³⁸³ BGH, NJW-RR 1996, 1534 (1534).

habe. Er habe vielmehr erkennbar verständliche Gründe für diese Maßnahme gehabt. Angesichts der ausgeführten Gründe habe der Kläger ein berechtigtes Interesse gehabt, von seinem Recht, die Befreiung von der Schweigepflicht zu verweigern, Gebrauch zu machen.

Weiter führt der Bundesgerichtshof aus, dass nur ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten den mit beweisrechtlichen Nachteilen verbundenen Vorwurf der Beweisvereitelung zu tragen vermag. Hiervon könne im vorher beschriebenen Fall jedoch nicht die Rede sein, wenn, wie hier, die Aussagegenehmigung verweigernde Partei Anlass zu der Besorgnis hatte, dass der Zeuge aufgrund der mandantschaftlichen Verbundenheit bzw. unter dem Eindruck einer drohenden Schadensersatzpflicht dazu neigen könnte, einseitig den Rechtsstandpunkt der Gegenpartei zu untermauern.

2.2.6. Resumée

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1967 hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass eine Beweisvereitelung bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen abzulehnen ist. Für eine Rechtfertigung sind nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes stichhaltige Gründe und höherwertige über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen erforderlich.

Auch das Oberlandesgericht Frankfurt hat in seinem Urteil aus dem Jahr 1979 die von dem Kläger vorgebrachten Gründe für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes mit der Folge der Ablehnung des Tatbestandes der Beweisvereitelung nicht ausreichen lassen. Die vom Kläger vorgetragenen Gründe waren prozesstaktischer Natur und auch ansonsten nicht stichhaltig. Sie waren insbesondere nicht in höherwertigen, über den Rechtsstreit hinausgehenden Interessen des Klägers begründet.

Ebenso hat das Oberlandesgericht München in seinem Urteil aus dem Jahr 1985 ausgeführt, dass als Weigerungsgrund für das Nichtentbinden eines Notars von der Verschwiegenheitspflicht triftige, stichhaltige und nachvollziehbare Gründe vorliegen müssen, um dies als Rechtfertigung für die Ablehnung des Tatbestandes der Beweisvereitelung annehmen zu können.

In seinem Urteil aus dem Jahr 1988 hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung, die in der Nichtentbindung des Rechtsanwaltes von der Schweigepflicht hätte gesehen werden können, im Ergebnis abgelehnt. Der Bundesgerichtshof hat einen triftigen, aner kennenswerten Grund der Beklagten gesehen, den Rechtsanwalt nicht von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, was Rechtfertigung für das Verhalten der Beklagten darstelle. Eine

Beweisvereitelung wurde mangels vorwerfbaren, missbilligenswerten Verhaltens nicht angenommen.

Auch in seinem Beschluss aus dem Jahr 1996 hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung verneint, weil der Kläger eine Rechtfertigung dafür hatte, den von der Gegenseite als Zeugen benannten Notar nicht von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Der Bundesgerichtshof führte hier aus, dass erkennbar verständliche Gründe vorgelegen hätten; der Kläger habe ein berechtigtes Interesse für sein Verhalten gehabt, welches dieses nicht vorwerfbar und missbilligenswert gemacht habe.

Aus den vorgenannten Entscheidungen ergibt sich, dass in der Rechtsprechung Rechtfertigungsgründe für ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Zeugenbeweis hat, vorliegen können, die dazu führen, dass der Tatbestand der Beweisvereitelung als nicht erfüllt angesehen wird.

Für die Annahme eines solchen Rechtfertigungsgrundes fordert die Rechtsprechung aber wieder stichhaltige, triftige und nachhaltige Gründe für die „Verweigerung“ des Beweises. Auch hier lässt die Rechtsprechung prozesstaktische Gründe und Überlegungen nicht ausreichen. Gefordert werden höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei.

Dies ergibt sich daraus, dass nur ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten den mit beweisrechtlichen Nachteilen verbundenen Vorwurf der Beweisvereitelung tragen kann. Es ist deshalb ein triftiger Grund zu fordern. Als solcher triftiger Grund muss jedenfalls ausreichen, wenn besondere Umstände zutage getreten sind, die geeignet sind, bei der Partei den Eindruck zu erwecken, der betreffende Zeuge sei nicht (mehr) neutral, sondern er stehe – freiwillig oder unter Druck – „im Lager“ der Gegenpartei.³⁸⁴

Es bleibt damit festzuhalten, dass ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Zeugenbeweis hat, dann nicht als Beweisvereitelung zu werten ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund für dieses Verhalten gegeben ist. Ein solcher Rechtfertigungsgrund kann nur durch höherwertige, über

³⁸⁴ BGH, NJW-RR 1996, 1534 (1534).

den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei begründet werden.

2.3. Augenscheinsbeweis

Nunmehr soll noch geklärt werden, ob in der Rechtsprechung ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Beweis durch Augenschein hat, ebenfalls nicht als Beweisvereitelung zu werten ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund für dieses Verhalten vorliegt.

2.3.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 5.12.1967 – 4 W 476/67

In seinem bereits auf Seite 89 angesprochenen Beschluss³⁸⁵ hatte das Oberlandesgericht Koblenz darauf hingewiesen, dass es grundsätzlich eine Beweisvereitelung darstellt, wenn sich die nicht beweisbelastete Partei weigert, die im Laufe eines geführten Prozesses, aufgrund von der Gegenseite angebotenen Beweises, angeordnete Augenscheinseinnahme auf ihrem Grundstück zu dulden. Hieraus könnten grundsätzlich die einer Beweisvereitelung immanenten Rechtsfolgen gezogen werden.

In diesem Beschluss führt das Oberlandesgericht Koblenz aber weiter aus, dass es durchaus plausible, nachvollziehbare Gründe dafür geben kann, die Einnahme des Augenscheins zu verweigern. Dies hätte, wenn es Interessen der nicht beweisbelasteten Partei darstellen würden, die über den Rechtsstreit hinausgehen, zur Folge, dass eine Beweisvereitelung ausscheiden müsste.

2.3.2. Resumée

In seinem vorgenannten Beschluss hatte das Oberlandesgericht Koblenz zwar nicht konkret über das Vorliegen einer Beweisvereitelung zu entscheiden. Aus den Ausführungen kann aber abgeleitet werden, dass in der Rechtsprechung auch Rechtfertigungsgründe für ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Augenscheinsbeweis hat, vorliegen können, die dazu führen, dass der Tatbestand der Beweisvereitelung als nicht erfüllt anzusehen ist.

³⁸⁵ OLG Koblenz, NJW 1968, 897 (897).

Auch hier sind zur Ablehnung des Tatbestandes der Beweisvereitelung aber wieder nachvollziehbare, triftige Gründe erforderlich, die sich als Interessen der nicht beweisbelasteten Partei darstellen, die über den konkreten Rechtsstreit hinausgehen.

Es kann damit festgehalten werden, dass ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Augenscheinsbeweis hat, dann nicht als Beweisvereitelung zu werten ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund für dieses Verhalten vorliegt. Ein solcher Rechtfertigungsgrund kann wieder nur durch höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei begründet werden.

2.4. Ergebnis

Aus den vorgenannten Entscheidungen ergibt sich, dass das Gericht dann keine Konsequenzen aus der Beweisvereitelung oder -erschwerung ziehen darf, wenn der Beweisgegner seine Mitwirkung verweigern darf.

Egal, ob durch das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei dem Prozessgegner die Beweisführung mittels Sachverständigen-, Zeugen- oder Augenscheinsbeweis unmöglich gemacht oder erschwert wird, kann ein Rechtfertigungsgrund gegeben sein, der dazu führt, dass das Verhalten nicht als Beweisvereitelung zu werten ist.

Es stellt sich somit die Frage, wann ein Weigerungsgrund gegeben ist. Aus den Urteilen ergibt sich, dass eine Beweisvereitelung dann nicht anzunehmen ist, wenn ein triftiger Grund für das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei besteht.

Weiter ergibt sich, dass für die Annahme eines solchen Rechtfertigungsgrundes prozesstaktische Überlegungen nicht ausreichend sind, da diese keinen anerkannten, triftigen Grund für ein Verhalten darstellen. Erforderlich sind hierfür vielmehr höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei. Dies ergibt sich daraus, dass nur ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten den mit den beweisrechtlichen Nachteilen verbundenen Vorwurf der Beweisvereitelung tragen kann. Dies ist auch damit zu erklären, dass die parallel bestehende Wahrheitspflicht der Parteien ebenfalls nur unter ganz vorsichtiger Zurückhaltung eine Entbindung von der

Wahrheitspflicht vorsieht.³⁸⁶ Der Verlust des Prozesses ist ein ganz „normales Risiko“, das die Parteien nicht mittels Wahrheitsverletzungen auszuschalten versuchen dürfen. Darüber hinaus lässt sich dies mit einem Vergleich zur Vorschrift des § 372 a ZPO erklären. Diese Vorschrift zeigt, dass sogar die eigene körperliche Untersuchung für den Beweisgegner nicht unzumutbar ist. Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass die Mitwirkungspflicht des Beweisgegners als streng einzustufen ist, so dass eine Ausnahme hiervon ebenfalls nur unter strengen Voraussetzungen möglich ist. Vor diesem Hintergrund ist ein Weigerungsrecht des Beweisgegners nur dann diskutabel, wenn der Persönlichkeitsschutz dominiert.³⁸⁷

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass ein Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches Auswirkungen auf die Beweisführung des Prozessgegners mittels Sachverständigen-, Zeugen- oder Augenscheinsbeweis hat, dann nicht als Beweisvereitelung zu werten ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund für ein solches Verhalten gegeben ist. Voraussetzung für die Annahme eines solchen Rechtfertigungsgrundes ist, dass höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei vorliegen.

3. Keine Beweisvereitelung, wenn Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes durch das schadenbegründende Ereignis selbst herbeigeführt wurde

Fraglich ist, inwieweit in der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung angenommen wird, wenn das Unmöglichmachen oder Erschweren der Beweisführung im schadenbegründenden Ereignis selbst seine Ursache hat. Dies soll im Nachfolgenden anhand einzelner in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen untersucht werden.³⁸⁸

3.1. Entscheidung des Reichsgerichts vom 22.05.1911-Rep. I 237/10

Das Reichsgericht hatte am 22.05.1911³⁸⁹ über einen Fall zu entscheiden, bei welchem dem Beklagten ein alleiniges Verschulden an einem Schiffszusammenstoß nicht nachgewiesen werden konnte. Die Besatzung des Schiffes, mit dem der Zusammenstoß erfolgte, ist bei dem Zusammenstoß zu Tode gekommen. Allein die Aussage der Besatzung des Schiffes hätte zu

³⁸⁶ Peters, Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, S. 81 ff.

³⁸⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen die Ausführungen in den vorausgehend auf den Seiten 138ff. besprochenen Urteilen.

³⁸⁸ Siehe auch Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 32.

³⁸⁹ RGZ 76, 295 (297).

einer Aufklärung des Sachverhaltes führen können. Der Vorwurf des Mitverschuldens konnte seitens der Kläger aufgrund Todes der Besatzung nicht ausgeräumt werden.

Dem streitgegenständlichen Fall lag ein Zusammenstoß des der Beklagten gehörigen Dampfers mit einem Ewer auf der Elbe zugrunde, bei dem der Ewer in zwei Teile zerschnitten wurde und sofort sank. Die Besatzung, unter der sich auch der Eigentümer des Ewers befand, ist seit dem Unfall verschollen. Mit der Klage beehrte die Witwe des Eigentümers des gesunkenen Ewers aus eigenem und abgetretenem Recht ihrer Kinder Schadenersatz infolge des Verlustes des Ewers sowie Bezahlung einer Rente von dem beklagten Eigentümer des Dampfers.

Die Kläger hatten die Ansicht vertreten, durch die Tötung der Besatzung sei der Beweis vereitelt worden, so dass sie einen Beweis für das alleinige Verschulden des Beklagten und eine Ausräumung des Vorwurfes eines Mitverschuldens nicht erbringen müssten. Das Reichsgericht hat eine Beweisvereitelung in diesem Falle aber ausdrücklich abgelehnt. Diese hätte darin gesehen werden können, dass durch den Tod der Besatzung des Ewers nicht nachgewiesen werden konnte, durch welche Umstände es zu dem Zusammenstoß gekommen ist. Es hat ausgeführt, dass eine solche nicht angenommen werden kann, weil der Verlust des Beweismittels gerade auf dem schadenursächlichen Ereignis beruht, dessen schuldhaft Verursachung streitig ist.

3.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg vom 01.03.1971 – 4 U 25/70

Auch das Oberlandesgericht Bamberg hatte in seinem Urteil vom 01.03.1971³⁹⁰ über einen Fall zu entscheiden, in dem der Beklagten das Verschulden an einem Unfall nicht nachgewiesen werden konnte, weil bei diesem Unfall der Rechtsvorgänger des Klägers getötet wurde und allein die Aussage des Getöteten zur Aufklärung des Sachverhaltes hätte führen können.

Dem von dem Oberlandesgericht Bamberg zu entscheidenden Fall lag zugrunde, dass die Beklagte mit ihrem PKW einen Mopedfahrer überholt hatte und es danach an einer Straßenabzweigung zu einem Verkehrsunfall kam, indem das Vorderrad des Mopeds mit der rechten hinteren Stoßstange des PKW der Beklagten zusammenstieß. Aufgrund dieses

³⁹⁰ OLG Bamberg, VersR 1971, 769 (769); vgl. *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 32.

Zusammenstoßes stürzte der Mopedfahrer und erlag seinen Verletzungen. Es handelte sich dabei um einen Berufsunfall. Die Klägerin erbringt der Witwe des Getöteten Leistungen aus diesem Berufsunfall und macht in dem streitgegenständlichen Prozess die Beklagte für den Unfall verantwortlich.

Die Klägerin hat hier die Ansicht vertreten, dass ihr durch die Tötung des Mopedfahrers durch die Beklagte das einzige Beweismittel entzogen worden und hierdurch der Beweis vereitelt worden sei und sich deshalb die Beweislast umgekehrt habe, mit der Folge, dass sich die Beklagte exkulpieren müsse.

Das Oberlandesgericht Bamberg ist dieser Ansicht nicht gefolgt und hat eine Beweisvereitelung ausdrücklich verneint. Zur Begründung führte das entscheidende Gericht aus, dass, wenn das schadenbegründende Ereignis selbst (hier: Tötung eines Unfallbeteiligten), dessen Verursachung streitig ist, die Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes herbeigeführt hat, eine Beweisvereitelung nicht angenommen werden kann.

