

## Gottwald

## 2. Beweisverfahren und lex fori

- 10.2 Das Beweisverfahren bildet einen Schwerpunkt innerhalb eines jeden Zivilprozesses. Deshalb ist zu untersuchen, ob und inwieweit ausländische Beweisrechte Auswirkungen auf den deutschen Zivilprozess haben. Von größerer Bedeutung ist die Kenntnis der Grundzüge des ausländischen Beweisrechts, wenn ein Deutscher im Ausland klagen muss. Wie generell das Verfahrensrecht wird das Beweisrecht von der **lex fori** beherrscht.<sup>1</sup> Zur Rechtfertigung wird auf den hoheitlichen Charakter des Gerichtsverfahrens und das Territorialitätsprinzip, teilweise gar auf ordre public-Erwägungen verwiesen.<sup>2</sup> Indes gelten diese Gründe auch für die materielle Rechtsanwendung, ohne eine Anwendung ausländischen Rechts aufgrund von Kollisionsnormen auszuschließen. Die Maßgeblichkeit der lex fori im Beweisrecht folgt daher stärker aus reinen Praktikabilitätsabwägungen. Gerichte und Anwälte wären vielfach mit der Anwendung fremden Verfahrensrechts überfordert. Sie würden, wenn sie nach fremdem Recht handeln müssten, zu langsam oder unsicher und mit Verlust an Würde verfahren.<sup>3</sup> Das RG hatte diese Ansicht schon früh formuliert: es müsse unterschieden werden zwischen dem Inhalt der Privatrechte und der Art ihrer gerichtlichen Geltendmachung. Die Regeln, die in letzterer Beziehung im Ausland beständen, seien für den deutschen Richter, der nur sein heimisches Prozessrecht anzuwenden habe, nicht maßgebend.<sup>4</sup> Über die Zulässigkeit von Beweismitteln und die Art und Weise, wie die einzelnen Beweise zu erheben sind, entscheidet also die lex fori. Die vorwiegend pragmatische Rechtfertigung der Anwendung der lex fori schließt nicht aus, dass die materiell-rechtlichen Auswirkungen des Beweisrechts beachtet und als Folge davon, soweit notwendig, auch ausländische Verfahrensregeln angewendet werden.<sup>5</sup>
- 10.3 Die Vorherrschaft von der lex fori im **Beweisrecht** beruht auch auf dessen **territorialer Begrenzung**. Eine Beweisaufnahme kann grds. nur im Inland erfolgen, Zeugen und Sachverständige können grds. nur im Inland geladen werden. Zwangsmaßnahmen gegen diese sind nur im Inland möglich. Das Beweisrecht unterscheidet sich also wesentlich von dem übrigen Prozessrecht, denn dieses wird von den beiden sich überschneidenden Grundsätzen des Territorialitäts- und des Personalitätsprinzips beherrscht. Letzteres wirkt sich z.B. hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit aus. Verfahrensrechtliche Kollisionsnormen lassen sich hinsichtlich der Partei- und Prozessfähigkeit von Ausländern feststellen. Demgegenüber scheinen die verschiedenen Beweisrechte der Staaten sich grds. nicht zu überschneiden. Dieser Grundsatz wird jedoch im Bereich der **internationalen Rechtshilfe durchbrochen** (s. Rz. 9.21 ff., 9.56, 9.76). Von dem Rechtshilfegericht kann nach einem anderen als dem heimischen Beweisrecht verfahren werden.
- 
- 10.4 Die Zulässigkeit einer Beweisaufnahme im Ausland regeln die §§ 363, 364 ZPO, die Europäische Beweisverordnung und das Haager Beweisübereinkommen.<sup>6</sup> Die Verwertbarkeit der im Ausland erhobenen Beweise richtet sich nach § 369 ZPO. Sie sind danach verwertbar, wenn sie entweder dem Recht des Aufnahmestaats oder dem deutschen Recht entsprechen. Genügt die Beweisaufnahme keiner der in Frage kommenden Rechtsordnungen, so kann der Mangel gem. § 295 I ZPO geheilt werden. Auch eine mangelhafte Beweisaufnahme kann nach § 286 ZPO frei gewürdigt werden.<sup>7</sup>
- 10.5 Das **Beweisverfahren** wird überall grds. der **lex fori** unterstellt.<sup>8</sup> Eine generelle Wahl des anwendbaren Beweisrechts durch die Parteien scheidet aus.<sup>9</sup> Dementsprechend entscheidet die jeweilige lex fori, inwieweit das Gericht aktiv an der Beweisaufnahme mitwirkt.<sup>10</sup> Gleiches gilt für den Umfang der Zulässigkeit der Nutzung von Informationstechnologie bei Beweisaufnahmen.<sup>11</sup> Dementsprechend ist „evidence“ in **England** „a matter for the law of the forum“. „Whether a witness is competent or not, whether a certain matter requires to be proved by writing or not, whether certain evidence proves a certain fact or not, that is to determined by the law of the country where the question arises.“<sup>12</sup> Nach *Cheshire, North & Fawcett* „it is obvious that those principles must usually apply whether the question at issue is domestic or foreign in origin.“<sup>13</sup>
- 10.6 Der deutschen und der anglo-amerikanischen Auffassung, dass über die **Zulässigkeit von Beweismitteln die lex fori entscheidet** und die Art des Beweisverfahrens (Strengbeweis – Freibeweis),<sup>14</sup> entsprechen auch andere Prozessgesetze wie z.B. die von **Spanien** oder **Schweden**.
- 10.7 Im Gegensatz dazu betrachtet man in **Frankreich** (im autonomen Recht) die Frage nach der Zulässigkeit des Beweises – admissibilité de la preuve – nicht als eine solche des Prozessrechts, sondern sieht sie als **eng mit dem materiellen Recht verknüpft**.<sup>15</sup> Deshalb mag es verständlich werden, wenn nicht das französische Prozessrecht, sondern der Art. 1341 c.c. nach dem historischen Vorbild der Ordonnanz von Moulins aus dem Jahre 1566 den **Zeugensbeweis bei Verträgen**, die über den Wert von 1500 €