3.3. *Resumée*

Bereits das Reichsgericht hat in seinem im Jahr 1911 zu entscheidenden Fall eine Beweisvereitelung im Ergebnis abgelehnt, weil der Verlust des Beweismittels (hier: Tod der Besatzung des Schiffes, die Zeugnis über den Unfallhergang hätten geben können) auf dem schadensursächlichen Ereignis (hier: Zusammenstoß zweier Schiffe) beruhte, dessen Verursachung streitig ist.

Auch das Oberlandesgericht Bamberg hat in seinem im Jahr 1971 zu entscheidenden Fall eine Beweisvereitelung abgelehnt, weil auch hier der Verlust des Beweismittels (hier: Tod eines unfallbeteiligten Mopedfahrers, der Zeugnis über den Unfallhergang hätte geben können) auf dem schadenbegründenden Ereignis selbst (hier: Zusammenstoß zwischen einem PKW und einem Moped), dessen Verursachung streitig war, beruhte.³⁹¹

3.4. *Ergebnis*

Im Ergebnis ergibt sich somit, dass die Grundsätze der Beweisvereitelung nach der Rechtsprechung dann keine Anwendung finden, wenn eine zu beweisende Tatsache aufgrund

³⁹¹ Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 32.

des Schadensereignisses selbst nicht aufgeklärt werden kann. Beruht also der Verlust eines Beweismittels gerade auf dem schadensursächlichen Ereignis, dessen schuldhaftige Verursachung strittig ist, kann eine Beweisvereitelung nicht angenommen werden.³⁹²

4. Keine Beweisvereitelung, wenn Beweisführer den Beweis selbst rechtzeitig hätte sichern können

Fraglich ist, ob eine Beweisvereitelung auch dann angenommen werden kann, wenn die beweisbelastete Partei den Beweis selbst rechtzeitig hätte sichern können. Dies soll anhand der nachfolgenden in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen geprüft werden.

4.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.11.1967 – II ZR 105/65

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 23.11.1967³⁹³ über einen Fall zu entscheiden, in dem der Kläger, ein Taxiunternehmer, die Feststellung begehrte, dass die Beklagte, seine Haftpflichtversicherung, Haftpflichtversicherungsschutz für die Folgen eines Verkehrsunfalles, den er als Halter und Führer eines PKW verursachte, gewähren muss.

Der Kläger war auf einer Strecke, die durch ein Warnschild als gefährlich gekennzeichnet war, in einer leichten Linkskurve hinter einer Kuppe von der Straße abgekommen und fuhr rechts gegen einen Baum, wobei er und seine beiden Fahrgäste verletzt wurden. Die Beklagte hat sich in dem von dem Kläger angestregten Prozess darauf berufen, dass der Unfall, anders als von dem Kläger in seiner Schadensanzeige angegeben (dort hatte der Kläger angegeben, dass als mögliche Schadensursache zu schnelles Fahren in Betracht komme), darauf zurückzuführen sei, dass der Kläger mit nicht mehr verkehrssicheren Reifen gefahren sei und dadurch eine Gefährerhöhung vorgenommen habe, für die sie nicht einzustehen habe. Der insoweit beweispflichtigen Beklagten war es nicht möglich zu beweisen, dass die Reifen des Fahrzeuges nicht mehr verkehrssicher waren, da die Reifen nicht mehr zur Inaugenscheinnahme oder für die Begutachtung durch einen Sachverständigen zur Verfügung standen. Der Sohn des Klägers hatte das Unfallfahrzeug etwa einen Monat nach dem Unfallereignis an einen Auto-Verwertungsbetrieb veräußert, bei dem es noch mindestens vier Wochen auf Lager stand und dann verschrottet wurde. Zum Zeitpunkt der Veräußerung waren die Ermittlungen der Polizei hinsichtlich des Unfallherganges bereits abgeschlossen und das

³⁹² Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 32.

³⁹³ BGH, VersR 1968, 58 (59).

Unfallfahrzeug stand bereits mehrere Wochen nach dem Unfall in einer Werkstatt. Die Veräußerung hat der Kläger der Beklagten gleich an dem Tag, an dem das Fahrzeug an den Auto-Verwertungsbetrieb übergeben wurde, mitgeteilt.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil geprüft, inwieweit in der Veräußerung des Unfallfahrzeuges zur anschließenden Verschrottung eine Beweisvereitelung des Klägers gesehen werden könne. Eine solche hat der Bundesgerichtshof aber ebenso wie das zuvor mit der Sache befasste Berufungsgericht im Ergebnis verneint. Begründet wurde dies damit, dass die Beklagte aufgrund der Mitteilung des Klägers von der Veräußerung des Fahrzeuges die Möglichkeit gehabt hätte, das Fahrzeug beim Käufer zu besichtigen. Dies hatte die Beklagte aber nicht einmal versucht. Es könne deshalb nicht von einer Beweisvereitelung ausgegangen werden.³⁹⁴

Die Ablehnung der Beweisvereitelung mit der ihr immanenten Rechtsfolgen beruhte somit darauf, dass die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, den Beweis durch Begutachtung des Fahrzeuges zu sichern, was diese jedoch nicht getan hat.

4.2. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.04.1976 – VIII ZR 288/74

In seinem Urteil vom 14.04.1976³⁹⁵ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem beklagten Mieter, entgegen der im Mietvertrag festgelegten Regelung, nicht möglich war zu beweisen, dass ihm an dem Brand, welcher zur Zerstörung des Mietobjektes führte, kein Verschulden trifft, so dass dem klagenden Vermieter ein Anspruch auf Bezahlung des von ihm geltend gemachten Mietzinses nicht zusteht.

Der Kläger hatte nach Ausbruch des Brandes eine Abbruchfirma, die den ganzen vom Mietobjekt verbleibenden Schutt beiseite geschoben hat, beauftragt. Es war dem Beklagten deshalb nicht möglich, die Ursache des Brandherdes aufzuklären. Nur die Untersuchung des abgebrannten Mietobjektes durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung führen können.

³⁹⁴ Fraglich könnte hier weiter sein, ob der Kläger überhaupt schuldhaft gehandelt hat, was wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ebenfalls Voraussetzung für das Vorliegen einer Beweisvereitelung ist. Dies könnte deshalb zweifelhaft sein, weil für den Kläger wohl kaum erkennbar war, dass der Zustand der Reifen für die Versagung des Versicherungsschutzes zum Anlass genommen werden würde. Man könnte deshalb daran denken, dass bereits nicht erkennbar war, dass die Reifen Beweisfunktion haben können. Allerdings kann diese Frage hier offen bleiben, da die Beweisvereitelung bereits aus dem aufgezeigten Grund, dass die Beklagte selbst die Möglichkeit gehabt hätte den Beweis zu sichern, abzulehnen war.

³⁹⁵ BGH, BB 1976, 812 (813).

Der Beklagte war der Auffassung, dass in diesem von dem Kläger veranlassten Beiseiteschieben des Schuttes eine Beweisvereitelung mit der Folge einer Beweislastumkehr zu sehen sei.

Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof nicht angeschlossen. Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass der Beklagte selbst unverzüglich alles Erdenkliche zur Beweissicherung hätte unternehmen müssen. Da der Beklagte selbst die Möglichkeit gehabt hätte, seinen Beweis zu sichern, sei dem Kläger eine Beweisvereitelung nicht anzulasten.

4.3. Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 10.08.1993 – 9/9a RV10/92

In seinem Urteil vom 10.08.1993³⁹⁶ hatte das Bundessozialgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem die Klägerin Witwenrente von dem beklagten Land verlangt hat, mit der Begründung, ihr verstorbener Ehemann sei an dem zuletzt anerkannten Versorgungsleiden (inaktive Lungentuberkulose) gestorben. Das beklagte Land hat diese Auffassung nicht geteilt und sich darauf berufen, eine Rentenzahlung scheide aus, weil der Tod des Ehemannes der Klägerin nicht im Zusammenhang mit der als Schädigungsfolge anerkannten Lungentuberkulose gestanden habe.

Der Sachverhalt konnte nicht mehr aufgeklärt werden, da eine Obduktion des Leichnams des Ehemannes der Klägerin unterblieben und nicht mehr nachholbar war. Das beklagte Land hatte es, auf die wenige Tage nach dem Tod des Ehemannes der Klägerin erfolgte Anregung der Klägerin unterlassen, eine Obduktion des Leichnams des Ehemannes der Klägerin vornehmen zu lassen.

Aufgrund der Tatsache, dass wegen der Nichtvornahme der Obduktion durch das beklagte Land für die insoweit beweisbelastete Klägerin nicht möglich war zu beweisen, dass ihr Ehemann infolge des anerkannten Versorgungsleidens gestorben ist, könnte man daran denken, dass dem beklagten Land eine Beweisvereitelung zur Last zu legen ist.

Eine solche Beweisvereitelung hat das Bundessozialgericht aber abgelehnt. Zur Begründung wird ausgeführt, dass unabdingbare Voraussetzung für eine Beweisvereitelung sei, dass das pflichtwidrige Handeln oder Unterlassen den beweisbelasteten Beteiligten in eine Beweisnot,

³⁹⁶ BSG, NJW 1994, 1303 (1303).

d. h. eine ausweglose Lage gebracht hat. Diese Voraussetzung sei aber im streitgegenständlichen Fall nicht erfüllt. Zwar sei die Klägerin heute in Beweisnot, weil nur durch eine heute nicht mehr mögliche Obduktion die mögliche und für den Anspruch der Klägerin günstige Krankheitsentwicklung ihres verstorbenen Ehemannes hätte nachgewiesen werden können. Die Klägerin hätte aber selbst die Möglichkeit gehabt, eine Obduktion rechtzeitig zu veranlassen. Ihr hätte sogar die Möglichkeit zur Seite gestanden, ein Beweissicherungsverfahren nach § 76 SGG durchführen zu lassen. Da die Klägerin den Beweis selbst hätte sichern können, könne dem beklagten Land eine Beweisvereitelung nicht vorgeworfen werden.³⁹⁷

4.4. *Resumée*

Der Bundesgerichtshof hat in seinem vorgenannten Urteil aus dem Jahr 1967 eine Beweisvereitelung abgelehnt. Eine solche hätte in der Veräußerung des Unfallfahrzeuges zur anschließenden Verschrottung gesehen werden können. Da die beweisbelastete Beklagte aber den Beweis (hier: Inaugenscheinnahme der Reifen oder Begutachtung durch einen Sachverständigen) selbst hätte sichern können, indem sie das Fahrzeug beim Käufer hätte besichtigen können, wurde eine Beweisvereitelung im Ergebnis abgelehnt.

Auch in seinem vorbesprochenen Urteil aus dem Jahr 1976 hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung im Ergebnis verneint, die in dem Beiseiteschaffen des nach Ausbruch des Brandes am Mietobjekt verbleibenden Schuttes hätte gesehen werden können. Der nicht beweisbelastete Beklagte hätte auch hier die Möglichkeit gehabt, den Beweis selbst zu sichern.

Zuletzt hat das Bundessozialgericht in seinem Urteil eine Beweisvereitelung, die in der unterbliebenen Obduktion des Leichnams des Ehemannes der Klägerin hätte gesehen werden können, verneint. Die Klägerin hätte es auch hier selbst in der Hand gehabt, die notwendigen

³⁹⁷ Das Bundessozialgericht hat weiter ausgeführt, dass das beklagte Land durch die Nichtdurchführung der Obduktion auch nicht ihre Ermittlungspflicht verletzt habe. Das Ausmaß der Ermittlungspflicht stehe im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Dieses Ermessen habe die Behörde nicht verletzt, da es an jedem Anhaltspunkt dafür gefehlt hätte, dass der Tod des Ehemannes der Klägerin mit einer Schädigungsfolge zusammenhängen könne, so dass es die Vornahme einer Obduktion nicht vornehmen lassen musste. Auch durch Anregungen der Beteiligten sei sie nicht gezwungen, auch in unerhebliche Richtungen Prüfungen vorzunehmen. Man könnte das Vorliegen einer Beweisvereitelung deshalb auch an dem Vorliegen einer Pflichtverletzung scheitern lassen. Dies erscheint aber nicht überzeugend, da spätestens nach Anregung der Obduktion durch die Beteiligten hätte klar sein müssen, dass ein Versorgungsleiden als Todesursache im Raum steht. Es hätte ihr deshalb wohl zumindest aus Treu und Glauben obliegen, die Obduktion vornehmen zu lassen, da die Obduktion eine für sie zumutbare Mitwirkung zur Aufklärung der Todesursache gewesen wäre.

Beweise zu sichern (hier: durch eigene Veranlassung einer Obduktion oder Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens).

Aus vorgenannten Entscheidungen wird deutlich, dass die Rechtsprechung eine Beweisvereitelung immer dann ablehnt, wenn die beweisbelastete Partei den Beweis selbst hätte sichern können. Ansonsten wären bei der nicht beweisbelasteten Partei alle bereits herausgearbeiteten Merkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung erfüllt. Der Unterschied zu den Entscheidungen, bei denen eine Beweisvereitelung im Ergebnis bejaht wurde, ist aber darin zu sehen, dass nicht nur die nicht beweisbelastete Partei den Beweis hätte schaffen oder erhalten können und müssen, sondern auch die beweisbelastete Partei selbst den Beweis hätte sichern können, diese Anstrengung aber unterlassen hat. Es wäre dann unbillig, wenn sie Vorteile aus dem Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei ziehen könnte, indem eine Beweisvereitelung bejaht würde. Sie hätte ja die gleichen Möglichkeiten gehabt wie die nicht beweisbelastete Partei, so dass sie nicht besser stehen darf. Erforderlich für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung ist immer, dass das pflichtwidrige Handeln oder Unterlassen der nicht beweisbelasteten Partei allein den beweisbelasteten Prozessgegner in die Beweisnot gebracht hat. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die beweisbelastete Partei selbst die Möglichkeit gehabt hätte, den Beweis zu sichern, dies aber unterlassen hat.

4.5. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass eine Beweisvereitelung dann nicht angenommen werden kann, wenn die beweisbelastete Partei selbst den Beweis rechtzeitig hätte sichern können.

5. Keine Beweisvereitelung, wenn der Beweispflichtige die Beweisnot selbst schuldhaft mitverursacht hat

Fraglich ist, ob eine Beweisvereitelung auch dann anzunehmen ist, wenn der Beweispflichtige selbst durch ein schuldhaftes Verhalten dazu beigetragen hat, dass er in Beweisnot geraten ist. Dies soll anhand der nachfolgenden Entscheidung untersucht werden.

5.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 08.12.2000 – 22 U 107/00

In seinem Urteil vom 08.12.2000³⁹⁸ hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf über einen Fall zu entscheiden, in dem es der Beklagten nur erschwert möglich war den ihr obliegenden Beweis zu führen, dass die von der Klägerin bestellte maschinelle Anlage zur Herstellung von Automobilzubehör mangelfrei war. Die Klägerin hat zum Ortstermin mit dem von der Beklagten zum Beweis angebotenen Sachverständigen ungeeignete Gummiringe und Kappen zur Verfügung gestellt, so dass eine Prüfung der Mangelfreiheit der Anlage durch den Sachverständigen nicht möglich war. Die Durchführung der Beweisaufnahme durch den Sachverständigen wurde hierdurch verhindert.

In diesem Verhalten der Klägerin hat die Beklagte eine Beweisvereitelung gesehen. Dem hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf nicht angeschlossen.

Es führt diesbezüglich aus, dass, stehe eine Beweisvereitelung in Frage, das Verhalten beider Parteien zu würdigen sei. Berücksichtige man das Verhalten der Beklagten, so sei eine Beweisvereitelung der Klägerin abzulehnen.

Die Beklagte hatte seit langem gewusst, dass die Räumung der Betriebshalle, in der sich die streitgegenständliche Anlage befand, droht. Dennoch hat sie zu keinem Zeitpunkt nach Erlass des Beweisbeschlusses, in dem die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet wurde, darauf hingewiesen, dass der Abbau der Maschine drohte. Hierdurch habe sie zumindest fahrlässig dazu beigetragen, dass die Funktionsprüfung erst verspätet durchgeführt werden konnte. Hätten der Sachverständige und die Klägerin gewusst, dass der Abbau der Maschine aktuell bevorstand, hätten sie jedenfalls die Funktionsfähigkeit für die beiden bei dem Sachverständigentermin vorhandenen Teile schon testen können. Die Beklagte hatte aber verhindert, dass die Klägerin und der Sachverständige den Umstand der drohenden Räumung der Halle bei der Terminplanung berücksichtigen konnten.

Der Beklagten treffe aufgrund dessen jedenfalls ein gravierendes Mitverschulden an ihrer Beweisnot. Die Beklagte habe ihre Beweisnot selbst schuldhaft mitverursacht, so dass eine Beweisvereitelung der Klägerin, mit der Folge einer Beweislastumkehr abzulehnen sei.

5.2. *Resumée*

³⁹⁸ OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 1624 (1626).

In vorbesprochenem Urteil hat das Oberlandesgericht eine Beweisvereitelung der Klägerin abgelehnt, weil die Beklagte selbst dadurch, dass sie den Sachverständigen und die Klägerin nicht darüber informiert hat, dass der Abbau der zur Untersuchung erforderlichen Maschine drohte, ihre Beweisnot mitverursacht hat.

Im Unterschied zu dem vorgenannten Punkt, bei dem eine Beweisvereitelung ausschied, weil der Beweis durch die beweisbelastete Partei selbst rechtzeitig hätte gesichert werden können, konnte die Beklagte den Beweis hier wohl nicht selbst sichern. Sie hätte aber durch Information der Gegenpartei, dass die Maschine abgebaut wird, dazu beitragen können, dass die Funktionstüchtigkeit schon früher hätte getestet werden können. Dies war ihr als Mitverschulden an der Beweisnot anzurechnen.

Bevor der Tatbestand der Beweisvereitelung als erfüllt angesehen werden kann, ist deshalb auch das Verhalten der Gegenpartei zu würdigen. Würde man das Verhalten der beweisbelasteten Partei außer Betracht lassen, könnte es sein, dass diese durch die Annahme einer Beweisvereitelung unangemessen begünstigt wird, obwohl sie durch ihr eigenes Verhalten dazu beigetragen hat, dass sie in Beweisnot geraten ist. Dabei ist bei der Würdigung des Verhaltens beider Parteien auch immer besonders Augenmerk darauf zu legen, ob das Verhalten schuldhaft war, da nur ein schuldhaftes Verhalten den einzelnen Parteien billigerweise zum Nachteil gereichen kann.³⁹⁹

Ergibt diese Würdigung des Verhaltens beider Parteien, dass der Beweispflichtige selbst seine Beweisnot schuldhaft mitverursacht hat, hat die Annahme einer Beweisvereitelung auszuscheiden. Dem Beweispflichtigen kämen sonst Vorteile in der Beweisführung aufgrund der Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung zugute, die ihm aufgrund seines eigenen Verhaltens nicht gebühren.

5.3. Ergebnis

Eine Beweisvereitelung scheidet im Ergebnis dann aus, wenn der Beweispflichtige selbst die Beweisnot schuldhaft mitverursacht hat.

³⁹⁹ OLG Düsseldorf, NJOZ 2001, 1624 (1626).

6. Keine Beweisvereitelung, wenn keine Pflichtverletzung vorliegt

Es stellt sich weiter die Frage, ob eine Beweisvereitelung auch dann angenommen werden kann, wenn die nicht beweisbelastete Partei durch ihr Verhalten gegen keinerlei Pflichten verstößt, sondern sich normgerecht verhält.

Dies soll anhand der nachfolgenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes herausgearbeitet werden.

6.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 01.02.1994 – VI ZR 65/93

In seinem Urteil vom 01.02.1994⁴⁰⁰ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem der Kläger nicht nachweisen konnte, dass ein Organisationsfehler des Beklagten ursächlich für den bei ihm eingetretenen Schaden war. Dies beruhte darauf, dass die schadhafte Gummiwärmflasche, die ausgelaufen war und zu einer Schädigung des Klägers führte, vernichtet wurde. Allein die Untersuchung der Gummiwärmflasche durch einen Sachverständigen hätte zur Aufklärung beitragen können.

In dem von ihm angestregten Prozess hat der Kläger sowohl den ihn behandelnden Chefarzt der Kinderklinik (Erstbeklagter), die behandelnde Nachtschwester der Kinderklinik (Zweitbeklagte) als auch den Betreiber der Kinderklinik (Drittbeklagter) auf Ersatz der materiellen und immateriellen Schäden in Anspruch genommen, die ihm infolge einer Verbrühung entstanden sind und noch entstehen werden. Der Kläger, der als Frühgeburt durch Kaiserschnitt entbunden wurde, war unmittelbar nach seiner Geburt in das Krankenhaus des Drittbeklagten verbracht worden, wo er in einen Inkubator gelegt wurde. Da seine Körpertemperatur in der Folgezeit gesunken ist, legte die Zweitbeklagte zwei mit heißem Wasser gefüllte Gummiwärmflaschen in den Inkubator, um die Untertemperatur zu bekämpfen. Aus einem 3 cm langen Riss einer der Flaschen war nahezu der gesamte Inhalt ausgelaufen, was zu Verbrühungen des linken Fußes des Klägers führte, mit der Folge, dass der Fuß später teilweise amputiert werden musste. Wegen eingeleiteter Ermittlungen hat die Staatsanwaltschaft in der Folgezeit die Wärmflasche sichergestellt, an der der Erstbeklagte einen Zettel angebracht hatte, dass die Wärmflasche nicht weggeworfen werden soll. Nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens hatte die Staatsanwaltschaft bei dem Verwaltungsdirektor des Drittbeklagten schriftlich angefragt, ob auf eine Rückgabe der

⁴⁰⁰ BGH, NJW 1994, 1594 (1595) = BGH, VersR 1994, 562 (563) = BGH, JZ 1994, 787 (788 f.).

Wärmflasche verzichtet werde, was dieser durch eine Angestellte telefonisch bejahen lies, woraufhin die Vernichtung der Wärmflasche veranlasst wurde. Es stand zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Erstbeklagte eine Organisationspflicht verletzt hat, die unter anderem darin zu sehen sei, dass er nicht dafür Sorge getragen hat, dass das Anschaffungsdatum der Wärmflaschen festgehalten wird und eine Ausmusterung der Wärmflaschen nicht nach angemessener Zeit vorzunehmen war, sondern erst dann, wenn die vorgenommene Prüfung einen Defekt ergab. Der Kläger konnte allerdings die Kausalität dieser Organisationspflichtverletzung mit den bei ihm eingetretenen Schäden nicht beweisen, da die Gummiwärmflasche vernichtet wurde. Eine Untersuchung dieser wäre aber erforderlich gewesen, um auszuschließen, dass es sich bei der verwendeten Wärmflasche nicht um eine neuere gehandelt hat und die Rissbildung nicht auf einen nicht erkennbaren Materialfehler zurückzuführen war.

In dem zu entscheidenden Fall hat der Bundesgerichtshof angedacht, eine Beweisvereitelung des Erstbeklagten anzunehmen, weil die schadhafte Gummiwärmflasche vernichtet wurde. Eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich des Erstbeklagten aber im Ergebnis abgelehnt. Der Erstbeklagte hatte auf der schadhafte Gummiwärmflasche einen Zettel mit der Aufschrift „Unfallflasche vom 13.01.1989 bitte nicht wegwerfen“ angebracht. Er selbst hat nach den Feststellungen des Gerichts keinen Beitrag dazu geleistet, dass die Wärmflasche vernichtet wurde. Hierfür sei nur der Verwaltungsdirektor der Drittbeklagten verantwortlich gewesen, der durch eine Angestellte die Anfrage der Staatsanwaltschaft bejahen lies, dass auf die Rückgabe der sichergestellten Wärmflasche verzichtet wird. Aus diesem Verhalten des Verwaltungsdirektors dürfe der Erstbeklagte keine Nachteile haben. Dessen Beweisvereitelung habe der Erstbeklagte nicht zu vertreten. Der Erstbeklagte habe sich im Hinblick auf den daran angebrachten Zettel, dass die Flasche nicht weggeworfen werden sollte, darauf verlassen können, dass sie für etwaige Untersuchungen noch zur Verfügung stehen werde. Der Erstbeklagte habe sich ordnungsgemäß verhalten. Eine Pflichtverletzung sei ihm nicht vorzuwerfen, so dass eine Beweisvereitelung durch diesen nicht in Betracht kam.

6.2. *Resumée*

Im vorbesprochenen Urteil hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung im Ergebnis abgelehnt. Der nicht beweisbelastete Beklagte hatte alles ihm Zumutbare und Erforderliche

zur Aufbewahrung der Gummiwärmflasche getan. Da er sich damit ordnungsgemäß verhalten hatte, war ihm eine Pflichtverletzung nicht vorzuwerfen.

Daraus ergibt sich, dass für das Vorliegen einer Beweisvereitelung immer ein missbilligenswertes Verhalten und damit eine Pflichtverletzung erforderlich ist.

6.3. Ergebnis

Liegt eine Pflichtverletzung der nicht beweisbelasteten Partei nicht vor, sondern hat sich diese ordnungsgemäß verhalten, ist eine Beweisvereitelung im Ergebnis abzulehnen.

7. Zusammenfassung der Negativmerkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung

Die Analyse der vorgenannten in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen hat ergeben, dass, um den objektiven Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung bejahen zu können, mehrere Negativmerkmale nicht erfüllt sein dürfen. Aus der Natur der Sache stellen diese teilweise die „Gegenpole“ zu den Positivmerkmalen des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung dar.

Dabei macht es, wie die Entscheidungen der Rechtsprechung ergeben haben, wiederum keinen Unterschied, ob der Zeugen-, der Sachverständigenbeweis oder der Beweis durch Augenschein vereitelt wird.

Unter Zusammenfassung der vorgenannten Ergebnisse kann festgehalten werden, dass der objektive Tatbestand einer Beweisvereitelung immer dann ausscheidet, wenn die beweisbelastete Partei selbst ihre eigene Beweisnot allein verursacht hat, ein Rechtfertigungsgrund für das Handeln der nicht beweisbelasteten Partei vorliegt, wobei ein solcher Rechtfertigungsgrund triftige, stichhaltige und nachvollziehbare Gründe voraussetzt und höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen der nicht beweisbelasteten Partei bedingt, wenn die Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes durch das schadenbegründende Ereignis selbst herbeigeführt wurde, der Beweisführer den Beweis selbst rechtzeitig hätte sichern können, der Beweispflichtige die Beweisnot selbst mitverursacht hat oder sich die nicht beweisbelastete Partei normgerecht verhält und somit keine Pflichtverletzung vorliegt.

III. Ergebnis zum objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung

Nachdem in den vorangegangenen Kapiteln nunmehr sowohl die positiven als auch die negativen Merkmale des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung herausgearbeitet wurden, können diese Merkmale nun zu einem objektiven Tatbestand der Beweisvereitelung zusammengeführt werden.

Aus der Analyse der in der Rechtsprechung zur Beweisvereitelung ergangenen Entscheidungen ergibt sich, dass es für die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung unerheblich ist, ob der Zeugen-, der Sachverständigen- oder der Beweis durch Augenschein vereitelt wird.

Unter Zusammenfassung der Ergebnisse der vorhergehenden Kapitel kann der objektive Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung im Bereich des Sachverständigen-, Zeugen-, und Augenscheinsbeweises damit wie folgt definiert werden:⁴⁰¹

Der objektive Tatbestand einer Beweisvereitelung ist erfüllt, wenn die nicht beweisbelastete Partei dem beweispflichtigen Gegner durch ein positives Tun oder Unterlassen vor oder während eines laufenden Prozesses, welches sich als Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit, einen Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts, einen Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht, einen Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben, einen Verstoß gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht oder einen Verstoß gegen sonstige Pflichten darstellt, die Beweisführung unmöglich macht oder erschwert und dieses Verhalten für die Nichtaufklärbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhaltes auch ursächlich ist. Die Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes darf dabei nicht durch das schadenbegründende Ereignis selbst herbeigeführt worden sein. Auch darf das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei nicht durch höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen gerechtfertigt sein. Darüber hinaus darf der Beweisführer den Beweis nicht selbst rechtzeitig sichern können oder die Beweisnot selbst schuldhaft mitverursacht haben.

⁴⁰¹ In Teilstücken ähnlich *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 37.

B. Der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung

Nachdem im Vorausgehenden der objektive Tatbestand der Beweisvereitelung herausgearbeitet wurde, soll im Nachfolgenden der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung anhand einiger in der Rechtsprechung ergangener Entscheidungen analysiert werden.