675

676

hinausgehen, **ausschließt**.<sup>16</sup> Hierbei steht im Gegensatz zum deutschen Recht nicht die Frage nach der Form (Schriftform), sondern die nach der Unzulässigkeit des Zeugensbeweises im Vordergrund.

Allerdings hat die Regel heute geringere Bedeutung als früher. Nach Art. 1341 II c.c. gilt sie nicht im Handelsverkehr,<sup>17</sup> so dass kein Widerspruch zur Rom I-VO und zum CISG besteht, deren Vertragspartei Frankreich ist. Außerdem gilt Art. 1341 I c.c. nur zwischen den Vertragsparteien, nicht bei einer Beweisführung durch einen Dritten.<sup>18</sup> Schließlich können die Prozessparteien über das Beweisverbot disponieren; es wird nicht von Amts wegen, sondern nur auf Rüge der Gegenpartei beachtet.<sup>19</sup>

- 10.8 Der traditionellen französischen Lösung folgt das **griechische Recht**. Nach Art. 393 gr ZPGB (i.d.F. des Gesetzes 2915/2001) können Verträge, deren Wert 5869 € übersteigt, nicht durch Zeugen bewiesen werden.<sup>20</sup>
- 10.9 **Italien** ist das klassische Land, in dem der Beweis als ein integrierendes Element der Obligation angesehen worden ist – „la prova è un elemento integrante dell'obbligazione“.<sup>21</sup> Diese Auffassung kam in Art. 10 II der „disposizioni preliminari“ zum italienischen c.c. von 1865 deutlich zum Ausdruck: „I mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto.“ Damit war man der Tradition der italienischen Rechtsschule gefolgt, denn schon *Bartolus* stellte auf das Ortsrecht, nicht auf die *lex fori* ab.<sup>22</sup> Umso erstaunlicher ist es, dass in dem Land, in dem früher das Beweisrecht dem materiellen Recht zu folgen schien, heute die **lex fori** weitgehend obsiegt hat. Zwar kennen auch die Italiener die Regel, nach der Verträge über einen bestimmten Wert nur durch Urkunden bewiesen werden können. Die Rechtsprechung hat diese Vorschrift weitgehend ausgehöhlt, indem man Rücksicht auf die Parteien, die Verträge und die ganzen Umstände nimmt. Danach haben die Richter eine Ermessensfreiheit, den Zeugenbeweis zuzulassen. Die Ausnahme ist praktisch schon zur Regel geworden, so dass kein Anlass mehr besteht, auf die „*lex loci contractus*“ zurückzugreifen.<sup>23</sup>
- 10.10 Wenn danach auch wegen der Zulässigkeit der Beweismittel grds. auf die *lex fori* abgestellt wird, so sollte nicht übersehen werden, dass es immer noch eine weitverbreitete Meinung gibt, die die *lex causae* bevorzugt.<sup>24</sup> *Niederländer*<sup>25</sup> wollte die Zulässigkeit der Beweismittel grds. nach der *lex causae* entscheiden. Dabei übersah er aber,