Um der nicht beweisbelasteten Partei den Vorwurf einer Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Folgen machen zu können, ist ein schuldhaftes Handeln erforderlich.⁴⁰²

In der Analyse wird zwischen der vorsätzlichen und der fahrlässigen Beweisvereitelung unterschieden, bevor danach auf die Art des Schuldvorwurfes – doppeltes Verschulden – und die Kombination der Verschuldensformen eingegangen wird. Zum Abschluss wird noch auf die Zurechnung des Verhaltens Dritter eingegangen.

I. Vorsätzliche oder grob verschuldete Beweisvereitelung

Zunächst ist eine vorsätzliche oder grob verschuldete Beweisvereitelung in Betracht zu ziehen. Inwieweit ein solches vorsätzliches oder grob verschuldetes Verhalten bei den einzelnen Beweismitteln, bei denen eine gesetzliche Regelung zur Beweisvereitelung nicht oder nur unzureichend erfolgt ist, in der Rechtsprechung als Verschuldensform eines beweisvereitelnden Verhaltens anerkannt ist, soll im Nachfolgenden untersucht werden.

1. Sachverständigenbeweis

Anhand der nachfolgenden in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen soll zunächst untersucht werden, inwieweit ein vorsätzliches oder grob verschuldetes Verhalten, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis hat, als für eine Beweisvereitelung relevante Verschuldensform in Betracht kommt.

1.1. Entscheidung des Landgerichts Oldenburg vom 05.03.1982 – 2 S 299/81

Das Landgericht Oldenburg hatte in seinem Urteil vom 05.03.1982⁴⁰³ eine Beweisvereitelung

⁴⁰² Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 33.

⁴⁰³ LG Oldenburg, VersR 1982, 1176 (1177).

angenommen, weil es die Beklagte unterlassen hatte, eine Spaltung der Wirbelsäule des verendeten Bullen des Klägers vorzunehmen, um einen Dasselschaden feststellen zu können.

Der Kläger hatte die Beklagte auf Bezahlung von Schadensersatz verklagt, weil er aufgrund eines Unterlassens der Beklagten nicht habe beweisen können, dass sein Tier infolge von Abdasselung gefallen sei und deshalb eine Erstattung des Wertes seines Tieres nach dem Viehseuchengesetz nicht möglich war. Der Kläger hatte nach Verendung seines Tieres bereits den Verdacht geäußert, das Tier könnte einem Dasselschaden erlegen sein und hatte deshalb die Vornahme einer amtlichen Untersuchung erbeten. Dem Kläger war es aber nicht möglich, zu beweisen, dass sein Bulle einem Dasselschaden erlegen ist, weil es die Beklagte unterlassen hatte, eine Spaltung der Wirbelsäule des Bullen vorzunehmen, durch die allein hätte festgestellt werden können, ob ein Dasselschaden vorlag. Das Tier wurde vielmehr lediglich einer privatärztlichen Sektion zugeführt und anschließend verwertet. Das Landgericht Oldenburg hat diesbezüglich festgestellt, dass die unterlassene Untersuchung durch die Beklagte, durch die dem Kläger unmöglich geworden sei, zu beweisen, dass sein Tier einem Dasselschaden erlegen sei, eine Beweisvereitelung darstellt. Die Beklagte habe den Tierkörper gerade auch in seiner Funktion als Beweismittel vernichtet, so dass nunmehr die Beklagte darlegen und beweisen müsste, dass das Tier des Klägers nicht an Abdasselung gefallen sei.⁴⁰⁴

1.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 3.11.1983 – 24 U 185/83

Das Oberlandesgericht München hatte in seinem Urteil vom 3.11.1983⁴⁰⁵ über einen Fall zu entscheiden, in dem es der Klägerin nicht möglich war, zu beweisen, dass das von deren Ehemann, der seine Ansprüche an sie abgetreten hat, errichtete Wohnhaus des Beklagten mangelfrei errichtet wurde und ihr somit der mit der Klage geltend gemachte Werklohnanspruch in vollem Umfang zustand. Die Beklagte hatte sich im laufenden Verfahren geweigert, dem Ehemann der Klägerin den Zutritt zu seinem Anwesen anlässlich einer Ortsbesichtigung durch einen Sachverständigen zu gestatten. Dies führte dazu, dass der Beweis durch Sachverständigen seitens der Klägerin nicht geführt werden konnte. Nur die

⁴⁰⁴ Interessant an dieser Entscheidung ist, dass das LG Oldenburg hier über die Haftung für die Schadenfolgen einer Beweisvereitelung nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung entschieden hat. Anders als in anderen von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen zur Beweisvereitelung, in denen lediglich die beweisrechtlichen Folgen der Beweisvereitelung zum Tragen kommen, hat das LG Oldenburg in diesem Fall einen Anspruch auf Ersatz der Schadenfolgen aus der angenommenen Beweisvereitelung zuerkannt.

⁴⁰⁵ OLG München, NJW 1984, 807 (807).

Erstellung eines Sachverständigengutachtens hätte Aufklärung über die Mangelfreiheit des seitens des Ehemannes der Klägerin errichteten Wohnhauses bringen können.

In dieser Weigerung des Beklagten, dem seitens der Klägerin als sachkundigen Vertreter entsandten Ehemann Zutritt zu dem Wohnhaus zwecks Ortsbesichtigung durch einen Sachverständigen zu gestatten, mit der Folge, dass ein Sachverständigengutachten nicht erstellt werden konnte,⁴⁰⁶ hat das Oberlandesgericht München eine Beweisvereitelung des Beklagten gesehen, mit der Folge, dass nach dem Vortrag der Klägerin von einem mangelfreien Bauwerk auszugehen war.

Zur Begründung führt das Oberlandesgericht aus, dass es für die Beklagte ersichtlich gewesen sei, dass die Begutachtung durch einen Sachverständigen unerlässliche Voraussetzung für die Beweisführung der Klägerin ist. Dadurch, dass der Beklagte dem Ehemann der Klägerin den Zutritt zu seinem Anwesen zwecks Ortsbesichtigung durch einen Sachverständigen nicht gestattet habe, habe er diesen Beweis unmöglich gemacht. In dieser Verweigerung des Zutritts sei eine grobe Nachlässigkeit des Beklagten zu sehen, die sich im Sinne einer Beweisvereitelung beweisrechtlich zum Nachteil des Beklagten auswirken müsse.

1.3. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.09.2003 – XI ZR 380/00

Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 23.09.2003⁴⁰⁷ über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Beklagten die Echtheit seiner Unterschrift auf einer von diesem abgegebenen Schuldscheinbestätigung und einer von diesem unterzeichneten Quittung nicht nachgewiesen werden konnte, weil der Beklagte eine Vielfalt und Variationsbreite seiner Unterschrift einsetzte. Es war somit nicht möglich, den Beweis für die Echtheit der Unterschrift des Beklagten mittels Gutachten eines Schriftsachverständigen zu führen. Nur so wäre dem Kläger möglich gewesen, seinen gegen den Beklagten geltend gemachten Rückzahlungsanspruch zu beweisen.

Es stand zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Beklagte eine Vielfalt und Variationsbreite seiner Unterschrift deshalb einsetzte, um die Feststellungen zur Authentizität von vorneherein zu erschweren. Der Beklagte gestaltete zur Überzeugung des Gerichts seine

⁴⁰⁶ Nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist jede Partei berechtigt, zu allen beweisheblichen Terminen anwesend zu sein. Dieses Anwesenheitsrecht erstreckt sich auch auf den von einer Partei bevollmächtigten Vertreter i. S. d. § 141 III 2 ZPO. Wenn bei einer Beweisaufnahme das Anwesenheitsrecht einer Partei verletzt würde, kann eine solche Beweisaufnahme nicht durchgeführt werden, OLG München, NJW 1984, 807 (807).

⁴⁰⁷ BGH, NJW 2004, 222 (222).

Unterschriftsleistungen bewusst so, dass der Einwand der Fälschung mit Gutachten eines Schriftsachverständigen nicht widerlegt werden konnte. In diesem Verhalten des Beklagten hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung gesehen. Der Beklagte habe planmäßig seine Unterschrift in einer großen Vielfalt und Variationsbreite gestaltet, dass der Fälschungseinwand nicht widerlegt werden konnte. Ihm kam es nach Überzeugung des Gerichts bei der Gestaltung seiner Unterschrift gerade darauf an, seiner Unterschrift den Beweiswert zu nehmen bzw. diesen nachhaltig zu reduzieren. Die vom Beklagten so bewusst geschaffene Möglichkeit, sich jederzeit auf die angebliche Unechtheit seiner Unterschrift berufen zu können, sei darauf gerichtet, die Beweisführung des Gegners unmöglich zu machen bzw. erheblich zu erschweren. Es liege damit ein vorsätzliches Handeln des Beklagten vor, das als Beweisvereitelung zu werten sei.

1.4. *Resumée*

Das Landgericht Oldenburg hat eine Beweisvereitelung in der unterlassenen Spaltung der Wirbelsäule eines verendeten Tieres gesehen. Das Landgericht hat festgestellt, dass durch dieses Unterlassen ein Beweismittel vernichtet wurde und der nicht beweisbelasteten Partei auch bewusst war, dass die Spaltung der Wirbelsäule für die Beweisführung des Gegners erforderlich ist, weil dieser die Untersuchung sogar erbeten hatte.

In seinem Urteil aus dem Jahr 1983 hat das Oberlandesgericht München eine Beweisvereitelung angenommen, weil der beklagte Ehemann sich geweigert hatte, den Zutritt zu seinem Anwesen zwecks Begutachtung durch einen Sachverständigen zu gewähren. Dieses Verhalten hat das Oberlandesgericht als grob schuldhaft eingeordnet, da der Beklagte damit ein Beweismittel „ausgeschaltet“ hat und für den Beklagten ersichtlich gewesen sei, dass die Begutachtung durch einen Sachverständigen unerlässliche Voraussetzung für die Beweisführung der Klägerin ist.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung des nicht beweisbelasteten Beklagten in dem Einsetzen einer Vielfalt und Variationsbreite seiner Unterschrift gesehen, wodurch ein Sachverständigengutachten den Fälschungseinwand nicht widerlegen konnte. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass der Beklagte sich bewusst so verhalten habe, um ein Beweismittel auszuschalten und dem Gegner die Beweisführung unmöglich zu machen. Ihm war damit ein vorsätzliches Verhalten als Grundlage der Beweisvereitelung vorzuwerfen.

Aus diesen vorgenannten in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen ergibt sich, dass ein grob schuldhaftes oder vorsätzliches Verhalten, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis hat, als subjektives Element des Tatbestandes der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung anerkannt ist.

2. Zeugenbeweis

Nunmehr soll geklärt werden, ob auch bei einem Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Gegners mittels Zeugenbeweis hat, ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes Verhalten als für die Annahme einer Beweisvereitelung relevante Verschuldensform und damit als subjektives Element einer Beweisvereitelung in Betracht kommt.

2.1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.01.1960 – VI ZR 220/58

In seinem bereits auf den Seiten 48f. skizzierten Urteil⁴⁰⁸ hatte der beweisbelastete Kläger für seinen entscheidungserheblichen Vortrag zwei Zeugen zum Beweis angeboten, deren Anschriften nur den Beklagten bekannt waren. Die Beklagten sind aber der Aufforderung des Klägers die beiden Zeugen namhaft zu machen nicht nachgekommen. In diesem Verhalten hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen gesehen.

Der Bundesgerichtshof war, ebenso wie das Gericht der Vorinstanz, davon überzeugt, dass die beiden Zeugen Angaben zu Lasten der Beklagten hätten machen können und die Beklagten nur aus diesem Grunde die Anschriften der Zeugen nicht mitgeteilt hätten. Sie hätten damit bewusst ein Beweismittel unterdrückt, um dem beweispflichtigen Kläger die Beweisführung unmöglich zu machen.

2.2. Resumée

In seinem vorbesprochenen Urteil hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung in der Nichtbenennung der Anschrift der von den Gegnern angebotenen Zeugen gesehen. Die nicht beweisbelasteten Beklagten hatten nach der Überzeugung des Gerichts vorsätzlich die Anschrift der Zeugen verschwiegen, um dem beweispflichtigen Gegner ein Beweismittel zu entziehen und die Beweisführung mittels Zeugenbeweis unmöglich zu machen.

⁴⁰⁸ BGH, NJW 1960, 821 (821).

Hieraus kann abgeleitet werden, dass auch bei einer Vereitelung des Zeugenbeweises ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei subjektives Element einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung darstellen kann.

Damit bleibt festzuhalten, dass ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Zeugenbeweisführung des Gegners hat, als subjektives Element des Tatbestandes der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung anerkannt ist.

3. Augenscheinsbeweis

Nunmehr gilt noch zu klären, ob auch ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes Verhalten, das Auswirkung auf die Beweisführung des Gegners mittels Augenscheinsbeweis hat, als subjektives Element für die Annahme des Tatbestandes der Beweisvereitelung in Betracht kommt. Dies soll anhand der nachfolgenden Entscheidung geklärt werden.

3.1. Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken vom 16.09.1987 – 17 S 487/86

In seinem Urteil vom 16.09.1987⁴⁰⁹ hatte das Landgericht Saarbrücken eine Beweisvereitelung in einem Fall angenommen, in dem dem insoweit beweispflichtigen Kläger aufgrund einer vorsätzlichen Unfallflucht des beklagten Fahrzeugführers nicht möglich war, mittels Inaugenscheinnahme zu beweisen, dass der geltend gemachte Schaden durch den beklagten Fahrzeugführer verursacht worden war.

Der Kläger hatte die Beklagten (Führer, Halter und Haftpflichtversicherer des Fahrzeuges) auf Ersatz seines Unfalleschadens verklagt, der dadurch zustande gekommen war, dass der Beklagte die Vorfahrt des Klägers missachtet hatte. Der Kläger hatte den Ersatz sämtlicher an seinem Fahrzeug bestehenden Schäden verlangt. Die Beklagten hatten demgegenüber behauptet, bei den geltend gemachten Schäden handele es sich um Altschäden und nicht um Schäden, die durch den streitgegenständlichen Unfall verursacht worden seien und sie hätten deshalb nicht für den geltend gemachten Schaden aufzukommen. Dem Kläger war es in dem streitgegenständlichen Fall allerdings nicht möglich zu beweisen, dass der geltend gemachte Schaden durch ein Verhalten der schädigenden Beklagten verursacht worden war. Der beklagte Führer des Personenwagens hatte sich vorsätzlich, unerlaubt vom Unfallort entfernt,

⁴⁰⁹ LG Saarbrücken, NJW-RR 1988, 37 (37f.).

so dass von der Polizei an Ort und Stelle die beweisrelevanten Tatsachen nicht festgestellt werden konnten.⁴¹⁰ Darüber hinaus war das Fahrzeug des beklagten Führers des Personenwagens unmittelbar nach dem Unfall vollständig ausgebrannt,⁴¹¹ so dass das Fahrzeug nicht mehr untersucht werden konnte.

Das Landgericht Saarbrücken hat diesbezüglich ausgeführt, dass das vorsätzliche Entfernen des Beklagten Fahrzeugführers vom Unfallort eine Beweisvereitelung darstellt, die zu Lasten der Beklagten zu werten ist, da durch das Verhalten des beklagten Fahrzeugführers dem Kläger die Möglichkeit der Beweisführung mittels Inaugenscheinnahme vereitelt worden sei. Es hat deshalb eine Umkehr der Beweislast angenommen in dem Sinne, dass es nunmehr die Beklagten zu beweisen hatten, dass es sich bei den vom Kläger geltend gemachten Schäden um Altschäden handelt. Da sie diesen Nachweis nicht erbringen konnten, wurden die Beklagten zum Ersatz des Unfalleschadens verurteilt.

3.2. *Resumée*

Im vorgenannten Urteil lag der Annahme einer Beweisvereitelung das vorsätzliche Entfernen des beklagten Führers des Personenwagens vom Unfallort zugrunde. Durch dieses vorsätzliche Verhalten war die Inaugenscheinnahme des verunfallten Fahrzeuges nicht möglich, so dass ein Beweismittel vernichtet wurde. Auch konnte aufgrund der Umstände davon ausgegangen werden, dass sich der beklagte Führer des Personenwagens gerade deshalb vorsätzlich vom Unfallort entfernt hat, um dem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung unmöglich zu machen.

Aus diesem Fall kann gefolgert werden, dass ein vorsätzliches Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das dem Gegner die Beweisführung mittels Augenscheinsbeweis

⁴¹⁰ Es ist davon auszugehen, dass die Polizei Bilder von dem Fahrzeug gemacht hätte, die dann hätten in Augenschein genommen werden können und mittels derer eine Beweisführung möglich geworden wäre. Selbstverständlich hätten die Bilder oder die Fahrzeuge auch von einem Sachverständigen begutachtet werden können oder die Polizisten als Zeugen vernommen werden können, so dass auch der Sachverständigen- oder Zeugenbeweis unmöglich gemacht wurde. Es wäre deshalb auch eine Zuordnung zum Sachverständigen- oder Zeugenbeweis möglich gewesen. Da aber davon auszugehen ist, dass zunächst eine Inaugenscheinnahme erfolgt wäre, wurde die Entscheidung diesem Beweismittel zugeordnet.

⁴¹¹ In dem streitgegenständlichen Fall war zwar nicht erwiesen, dass der Fahrzeugführer selbst das Fahrzeug in Brand gesetzt hatte, um den Nachweis seiner Tatbeteiligung zu verschleiern. Die Umstände des Falles sprachen allerdings dafür. Das Landgericht Saarbrücken hat diesbezüglich ausgeführt, dass das Ausbrennen des Fahrzeuges aber dem Risikobereich des Fahrzeugführers und Halters zuzurechnen sei, zumal dieser das Fahrzeug nachts unbeaufsichtigt auf einem Acker stehen gelassen habe.

unmöglich macht oder erschwert, als für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Verschuldensform in der Rechtsprechung anerkannt ist.

4. Ergebnis

Zusammenfassend kann aufgrund der vorangegangenen Ausführungen festgehalten werden, dass ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes beweisvereitelndes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei als Verschuldensform für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung anerkannt ist.

Dabei ist unerheblich, ob durch dieses vorsätzliche oder grob schuldhafte Verhalten auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigen-, Zeugen- oder Augenscheinsbeweis eingewirkt wird.

Ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes beweisvereitelndes Verhalten erfüllt folglich den subjektiven Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung.

II. Fahrlässige Beweisvereitelung

Nunmehr soll geklärt werden, ob auch ein fahrlässiges beweisvereitelndes Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei als für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Verschuldensform in Betracht kommt. Dies gilt es anhand der nachfolgenden in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen herauszuarbeiten.

1. Sachverständigenbeweis

Zunächst soll geklärt werden, ob in der Rechtsprechung ein fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis hat, als Verschuldensform zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes einer Beweisvereitelung anerkannt ist.

1.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 19.12.1988 – 8 U 22/88

Das Oberlandesgericht Köln hatte in seinem Urteil vom 19.12.1988⁴¹² über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Beklagten nicht möglich war, sich gegen die Erschütterung seines Anscheinsbeweises mit weiteren Beweismitteln zu wehren.

Die Klägerin, Vermieterin einer Fernsprechanlage, begehrte in dem von ihr geführten Prozess von dem beklagten Mieter unter anderem pauschalierten Schadensersatz und Ersatz von Ausbaurkosten der Fernsprechanlage gemäß ihrer Vertragsbedingungen, weil dieser den Mietvertrag aus wichtigem Grund fristlos gekündigt hatte. Grund hierfür war, dass die von der Klägerin gemietete Fernsprechanlage in einem Zeitraum von nur vier Wochen an zehn Arbeitstagen gestört und zum Teil tageweise völlig ausgefallen war. Diese Ausfälle und Störungen sah das Gericht als geeignet an, dem Beklagten einen Grund zur fristlosen Kündigung zu geben. Darüber hinaus sah es das Gericht im Wege des Anscheinsbeweises als erwiesen an, dass die Störungsursache im Verantwortungsbereich der Klägerin, nämlich einem Fehler der Anlage lag. Dies deshalb, weil die seitens des Beklagten gemeldeten Störungen und Ausfälle der Anlage jeweils von Technikern der Klägerin beseitigt wurden und die Anlage danach wieder betriebsfähig war.

Im Prozess hat die Klägerin diesen Anscheinsbeweis dadurch erschüttert, dass sie vorgetragen hat, Spannungsschwankungen des öffentlichen Stromnetzes seien ursächlich für die Störungen und Ausfälle der Anlage.

Demgegenüber konnte sich der Beklagte nicht mit weiteren Beweismitteln zur Wehr setzen, weil die Klägerin, entgegen ihrer mietvertraglichen Nebenpflicht⁴¹³ versäumt hatte, den Beklagten gleich bei Auftreten der Störungen unverzüglich auf die von ihr vermutete Störungsursache hinzuweisen, sondern hierauf erstmals im Prozess hingewiesen hat. Dem Beklagten wurde hierdurch die Möglichkeit genommen, sich zu dem Zeitpunkt mit den zuständigen Stromversorgungsunternehmen in Verbindung zu setzen und an Ort und Stelle die erforderlichen Feststellungen treffen zu lassen. Im nachhinein ließen sich sichere Feststellungen über Spannungsschwankungen als Störungsursache nicht mehr treffen, weil sich nach Ausbau der Anlage und erheblichen Zeitablauf die damaligen Verhältnisse nicht

⁴¹² OLG Köln, NJW-RR 1989, 439 (440).

⁴¹³ Es gehört zur mietvertraglichen Nebenpflicht der Klägerin, dem Beklagten eine von ihr entdeckte mögliche Störungsursache, die in seinem Verantwortungsbereich lag, unverzüglich mitzuteilen; OLG Köln, NJW-RR 1989, 439 (440).

mehr rekonstruieren ließen. Nur durch einen damals hinzugezogenen Sachverständigen hätte der Beweis seitens des Beklagten geführt werden können.

In diesem Verhalten der Klägerin hat das Oberlandesgericht Köln eine Beweisvereitelung der Klägerin gesehen, mit der Folge, dass die seitens der Klägerin behaupteten Spannungsschwankungen als mögliche andere Schadensursachen, und damit die Erschütterung des Anscheinsbeweises, außer Betracht zu bleiben hatte und dem Beklagten weiterhin die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises zugute zu kommen hatte.

Das Oberlandesgericht führt diesbezüglich aus, dass es zumindest fahrlässig sei, eine gebotene Aufklärung der Gegenpartei zu unterlassen. Wenn hierdurch der Gegenpartei ein Beweismittel verloren gehe, obwohl dem Aufklärungspflichtigen die spätere Notwendigkeit einer Beweisführung erkennbar war, sei dies als Beweisvereitelung zu werten. Das Verhalten der Klägerin sei als fahrlässig zu werten, da für diese ohne weiteres erkennbar gewesen sei, dass der Beklagte auf die unverzügliche Aufklärung, nicht nur zur Beseitigung der Störungsursache sondern auch zur späteren Beweisführung, angewiesen war.

1.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18.02.1998 – 9 U 424/97

In seinem Beschluss⁴¹⁴ vom 18.02.1998⁴¹⁵ hatte das Oberlandesgericht Naumburg über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nicht gelungen war, nachzuweisen, dass Hausschwamm vom Haus des Beklagten auf dessen Haus übergreift, weil das streitgegenständliche Haus des Beklagten abgerissen wurde. Der Sachverständigenbeweis konnte damit nicht geführt werden.

In dem Prozess hat der Kläger den Beklagten verklagt, mit der Begründung, dass Hausschwamm vom Haus des Beklagten auf das Haus des Klägers übergreife. Da dies zwischen den Parteien streitig war, wurde durch Auflagen- und Beweisbeschluss des Gerichts die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet, das zu den Fragen, ob das Haus des Beklagten von Hausschwamm befallen sei und ob der in diesem Haus gegebenenfalls vorhandene Hausschwamm in das Haus des Klägers hinübergelangen könne,

⁴¹⁴ Das OLG Naumburg hatte in dem streitgegenständlichen Fall lediglich noch über die Kosten zu entscheiden, da der Rechtsstreit von den Parteien in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt wurde. Es erging deshalb kein Urteil sondern lediglich ein Beschluss. In diesem Beschluss war allerdings gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden.

⁴¹⁵ OLG-NL 1999, 23 (24).

ergehen sollte. In der Folgezeit ist das Haus des Beklagten von dessen Käuferin, eine Stiftung, einschließlich aller Nebengebäude abgerissen und sämtlicher Schutt weggeräumt worden. Der Kläger vertrat die Ansicht, hierdurch sei ihm der Beweis vereitelt worden, so dass die Richtigkeit seines Vortrages angenommen werden müsse.

Dieser Ansicht ist das Oberlandesgericht Naumburg gefolgt und hat eine Beweisvereitelung des Beklagten angenommen. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts haben die Beklagten die Beweisführung des Klägers vereitelt, mit der Folge, dass die von diesem behaupteten Tatsachen als bewiesen anzusehen waren. Diesbezüglich führt das Oberlandesgericht aus, dass es dahinstehen könne, ob das Haus durch die Beklagten oder auf Veranlassung der Käufer abgerissen worden ist. Den Beklagten habe obliegen, die Käuferin über den anhängigen Rechtsstreit und die bevorstehende Begutachtung des Hauses zu informieren und auf eine Unterlassung des Abrisses hinzuwirken. Den Beklagten habe spätestens angesichts des Auflagen- und Beweisbeschlusses klar sein müssen, dass der Kläger nur im Wege des Sachverständigenbeweises und der hierbei notwendigen Begutachtung des Hauses den Beweis der entscheidungserheblichen Tatsachen würde führen können. Sie habe hierdurch zumindest fahrlässig die Verwendung des Beweismittels vereitelt, was für die Annahme einer Beweisvereitelung ausreichend sei.

1.3. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.11.2005 – VIII ZR 43/05

In seinem Urteil vom 23.11.2005⁴¹⁶ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem es der Beklagten in einem von dem Kläger gegen ihn angestrebten Schadensersatzprozess nicht möglich war, den Beweis zu führen, dass der Mangel an dem von ihm erworbenen Fahrzeug (hier: Turboladerdefekt) nicht bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war.⁴¹⁷

Der Kläger hatte von der Beklagten, die einen Gebrauchtwagenhandel betreibt, für seine private Nutzung einen Personenkraftwagen gekauft. Das Fahrzeug erlitt nach weniger als sechs Monaten einen Turboladerdefekt. Trotz Androhung gerichtliche Schritte hatte sich die Beklagte geweigert, eine kostenlose Reparatur durchzuführen. Der Kläger ließ deshalb den

⁴¹⁶ BGH, BB 2006, 68 (69) = BGH, MDR 2006, 510 (511) = BGH, NJW 2006, 434 (434ff.).

⁴¹⁷ Bei einem wie hier vorliegenden Verbrauchsgüterkauf, d. h. dem Verkauf einer beweglichen Sache durch einen Unternehmer an einen Verbraucher, wird gemäß § 476 BGB grundsätzlich vermutet, dass ein Sachmangel, der sich innerhalb von sechs Monaten zeigt, schon bei der Übergabe vorhanden war. Es obliegt dann dem Verkäufer, den diesbezüglichen Beweis des Gegenteils zu führen.

Turbolader anderweitig durch eine Werkstatt austauschen und verklagte die Beklagte auf Schadensersatz. Die von dem Kläger mit der Reparatur beauftragte Werkstatt hat den ausgetauschten defekten Turbolader nicht aufbewahrt. Hierdurch war der Beklagten nicht möglich durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu beweisen, dass der Turboladerdefekt nicht bereits bei Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger vorhanden war. Hierzu wäre erforderlich gewesen, dass der defekte Turbolader durch einen Sachverständigen begutachtet wird.

In dieser Nichtaufbewahrung des Turboladers hat der Bundesgerichtshof eine Beweisvereitelung des Klägers mit der Folge einer Beweislastumkehr gesehen. Der Bundesgerichtshof führt diesbezüglich aus, dass der Kläger der Beklagten hierdurch den Beweis des Gegenteils fahrlässig vereitelt habe. Der Kläger hätte erkennen können und durch eine entsprechende Anweisung verhindern müssen, dass die von ihm mit dem Austausch des defekten Turboladers beauftragte Werkstatt diesen beseitigt. Er hätte bedenken müssen, dass der defekte Turbolader in dem Schadensersatzprozess, den er der Beklagten bereits vor Austausch des Turboladers angedroht hatte, als Beweismittel benötigt würde und deswegen aufbewahrt werden musste. Dadurch, dass er dem nicht nachgekommen ist, habe er der Beklagten den Beweis fahrlässig vereitelt.