677

dass es sich z.B. bei dem Zeugnisverweigerungsrecht sowohl um eine Zulässigkeits- als auch um eine öffentlich-rechtliche Schutzvorschrift handelt. Auch *Neuhaus*<sup>26</sup> wollte die Beschränkungen der Beweisführung als Zubehör des materiellen Rechts behandelt wissen und lehnte eine *Entscheidung* nach der *lex fori* ab.

- 10.11 Die neueren vertragsrechtlichen Lösungen versuchen, die Qualifikationsfrage zu überbrücken, und sprechen sich für ein „sowohl – als auch“ aus; das Vertrauen auf eine fehlende Beweisbarkeit wird nicht mehr als schützenswert angesehen (s. Rz. 10.40).
- 10.12 Nach **Art. 18 II Rom I-VO** können zum Beweis eines Rechtsgeschäfts alle Beweisarten (1) der *lex fori*, oder (2) des Vertragsstatuts oder der *lex fori contractus* vorgebracht werden, sofern letztere vor dem angerufenen Gericht überhaupt erbracht werden können.<sup>27</sup> Diese letztere Einschränkung hat in Deutschland insoweit Bedeutung, als eine Partei nicht als Zeuge, sondern nur subsidiär vernommen werden kann. Eine sachlich entsprechende Regel enthält das UN-Kaufrecht in **Art. 11 Satz 2 CISG**. Im Ergebnis setzt sich damit das liberalere Beweisrecht durch.<sup>28</sup> Diese Regeln sollten über ihren direkten Anwendungsbereich hinaus generell angewendet werden.<sup>29</sup>
- 10.13 Seit der Übernahme des Römischen Vertragsübereinkommens in das englische Recht 1990 gilt dort auch die Lösung von Art. 11 I Rom I-VO (früher Art. 9 EVÜ), wonach der Vertrag gültig ist, wenn er nach dem Vertragsstatut oder dem Recht am Ort des Vertragsschlusses gültig ist.<sup>30</sup> Beweisbeschränkungen für den Nachweis eines formlos geschlossenen Vertrags bestehen nicht.
- 10.14 Das rechtspolitische Ziel ist danach klar. Zumindest in internationalen Fällen sollte es keine Beweismittelbeschränkungen geben.<sup>31</sup>
- 10.15 Entsprechend sollte auch die **parol evidence rule** eine Beweiserhebung im Inland nicht einschränken. Nach dieser in common law-Staaten verbreiteten Regel kann die Behauptung, eine Urkunde entspreche nicht der wirklichen Vereinbarung, sie sei abgeändert oder ergänzt worden, nur durch Urkunden, nicht durch andere Beweismittel bewiesen werden (s. Rz. 10.150 f.).<sup>32</sup> Teilweise wird dafür plädiert, die *parol evidence rule* im Rahmen der *lex causae* zu beachten.<sup>33</sup> Art. 18 II Rom I-VO zeigt aber

678

paradigmatisch, dass das Vertrauen auf Beweismittelbeschränkungen nicht schützenswert ist.<sup>34</sup>

- 10.16 In **Italien** ist diese Lösung ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Hier **kann** der Richter zum Beweis späterer mündlicher Vertragsänderungen oder -ergänzungen ausdrücklich den Zeugenbeweis zulassen (Art. 2273 c.c.). Ist eine ursprünglich vorhandene Urkunde verloren gegangen, können ihre Existenz und ihr Inhalt ebenfalls durch Zeugen bewiesen werden.<sup>35</sup>

1 1) *D. Coester-Waltjen*, Rz. 83 ff., 102 ff.; *R. Geimer*, IZPR, Rz. 2260; *M. Schoch*, S. 133 ff.; *W. Osthaus*, S. 193 ff. [Im Print: Fußnote 1 auf Seite 674]

2 2) Vgl. *D. Coester-Waltjen*, Rz. 103 ff., 110 ff. [Im Print: Fußnote 2 auf Seite 674]