1.4. *Resumée*

Das Oberlandesgericht Köln hat in seinem vorgenannten Urteil ein beweisvereitelndes Verhalten der Klägerin darin gesehen, dass sie es unterlassen hatte, den Beklagten auf die von ihr vermutete Störungsursache (hier: Spannungsschwankungen des öffentlichen Stromnetzes) hinzuweisen, wodurch dem Beklagten die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Klärung der Ursache unmöglich gemacht wurde. Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, dass die Klägerin fahrlässig die gebotene Aufklärung unterlassen hat und der Klägerin die spätere Notwendigkeit einer Beweisführung auch hätte erkennbar sein können.

Das Oberlandesgericht Naumburg hat in dem Unterlassen, die Käuferin des streitgegenständlichen Hauses über den Rechtsstreit und die bevorstehende Begutachtung des Hauses zu informieren und auf die Unterlassung des Abrisses hinzuwirken, eine Beweisvereitelung gesehen. Dieses Unterlassen war nach den Feststellungen des Gerichts zumindest fahrlässig erfolgt und habe dem Kläger zumindest fahrlässig die Verwendung des Beweismittels vereitelt.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung des Klägers darin gesehen, dass dieser nicht dafür Sorge getragen hat, dass die von ihm mit dem Austausch des defekten Turboladers beauftragte Werkstatt diesen aufbewahrt. Hierdurch hatte der Kläger den Beklagten die Beweisführung mittels Sachverständigenbeweis fahrlässig vereitelt, da er nach Auffassung des Gerichts hätte erkennen können, dass die von ihm beauftragte Werkstatt den defekten Turbolader nicht aufbewahrt und dieser als Beweismittel benötigt werden würde.

Allen drei in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen ist gemeinsam, dass der nicht beweisbelasteten Partei jeweils ein Fahrlässigkeitsvorwurf anzulasten war, der Auswirkung auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis hatte. Dieses fahrlässige Verhalten wurde jeweils als Grundlage für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung gesehen.

Es bleibt damit festzuhalten, dass für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung auch ein bloß fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigenbeweis hat, in der Rechtsprechung als ausreichend erachtet wird.

2. Zeugenbeweis

Im Nachfolgenden soll nun geklärt werden, ob auch ein fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf die Zeugenbeweisführung des Gegners hat, in der Rechtsprechung als Verschuldensform für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung anerkannt ist.

2.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 27.05.1974 – 3 U 28/74

Das Oberlandesgericht Hamm hat in seinem bereits auf den Seiten 94f. besprochenen Urteil eine Beweisvereitelung des beklagten Unfallverursachers darin gesehen, dass dieser am Unfallort eine Erklärung abgegeben hat, schuldig an dem Unfall zu sein. Diese Erklärung hat eine Hinzuziehung der Polizei und eine polizeiliche Unfallaufnahme verhindert. Nur die spätere Zeugeneinvernahme der Polizisten hätte zur Aufklärung führen können.

Hierdurch (Erklärung an dem Unfall schuld zu sein, wodurch die Hinzuziehung der Polizei verhindert wurde) hat dieser zumindest fahrlässig den Gebrauch des Zeugenbeweises unmöglich gemacht und er hätte bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die

mögliche Beweisfunktion der polizeilichen Unfallaufnahme für einen späteren Prozess erkennen können.

2.2. *Resumée*

Im vorgenannten Urteil wurde eine Beweisvereitelung darin gesehen, dass der Beklagte ein Schuldanerkenntnis abgegeben hat und hierdurch die polizeiliche Unfallaufnahme und damit den späteren Zeugenbeweis unmöglich gemacht hat.

Wie sich im laufenden Verfahren herausgestellt hatte, hat der Beklagte dabei nur im eigenen Interesse gehandelt, da er Schwierigkeiten infolge vorangegangenen Alkoholgenusses befürchtete. Er ist wohl auch davon ausgegangen durch die Erklärung schuld an dem Unfall zu sein alles erforderliche für die Beweisführung des Gegners getan zu haben. Deshalb ist davon auszugehen, dass er den Zeugenbeweis des Gegners nur fahrlässig unmöglich gemacht hat und er bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Unfallaufnahme durch die Polizei für die Beweisführung in einem späteren Prozess des Gegners erforderlich sein würde.

Daraus kann abgeleitet werden, dass in der Rechtsprechung auch bei Auswirkungen auf den Zeugenbeweis des Gegners ein bloß fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei als für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung ausreichende Verschuldensform anerkannt ist.

3. *Augenscheinsbeweis*

Nunmehr ist noch herauszuarbeiten, ob in der Rechtsprechung ein fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das Auswirkungen auf den Augenscheinsbeweis des Gegners hat, ebenfalls als ausreichende Verschuldensform für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung anerkannt ist.

3.1. *Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 26.04.1990 – 1 U 6795/89*

In seinem bereits auf Seite 72 besprochenen Urteil vom 26.04.1990⁴¹⁸ hatte das Oberlandesgericht München in der unterlassenen Sicherstellung eines Kanaldeckels, welches die Unmöglichkeit der Benutzung eines wesentlichen Beweismittels (hier:

⁴¹⁸ OLG München, VersR 1992, 320 (320).

Augenscheinsbeweis) für den Kläger zur Folge hatte, eine Beweisvereitelung gesehen. Die Beklagte hat durch die unterlassene Sicherstellung des Kanaldeckels fahrlässig den Gebrauch dieses Beweismittels unmöglich gemacht. Angesichts des Unfalles hätte für die Beklagte auch Anlass bestanden, den Kanaldeckel sicherzustellen, weil sie bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können, dass der Kanaldeckel für eine etwaige Beweisführung des Klägers erforderlich sein könnte. Durch dieses fahrlässige Verhalten der Beklagten war dem Kläger die Benutzung eines wesentlichen Beweismittels nicht möglich. Hierdurch wurde ihm die Beweisführung erheblich erschwert, so dass der Beklagten eine Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen vorzuwerfen war.

3.2. *Resumée*

In vorbesprochenem Urteil wurde von der Rechtsprechung eine Beweisvereitelung in der unterlassenen Sicherstellung des Kanaldeckels gesehen. Hierbei hatte die Beklagte nach den Feststellungen des Gerichts fahrlässig die Inaugenscheinnahme unmöglich gemacht. Auch ging das Gericht davon aus, dass der Beklagte bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können, dass der Kanaldeckel für eine etwaige Beweisführung des Klägers erforderlich sein könnte.

Aus diesem Urteil wird deutlich, dass auch bei einem Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, das lediglich die Verschuldensform der Fahrlässigkeit erfüllt und das Auswirkungen auf die Beweisführungen des Gegners mittels Augenscheinsbeweis hat, der subjektive Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung erfüllt ist.

Es bleibt somit festzuhalten, dass auch bei Auswirkungen auf den Augenscheinsbeweis ein bloß fahrlässiges beweisvereitelndes Verhalten als für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung anerkannt ist.

4. *Ergebnis*

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass in der Rechtsprechung auch ein fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei als für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Verschuldensform anerkannt ist.

Es ist dabei wiederum unerheblich, ob durch dieses fahrlässige Verhalten auf die Beweisführung des Gegners mittels Sachverständigen-, Zeugen- oder Augenscheinsbeweis eingewirkt wird.

Der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung kann folglich auch durch Fahrlässigkeit der nicht beweisbelasteten Partei verwirklicht werden.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei den Verschuldensformen als Grundlage für den subjektiven Tatbestand der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung kein Unterschied dahingehend gemacht wird, ob durch das schuldhafte Verhalten auf den Sachverständigen-, den Zeugenbeweis oder den Beweis durch Augenschein eingewirkt wird.

In der Rechtsprechung wird der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung jeweils bei einem vorsätzlichen oder grob schuldhaften aber auch bei einem bloß fahrlässigen Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei als erfüllt angesehen.

Als für die Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung relevante Verschuldensform ist in der Rechtsprechung folglich vorsätzliches, grob schuldhaftes oder fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei anerkannt.

IV. Doppeltes Verschulden

Im Vorangehenden wurde geklärt, dass sowohl ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes als auch ein fahrlässiges Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, welches zur Folge hat, dass dem Prozessgegner die Beweisführung hinsichtlich der Beweismittel des Sachverständigenbeweises, des Zeugenbeweises oder des Augenscheinsbeweises unmöglich gemacht oder erschwert wird, zur Annahme des subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung anerkannt ist. Es stellt sich im Anschluss daran nunmehr die Frage, auf was sich das Verschulden, sei es durch vorsätzliches, grob schuldhaftes oder fahrlässiges Verhalten, beziehen muss. Dies soll anhand des nachfolgenden Urteils des Bundesgerichtshofes herausgearbeitet werden.

1. Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 26.11.1964 – III ZR 5/64

In seinem Urteil vom 26.11.1964⁴¹⁹ hatte der Bundesgerichtshof über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass für die bei ihm

⁴¹⁹ BGH, VersR 1965, 91 (92).

festgestellte Tuberkuloseerkrankung eine Amtspflichtverletzung des beklagten Landes ursächlich war. Diese sollte nach den Ausführungen des Klägers darin zu sehen sein, dass der Mithäftling des Klägers, mit dem dieser als Untersuchungsgefangener in einer Zelle untergebracht war, nicht sofort nach der Aufnahmeuntersuchung isoliert worden sei und diese Maßnahme auch nicht unverzüglich nach der Feststellung der Tuberkulose des Mithäftlings nachgeholt worden sei. Das beklagte Land hatte es unterlassen, den Kläger gleich nach Feststellung der Tuberkuloseerkrankung seines Mithäftlings auf Tuberkulose zu untersuchen.

Der Kläger vertrat die Ansicht, dass in dieser Unterlassung des beklagten Landes, ihn unverzüglich zu untersuchen, eine Beweisvereitelung zu sehen sei. Das beklagte Land habe ihm die Beweisführung hinsichtlich der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung des beklagten Landes für den bei ihm eingetretenen Schaden erschwert. Das Gericht ist dieser Ansicht nicht gefolgt. Zwar hatte das beklagte Land zumindest fahrlässig die Untersuchung auf Tuberkulose bei dem Beklagten gleich nach Feststellung der Erkrankung des Mithäftlings des Klägers unterlassen und damit das Entstehen eines Beweismittels verhindert. Eine Beweisvereitelung sei darin aber nicht zu sehen. Voraussetzung für eine Beweisvereitelung sei, so der Bundesgerichtshof, dass sich das fahrlässige Unterlassen des beklagten Landes auf die Verpflichtung beziehe, eine Beweisführung zu ermöglichen oder nicht zu vereiteln. Voraussetzung sei daher, dass dem Handelnden diese Pflicht bekannt war oder wenigstens bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen. Es seien aber keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die beteiligten Ärzte des beklagten Landes damit gerechnet hätten oder rechnen müssen, dem Kläger werde durch die unterlassene Untersuchung eine spätere Beweisführung erschwert oder vereitelt werden.

2. Resumée

Aus vorbesprochenem Urteil des Bundesgerichtshofes, in welchem eine Beweisvereitelung mit der Begründung abgelehnt wurde, den Beklagten sei nicht bekannt gewesen und hätte auch bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht bekannt sein können, dass eine Untersuchung zur Beweisführung des beweispflichtigen Klägers erforderlich sein würde, wird deutlich, dass für das Vorliegen des Tatbestandes der Beweisvereitelung in subjektiver Hinsicht ein doppelter Schuldvorwurf erforderlich ist. Ein Verschulden in Bezug auf die Entziehung eines Beweisobjekts als solches oder wie im vorbesprochenen Fall in Bezug auf die Verhinderung der Entstehung eines Beweismittels, ist demnach nicht ausreichend. Das Verschulden, welches, wie bereits herausgearbeitet wurde, sowohl in einem vorsätzlichen,

grob schuldhaften oder fahrlässigen Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei gesehen werden kann, muss sich demnach auf zwei Komponenten beziehen:

Zum einen muss sich die nicht beweisbelastete Partei schuldhaft, d. h. vorsätzlich, grob schuldhaft oder fahrlässig in Bezug darauf verhalten haben, dass sie ein Beweismittel vernichtet, entzogen oder nicht vorgelegt hat oder ein Entstehen des Beweismittels überhaupt verhindert hat. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die nicht beweisbelastete Partei durch ihr Verhalten dem Gegner die Beweisführung unmöglich macht oder sie zumindest erschwert, d. h. das Verschulden muss auch auf die Beseitigung der Beweisfunktion des konkreten Beweismittels gerichtet sein.⁴²⁰

Setzt man diese Komponenten um, ergibt sich als Voraussetzung einer Beweisvereitelung bei einem vorsätzlichen Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei, dass diese mit Wissen und Wollen ein Beweismittel vernichtet, entzogen, nicht vorgelegt oder ein Entstehen des Beweismittels überhaupt verhindert haben muss und zusätzlich positiv gewusst haben muss, dass durch ihr Verhalten dem Gegner die Beweisführung unmöglich gemacht oder zumindest erschwert wird.⁴²¹

Bei einem fahrlässigen Verhalten muss die nicht beweisbelastete Partei der Gegenpartei fahrlässig durch ihr Verhalten, den Gebrauch eines Beweismittels unmöglich gemacht oder erschwert haben. Darüber hinaus muss sie der Vorwurf treffen, dass sie bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Beweisfunktion des betreffenden Beweismittels im laufenden Prozess bzw. die mögliche Beweisfunktion in einem noch nicht begonnenen Prozess hätte erkennen können.⁴²²

3. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung einen doppelten Schuldvorwurf verlangt. Das Verschulden muss sich sowohl auf die Zerstörung, Entziehung oder Nichtvorlegung des Beweisobjektes bzw. die Verhinderung der Entstehung eines Beweismittels als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen,

⁴²⁰ Übernommen aus: *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 102; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 33.

⁴²¹ Übernommen aus: *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 16, 104; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 33.

⁴²² Übernommen aus: *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 16, 104; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 33.

also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachhaltig zu beeinflussen.⁴²³

V. Kombination der Verschuldensformen

Nachdem nunmehr festgestellt wurde, dass der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung in der Rechtsprechung ein Verschulden der nicht beweisbelasteten Partei erfordert und der Verschuldensvorwurf sowohl in einem vorsätzlichen oder grob schuldhaften als auch in einem fahrlässigen Verhalten gesehen werden kann, wobei sich der Verschuldensvorwurf sowohl auf die Entziehung, Zerstörung oder Nichtvorlegung des Beweisobjektes bzw. die Verhinderung der Entstehung eines Beweismittels als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen muss, stellt sich die Frage, ob auch eine Kombination der Verschuldensformen denkbar ist. Dies soll im Nachfolgenden anhand eines in der Rechtsprechung ergangenen Urteils geklärt werden.

1. Entscheidung des Amtsgerichts Coburg vom 20.12.2000

In seinem Urteil vom 20.12.2000,⁴²⁴ welches vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof überprüft und in verfassungsrechtlicher Hinsicht für unbedenklich befunden wurde,⁴²⁵ hatte das Amtsgericht Coburg über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nicht möglich war zu beweisen, dass ein in bestimmter Position auf dem Grundstück der Beklagten betriebener Maulwurfschreck zu einer Lärmbelästigung auf dem Grundstück des Klägers führt, die eine wesentliche Beeinträchtigung darstellt. Die Beklagte hatte den Maulwurfschreck beseitigt. Nur die Ermittlung des Ausmaßes des durch den Maulwurfschreck verursachten Lärmbelästigung des Grundstücks des Klägers durch Einholung eines Sachverständigengutachtens hätte zur Aufklärung führen können. Diese Aufklärung und Beweisführung war dem Kläger aber aufgrund der Entfernung des Maulwurfschrecks durch die Beklagte nicht möglich.

Der Kläger vertrat die Ansicht, durch das Entfernen des Maulwurfschrecks sei der ihm obliegende Beweis der Stärke der Lärmbelästigung vereitelt worden, sein Vortrag sei als

⁴²³ Übernommen aus: *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S.102; *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 33.

⁴²⁴ BayVBl 2002, 398 (399).

⁴²⁵ Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin, die Klägerin des Ausgangsverfahrens war, wurde abgewiesen.

zutreffend zu unterstellen und die Beklagte müsse den Beweis des Gegenteils antreten. Dieser Ansicht hat sich das Gericht angeschlossen. Das Gericht hat festgestellt, dass die Beklagte den Maulwurfschreck mit Wissen und Wollen entfernt hat und damit ein Beweismittel vorsätzlich beseitigt hat. Das Amtsgericht hat weiter festgestellt, dass hinsichtlich der durch die Entfernung des Maulwurfschrecks bewirkten Unmöglichkeit, das Ausmaß der durch ihn verursachten Lärmbeeinträchtigung des Grundstücks des Klägers durch Sachverständigengutachten zu ermitteln, die Beklagte zumindest der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. Die Beklagte habe gewusst, dass der Ausgang des Prozesses vom Ergebnis der gerichtlich angeordneten Begutachtung abhing und diese einen in Betrieb befindlichen Maulwurfschreck voraussetzte. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte sie erkennen können, dass es für die Beurteilung der Lärmimmissionen auf die konkrete Position des Gerätes ankam und dass dieses nach dem Ausbau ohne vorherige Beweissicherungsmaßnahmen nicht ohne weiteres wieder in diese Position zu bringen sein würde. Hinsichtlich des Wissens der Beklagten um die Beweisfunktion lag zumindest Fahrlässigkeit vor.

2. Resumée

In vorbesprochenem Urteil wurde die Beweisvereitelung an das Entfernen eines Maulwurfschrecks durch die Beklagte geknüpft. Nach den Feststellungen des Gerichts wurde dieser Maulwurfschreck und damit das spätere Beweismittel vorsätzlich beseitigt, wohingegen der Beklagten lediglich Fahrlässigkeit hinsichtlich des Wissens um die Beweisfunktion vorgeworfen werden konnte.

Daraus ergibt sich, dass das für den subjektiven Tatbestand der Beweisvereitelung erforderliche zweifache Verschulden auch in einer Kombination von Vorsatz und Fahrlässigkeit vorliegen kann.

In der Rechtsprechung ist demnach auch eine Kombination der Verschuldensformen denkbar, in der Weise, dass, wie im vorbesprochenen Fall, im Hinblick auf die Beseitigung, Vernichtung oder Unterdrückung des Beweismittels Vorsatz vorliegt, hinsichtlich des Wissens um die Beweisfunktion aber lediglich Fahrlässigkeit.⁴²⁶

⁴²⁶ Übernommen aus *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 35; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 104.

Denkbar wäre aber auch, dass die nicht beweisbelastete Partei ein Beweismittel fahrlässig vernichtet, aus Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit, aber sicher weiß, dass das Beweismittel in einem bestehenden Prozess beweisheblich ist oder in einem zukünftigen Prozess beweisheblich sein wird.⁴²⁷

3. Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass in der Rechtsprechung für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung auch eine Kombination von Vorsatz und Fahrlässigkeit für das erforderliche zweifache Verschulden möglich ist.

VI. Zurechnung des Verhaltens Dritter

Als Letztes stellt sich die Frage, ob es auch denkbar ist, dass die Beweisvereitelung auf ein Handeln oder Unterlassen einer dritten Person zurückzuführen ist und dieses Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei zuzurechnen ist. Dabei sind zwei Konstellationen denkbar, wann ein Verhalten eines Dritten der nicht beweisbelasteten Partei als Beweisvereitelung zugerechnet werden kann.

1. Zurechnung über §§ 278, 31 BGB oder §§ 831, 31 BGB

Als denkbare Konstellation dass ein Verhalten einer dritten Person der nicht beweisbelasteten Partei als Beweisvereitelung zuzurechnen ist, kommt in Betracht, dass ein Verhalten eines Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen, eines Organs oder sonstigen Vertreters der nicht beweisbelasteten Partei über §§ 278, 31 BGB oder §§ 831, 31 BGB zuzurechnen ist. Inwieweit dies in der Rechtsprechung anerkannt ist, soll im Nachfolgenden untersucht werden.

1.1. Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 25.02.1985 - 7 U 50/82

In seinem Urteil vom 25.02.1985⁴²⁸ hat das Oberlandesgericht Köln eine Beweisvereitelung angenommen, weil die behandelnden Ärzte des beklagten Krankenhauses bei der nach einer fehlgeschlagenen Sterilisation durchgeführten Tubektomie unterlassen haben, die Tuben zur

⁴²⁷ Übernommen aus *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 35; *Schatz*, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung, S. 104.

⁴²⁸ OLG Köln, VersR 1988, 43 (44).

histologischen Untersuchung sicherzustellen, wodurch den Klägern nicht mehr möglich war zu beweisen, dass dem Beklagten ein schuldhaftes Fehlverhalten vorzuwerfen war.

Die Kläger hatten die Beklagte auf Ersatz ihres Unterhaltsaufwandes für ihr viertes Kind wegen Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages verklagt. Die Klägerin hatte sich in das Krankenhaus der Beklagten begeben, um eine Sterilisation durchführen zu lassen. Trotz des vorgenommenen Eingriffes, war die Klägerin schwanger geworden und hat ihr viertes Kind zur Welt gebracht. Die Sterilisation sollte bei der Klägerin durch Koagulation und Exzision eines Gewebeteiles der Tube ausgeführt worden sein. Bei der nach der Geburt ihres Kindes von den angestellten Ärzten der Beklagten durchgeführten Tubektomie konnten von diesen keine Anzeichen einer Koagulation und Durchtrennung, die bei der zuvor vorgenommenen Sterilisation erfolgt sein sollte, aufgefunden werden. Wenn koaguliert und exzidiert worden wäre, hätten solche vorhanden sein müssen. Die ausführenden Ärzte der Beklagten, die nach der Geburt die Tubektomie vorgenommen hatten, haben es unterlassen, die Tube, an der die frühere Sterilisation durchgeführt worden sein soll, sicherzustellen und vollständig histologisch untersuchen zu lassen. Hierdurch war es den Klägern nicht möglich zu beweisen, dass die Beklagte bei der ursprünglichen Sterilisation fehlerhaft und schuldhaft gehandelt hat. In diesem Versäumnis hat das Oberlandesgericht Köln eine Beweisvereitelung der Beklagten gesehen, die in dem Prozess dazu führte, dass Zweifel daran, dass das Fehlschlagen der Sterilisation auf schuldhaftes ärztliches Verhalten zurückzuführen war, zu Lasten der Beklagten gingen. Das Oberlandesgericht führt diesbezüglich aus, dass sich die Beklagte das Verhalten seiner als Erfüllungsgehilfen tätigen Ärzte nach § 278 BGB zurechnen lassen muss. Die Beklagte müsse sich deshalb zurechnen lassen, dass die Tube nicht aufbewahrt und eingehend histologisch untersucht wurde. Den ausführenden Ärzten hätte bewusst sein müssen, dass Ansprüche seitens der Kläger geltend gemacht werden können und schon deshalb die Aufbewahrung des hierfür erforderlichen Beweismittels geboten ist. Die hierdurch veranlasste Beweisnot der Kläger sei deshalb der Beklagten anzulasten und von dieser, bzw. deren Erfüllungsgehilfen zu vertreten und nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung zu würdigen.

1.2. Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 01.10.1987 – 8 U 232/84

In seinem Urteil vom 01.10.1987⁴²⁹ hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf über einen Fall zu entscheiden, in dem es dem Kläger nur erschwert möglich war, dem beklagten Chefarzt einen Behandlungsfehler nachzuweisen, der darin zu sehen sein sollte, dass dem Kläger von dem, anstelle des Chefarztes handelnden, Oberarzt ein Paukenröhrchen gelegt wurde. Der Kläger meinte, das Paukenröhrchen hätte bei ihm nicht gelegt werden dürfen, da der Verdacht bestanden habe, dass infiziertes Sekret vorliegen könnte. Wenn trotz eines klinischen Befundes, der das Vorliegen von infiziertem Sekret nicht ausschließe, ein Paukenröhrchen gelegt werde, widerspreche dies anerkannten medizinischen Regeln. Der Kläger hat den beklagten Chefarzt, mit dem er den Behandlungsvertrag abgeschlossen hatte, unter anderem auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Körperverletzung nach den Vorschriften des Deliktsrechts verklagt. Dem Kläger war der Nachweis eines Behandlungsfehlers aber nur erschwert möglich, weil der behandelnde Oberarzt es unterlassen hatte, eine Untersuchung und genauere Bestimmung der Art des in seinem Mittelohr vorhandenen Sekrets vorzunehmen. Nur das Vorliegen einer solchen Untersuchung hätte zur Aufklärung führen können.

In dieser Unterlassung des behandelnden Oberarztes war eine Beweisvereitelung des beklagten Chefarztes zu sehen. Aufgrund des klinischen Befundes sei eine Untersuchung und genauere Bestimmung des Sekrets erforderlich gewesen. Durch dieses Versäumnis des behandelnden Oberarztes, wesentliche Diagnose- und Kontrollbefunde zu erheben, sei es dem Kläger nur erschwert möglich gewesen, den Behandlungsfehler des Beklagten zu beweisen. In dieser Unterlassung war eine Beweisvereitelung des Oberarztes zu sehen. Da der Oberarzt als Verrichtungsgehilfe des beklagten Chefarztes tätig war, sei ihm dieses beweisvereitelnde Verhalten im Rahmen der im Raum stehenden deliktischen Haftung über § 831 BGB zuzurechnen. Er sei so zu stellen, als hätte er selbst unterlassen, die zur Beweisführung des Klägers erforderlichen Untersuchungen vorzunehmen, mit der Folge, dass sich die Beweislast umkehrt und der Beklagte nunmehr zu beweisen hatte, dass infiziertes Sekret nicht vorgelegen habe, so dass der Einsatz eines Paukenröhrchens keinen Behandlungsfehler darstellte.

1.3. *Resumée*

⁴²⁹ OLG Düsseldorf, VersR 1988, 968 (969).

Das Oberlandesgericht Köln hat in dem vorgenannten Urteil ein beweisvereitelndes Verhalten (hier: Nichtaufbewahrung der Tube) von Hilfspersonen der Beklagten der Beklagten selbst als beweisvereitelndes Verhalten zugerechnet. Die Beklagte war so zu stellen, als hätte sie durch ein eigenes Verhalten den Beweis der Gegenpartei vereitelt. Diese Zurechnung erfolgte, weil die Personen, denen das beweisvereitelnde Verhalten vorzuwerfen war, in einer vertraglichen Beziehung zu der Beklagten standen und somit als deren Erfüllungsgehilfen anzusehen waren. Deren schuldhaftes Verhalten war der Beklagten damit über § 278 BGB zuzurechnen.

Ähnlich hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem vorbesprochenen Urteil eine Beweisvereitelung der nicht beweisbelasteten Partei angenommen. Hier war derjenige, dem das beweisvereitelnde Verhalten vorzuwerfen war (hier: Unterlassen einer gebotenen Untersuchung) als Verrichtungsgehilfe der nicht beweisbelasteten Partei anzusehen. Da es sich um einen deliktischen Vorwurf gegenüber dem Beklagten gehandelt hatte, war dieses Verhalten des Verrichtungsgehilfen der nicht beweisbelasteten Prozesspartei über § 831 BGB zuzurechnen.

Ähnlich wäre ein Fall denkbar, bei dem einem Organ oder sonstigen Vertreter einer nicht beweisbelasteten juristischen Person das beweisvereitelnde Verhalten vorzuwerfen ist. Ausgehend von den vorherigen Urteilen wäre dies der nicht beweisbelasteten Partei über § 31 BGB zuzurechnen.

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass bei beweisvereitelndem Verhalten eines Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen, eines Organs oder sonstigen Vertreters der nicht beweisbelasteten Partei, dieses Verhalten über die gesetzlichen Vorschriften der nicht beweisbelasteten Partei als beweisvereitelndes Verhalten zuzurechnen ist.⁴³⁰ Die nicht beweisbelastete Partei ist dann so zu stellen, als wäre das beweisvereitelnde Verhalten in ihrer eigenen Person erfolgt.

2. Zurechnung des Verhaltens des Rechtsvorgängers

Als weitere Konstellation ist denkbar, dass der nicht beweisbelasteten Partei das schuldhaftes Verhalten ihres Rechtsvorgängers als beweisvereitelndes Verhalten zugerechnet wird. Im

⁴³⁰ Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 35.

Nachfolgenden soll nun geklärt werden, inwieweit dies in der Rechtsprechung als Grundlage für die Annahme einer Beweisvereitelung anerkannt ist.

2.1. *Entscheidung des Reichsgerichts vom 07.01.1916 – Rep. II. 386/15*

In seinem Urteil vom 07.01.1916⁴³¹ hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem dem Beklagten, der Konkursverwalter des Vermögens der Niederdeutschen Bank war, nur erschwert nachgewiesen werden konnte, dass nach einem bestimmten Zeitpunkt herrührende Kredite aus den Mitteln des Rechtsvorgängers des klagenden Konkursverwalters, der Volksbank, herrühren. Der klagende Konkursverwalter der Volksbank begehrte mit seiner Klage von dem beklagten Konkursverwalter der Niederdeutschen Bank, die Aussonderung unter anderem einer Geldforderung aus einem gewährten Kredit, weil sie nach Behauptung des Klägers als Bestandteil des Volksbankvermögens anzusehen sei. Die Volksbank und die Niederdeutsche Bank waren vor Konkurseröffnung verschmolzen worden, wobei die Niederdeutsche Bank die übernehmende Gesellschaft war. Um die Aussonderung verlangen zu können war erforderlich, dass der klagende Konkursverwalter darlegt und beweist, dass die gewährten Kredite aus den Mitteln der Volksbank herrühren.

Die Vertreter der Niederdeutschen Bank, der Rechtsvorgängerin des beklagten Konkursverwalters, hatten durch Verletzung der Vorschrift getrennter Verwaltung dadurch, dass sie die Gelder der Volksbank mit denen der Niederdeutschen Bank in der Kasse miteinander vermischt haben, dem klagenden Konkursverwalter der Volksbank die Führung dieses Beweises erheblich erschwert. In dieser Vermischung der Gelder durch die Vertreter der Niederdeutschen Bank hat das Reichsgericht ein beweisvereitelndes Verhalten des insoweit nicht beweisbelasteten beklagten Konkursverwalters der Niederdeutschen Bank gesehen. Der Beklagte hatte infolge dessen darzulegen, dass für die Kredite eigene Mittel der Niederdeutschen Bank verwendet wurden.⁴³²

2.2. *Resumée*

⁴³¹ RGZ 87, 434 (440).

⁴³² Ähnlich hat das Reichsgericht bereits in seinem Urteil vom 03.01.1921 (RGZ 101, 197 ff. (198)), welches bereits auf Seite 63 besprochen wurde, entschieden. Auch hier hat das Reichsgericht eine Beweisvereitelung der nicht beweisbelasteten Beklagten angenommen, weil deren Rechtsvorgängerin durch die Vernichtung eines Testamentes, der Klägerin die Beweisführung unmöglich gemacht hatte.

In vorgenanntem Urteil hat das Reichsgericht eine Beweisvereitelung des einen Prozess im eigenen Namen führenden nicht beweisbelasteten Konkursverwalters wegen einer schuldhaften Vereitelungshandlung, die in der Vermischung von Geldern durch dessen Rechtsvorgänger zu sehen war, angenommen. Das Reichsgericht hat dem nicht beweisbelasteten Beklagten damit ein beweisvereitelndes Verhalten seines Rechtsvorgängers zugerechnet.

Dies ist damit erklärbar, dass es oft nur vom Zufall abhängt, ob der Prozess gegen den Rechtsnachfolger geführt wird oder gegen den Rechtsvorgänger. Es kann der nicht beweisbelasteten Partei nicht zugute kommen, dass der Prozess beispielsweise wegen Todes des Rechtsvorgängers nunmehr gegen den Rechtsnachfolger geführt werden muss. Dies vor allem dann, wenn der Prozess ohne weiteres auch bereits gegen den Rechtsvorgänger hätte geführt werden können.⁴³³ Darüber hat eine Rechtsnachfolge den Eintritt in den Rechts- und Pflichtenkreis des Vorgängers zur Folge.⁴³⁴ Der Gegner kann dann nicht anders gestellt werden, als würde das beweisvereitelnde Verhalten von dem Rechtsnachfolger selbst herrühren.

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass sich die nicht beweisbelastete Partei nach der Rechtsprechung ein beweisvereitelndes Verhalten ihres Rechtsvorgängers zurechnen lassen muss.

3. Ergebnis

Aus den vorangehend besprochenen Urteilen wird ersichtlich, dass ein beweisvereitelndes Verhalten einer dritten Person unter Umständen der nicht beweisbelasteten Partei als eigene Beweisvereitelung mit den ihr immanenten Rechtsfolgen zugerechnet werden kann.

In der Rechtsprechung erfolgt eine solche Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses, dessen Mitwirkungspflichten verletzt werden aus der Anwendung der §§ 278, 31 BGB oder bei einem Verstoß gegen Pflichten, die deliktsrechtliche Folgen haben aus der Anwendung der §§ 831, 31 BGB. Darüber hinaus wird ein beweisvereitelndes Verhalten des Rechtsvorgängers zugerechnet.⁴³⁵

⁴³³ RGZ 101, 197 (198).

⁴³⁴ RGZ 101, 197 (198).

⁴³⁵ Vgl. auch *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 35.

Es bleibt damit im Ergebnis festzuhalten, dass das Verhalten eines Dritten im Ergebnis über §§ 278, 31 BGB sowie §§ 831, 31 BGB zugerechnet werden kann, wenn die dritte Person Erfüllungs-, Verrichtungsgehilfe, Organ oder sonstiger Vertreter der nicht beweisbelasteten Partei ist. Auch ein beweisvereitelndes Verhalten eines Rechtsvorgängers ist zurechenbar.⁴³⁶

VII. Ergebnis zum subjektiven Tatbestand der Beweisvereitelung

In der Rechtsprechung wird für den subjektiven Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung wiederum kein Unterschied gemacht, ob der Sachverständigen-, der Zeugenbeweis oder der Beweis durch Augenschein vereitelt wird. Wenn man die in den vorhergehenden Punkten gefundenen Ergebnisse zusammenfasst, kann festgehalten werden, dass für den subjektiven Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung im Bereich des Sachverständigen-, des Zeugen- und Augenscheinsbeweises in der Rechtsprechung ein doppelter Schuldvorwurf verlangt wird. Das Verschulden muss sich sowohl auf die Zerstörung bzw. Entziehung des Beweisobjektes als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachhaltig zu beeinflussen. Als Verschuldensformen sind in der Rechtsprechung sowohl der Vorsatz oder das grobe Verschulden als auch die Fahrlässigkeit anerkannt, wobei auch eine Kombination der Verschuldensformen möglich ist. Das vereitelnde Verhalten von Seiten Dritter muss sich die Partei zurechnen lassen, wenn die dritte Person Erfüllungs-, Verrichtungsgehilfe, Organ oder sonstiger Vertreter der nicht beweisbelasteten Partei ist über §§ 278, 31 BGB oder §§ 831, 31 BGB oder die dritte Person Rechtsvorgänger der nicht beweisbelasteten Partei ist.

C. Die Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung

Nachdem nunmehr sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandesmerkmale der Beweisvereitelung herausgearbeitet wurden, soll zur Abrundung noch kurz darauf eingegangen werden, wer die Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung trägt. Beweisrechtliche Sanktionen gegenüber der an sich nicht beweisbelasteten Partei können nur dann eintreten, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Beweisvereitelung im Prozess zur Überzeugung des Gerichts feststehen.⁴³⁷

⁴³⁶ Siehe *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 35.

⁴³⁷ *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 36.

Nach der im Zivilprozessrecht geltenden allgemeinen Grundregel trägt diejenige Partei die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Tatbestand der ihr günstigen Rechtsnorm erfüllt ist.⁴³⁸ Nach dieser Grundregel trägt die an sich beweisbelastete Partei die Beweislast für das Vorliegen eines beweisvereitelnden Verhaltens des Beweisgegners und für die Eignung des vorenthaltenen Beweismittels zur Aufhellung des Geschehens.⁴³⁹ Denn die beweisbelastete Partei wird durch die Rechtsfolge einer Beweisvereitelung begünstigt.⁴⁴⁰

Dies entspricht auch der gesetzlichen Regelung bei Nichtvorlage einer Urkunde entgegen einer entsprechenden Aufforderung durch das Gericht: Sofern der Beweisführer die Existenz einer Urkunde behauptet, die nicht beweisbelastete Partei sie bestreitet, ist von Amts wegen Parteivernehmung anzuordnen (§ 426 Satz 1 ZPO). Die Sanktionen der Aufklärungspflichtverletzung treten nur ein, wenn Verweigerung der Vorlage oder mangelndes Forschen nach der Urkunde zur Überzeugung des Gerichts feststehen (§ 427 Satz 1 ZPO). Danach trägt erkennbar der Beweisführer das Beweisrisiko für die prozessuale Pflichtverletzung des Gegners. Darüber, ob die Pflichtverletzung als erwiesen anzusehen ist entscheidet wiederum gemäß §§ 426 Satz 3, 453 Abs. 1, 286 ZPO die freie richterliche Überzeugung.⁴⁴¹

Selbstverständlich können sich hinsichtlich der Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung aus den allgemeinen im Zivilprozessrecht geltenden Regeln auch Besonderheiten bezüglich der Beweislastverteilung ergeben. So sind auch im Rahmen der Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung Abweichungen von der Grundregel, dass derjenige, dem die Rechtsfolgen einer Beweisvereitelung zugute kommen, deren Voraussetzungen zu beweisen hat, im Sinne von Beweiserleichterungen denkbar.⁴⁴²

Wer die tatsächlichen Voraussetzungen einer Beweisvereitelung nachzuweisen hat, beurteilt sich deshalb nach den allgemeinen im Zivilprozess geltenden Beweislastregeln.⁴⁴³

⁴³⁸ Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 288; Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 36.

⁴³⁹ Vgl. Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 36.

⁴⁴⁰ Taupitz, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 345.

⁴⁴¹ Taupitz, Prozessuale Folgen der „vorzeitigen“ Vernichtung von Krankenunterlagen, S. 345.

⁴⁴² Vgl. S. 2f.

⁴⁴³ Siehe Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 36.

4. Teil: Schlußbetrachtung

Wenn man nunmehr die Erkenntnisse der vorangegangenen Ausführungen zusammenfasst kann als Ergebnis der Arbeit folgendes festgehalten werden:

Im Gesetz ist eine gesetzliche Normierung zur Beweisvereitelung nur beim Urkundenbeweis und beim Beweis durch Parteieinvernahme erfolgt, wohingegen beim Sachverständigen-, beim Zeugenbeweis und beim Beweis durch Augenschein keine bzw. eine nur unzureichende gesetzliche Normierung erfolgt ist. Für diese Beweismittel musste deshalb anhand der in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen der Tatbestand der Beweisvereitelung herausgearbeitet werden.

Die Analyse der in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen hat ergeben, dass hinsichtlich der Tatbestandesmerkmale einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung keine Unterscheidung danach getroffen wird, ob das beweisvereitelnde Verhalten Auswirkungen auf die Beweisführung mittels Sachverständigen-, Zeugenbeweis oder Beweis durch Augenschein hat. Für alle drei Beweismittel lässt sich deshalb derselbe Tatbestand der Beweisvereitelung ableiten.

Unter Zusammenfassung sämtlicher Ergebnisse lässt sich der objektive und subjektive Tatbestand einer rechtlich relevanten Beweisvereitelung im Bereich des Sachverständigen-, Zeugen- und Augenscheinsbeweises damit wie folgt definieren:⁴⁴⁴

Der Tatbestand einer Beweisvereitelung ist erfüllt, wenn die nicht beweisbelastete Partei dem beweispflichtigen Gegner vorsätzlich, grob verschuldet oder fahrlässig durch ein positives Tun oder Unterlassen vor oder während eines laufenden Prozesses, welches sich als Verletzung einer vertraglichen Pflicht oder Obliegenheit, einen Verstoß gegen die Vorschriften des Deliktsrechts, einen Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht, einen Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben, einen Verstoß gegen die Dokumentations-, Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht oder einen Verstoß gegen sonstige Pflichten darstellt, die Beweisführung unmöglich macht oder erschwert und dieses Verhalten für die Nichtaufklärbarkeit des entscheidungserheblichen Sachverhaltes auch ursächlich ist.

⁴⁴⁴ In Teilstücken ähnlich definiert: *Krapoth*, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, S. 37.

Das Verschulden muss dabei in doppelter Hinsicht vorliegen; es muss sich sowohl auf die Zerstörung, Entziehung oder Nichtvorlegung des Beweisobjektes bzw. die Verhinderung der Entstehung eines Beweismittels als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachhaltig zu beeinflussen, beziehen. Zur Erfüllung dieses doppelten Schuldvorwurfs ist auch eine Kombination der Verschuldensformen möglich.

Die Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes darf dabei nicht durch das schadenbegründende Ereignis selbst herbeigeführt worden sein. Auch darf das Verhalten der nicht beweisbelasteten Partei nicht durch höherwertige, über den Rechtsstreit hinausgehende Interessen gerechtfertigt sein. Darüber hinaus darf der Beweisführer den Beweis nicht selbst rechtzeitig hätte sichern können oder die Beweisnot schuldhaft mitverursacht haben.

Das vereitelnde Verhalten eines Dritten muss sich die nicht beweisbelastete Partei als eigenes Verhalten zurechnen lassen, wenn die dritte Person Erfüllungs-, Verrichtungsgehilfe, Organ oder sonstiger Vertreter der nicht beweisbelasteten Partei ist über §§ 278, 31 BGB oder §§ 831, 31 BGB oder die dritte Person Rechtsvorgänger/in der nicht beweisbelasteten Partei ist.

Wer die Beweislast für das Vorliegen des objektiven und subjektiven Tatbestandes der Beweisvereitelung trägt beurteilt sich nach der im Zivilprozessrecht geltenden allgemeinen Grundregel. Grundsätzlich trägt deshalb die beweisbelastete Partei die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Beweisvereitelung des Gegners, da sie durch die Rechtsfolge der Beweisvereitelung begünstigt wird, es sei denn es ergeben sich nach den allgemeinen im Zivilrecht geltenden Regeln Besonderheiten hinsichtlich der Beweislastverteilung.

Lebenslauf:

Am 26.05.1976 wurde ich, Daniela Fröhlich, in Hammelburg geboren. Meine Schulzeit durchlief ich in Hammelburg. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg von 1996 – 2001 absolvierte ich mein Rechtsreferendariat von 2001-2003 im OLG-Bezirk Bamberg.

Von 2004 – 2006 arbeitete ich als Rechtsanwältin in einer Kanzlei in München.

Seit 01.09.2006 bin ich als Juristische Staatsbeamtin (Regierungsrätin) beim Landratsamt in Bad Tölz tätig.