3 3) *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, § 22 III (S. 1055); *H. Schack*, IZVR, Rz. 788, 832. [Im Print: Fußnote 3 auf Seite 674]

4 4) RGZ 46, 199; so auch *E. Riezler*, IZPR, S. 470; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 6 Rz. 2. [Im Print: Fußnote 4 auf Seite 674]

5 5) *D. Coester-Waltjen*, Rz. 168 ff. [Im Print: Fußnote 5 auf Seite 674]

6 6) Dazu eingehend *A. Schabenberger*, *Der Zeuge im Ausland*, 1996. [Im Print: Fußnote 6 auf Seite 675]

7 7) *Ch. Pfeil-Kammerer*, *Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen*, 1987, S. 336. [Im Print: Fußnote 7 auf Seite 675]

8 8) *R. Geimer*, IZPR, Rz. 2267a ff.; *D. Coester-Waltjen*, Rz. 402 ff. [Im Print: Fußnote 8 auf Seite 675]

9 9) *D. Coester-Waltjen*, Rz. 194 ff. [Im Print: Fußnote 9 auf Seite 675]

10 10) *Ch. Wolf/N. Zeibig*, *The Judge's Case Management Powers regarding Evidence*, in *Rijavec/Keresteš/Ivanc*, *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, 2016, S. 133. [Im Print: Fußnote 10 auf Seite 675]

- 11 11) *T. Ivanc*, Theoretical Background of Using Information Technology in Evidence Taking, in Rijavec/Keresteš/Ivanc, Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, 2016, S. 265. [Im Print: Fußnote 11 auf Seite 675]
- 12 12) *Bain v Whitehaven Ry.* (1850) 3 HLC. 1, 19; *S. Phipson*, On Evidence, 16<sup>th</sup> ed. 2005, No. 1–20. [Im Print: Fußnote 12 auf Seite 675]
- 13 13) Private Intern. Law, 15<sup>th</sup> ed. 2017, p. 80. [Im Print: Fußnote 13 auf Seite 675]
- 14 14) Vgl. *H. Schack*, IVZR, Rz. 790; *R. Geimer*, IZPR, Rz. 2274, 2302 f. [Im Print: Fußnote 14 auf Seite 675]
- 15 15) Vgl. *H. Batiffoll/P. Lagarde*, no. 707. [Im Print: Fußnote 15 auf Seite 675]
- 16 16) Décret 80–533 du 15 Juillet 1980; modifié par Décret 2004–836 du 20 Août 2004; *E. Jeuland*, Le changement de rôle des témoins ... en France, in Walker/Chase, Common Law Civil Law ..., 2010, p. 193, 195. [Im Print: Fußnote 16 auf Seite 676]
- 17 17) Vgl. *Dalloz*, Code civil, 104. Aufl. 2005, Art. 1341 cc N. 18 ff. [Im Print: Fußnote 17 auf Seite 676]
- 18 18) *Dalloz*, Code civil, 104. Aufl. 2005, Art. 1341 N. 13 ff. [Im Print: Fußnote 18 auf Seite 676]
- 19 19) *Dalloz*, Code civil, 104. Aufl. 2005, Art. 1341 N. 24 ff. [Im Print: Fußnote 19 auf Seite 676]
- 20 20) Auskunft von *A. Kaisis*, Thessaloniki. [Im Print: Fußnote 20 auf Seite 676]
- 21 21) *Fiore*, zitiert nach *F. Meili*, Das internationale Zivilprozessrecht, 1906, S. 407. [Im Print: Fußnote 21 auf Seite 676]
- 22 22) *F. Gamillscheg*, FS Wieacker, 1978, S. 235. [Im Print: Fußnote 22 auf Seite 676]
- 23 23) *M. Cappelletti/J. Perillo*, Civil Procedure in Italy, S. 217. [Im Print: Fußnote 23 auf Seite 676]
- 24 24) Vgl. *D. Coester-Waltjen*, Rz. 443 ff., 460 ff., 520. [Im Print: Fußnote 24 auf Seite 676]
- 25 25) *H. Niederländer*, RabelsZ 20 (1955), 51. [Im Print: Fußnote 25 auf Seite 676]
- 26 26) *P. H. Neuhaus*, RabelsZ 20 (1955), 238. [Im Print: Fußnote 26 auf Seite 677]
- 27 27) *Dicey, Morris & Collins*, Conflict of Laws, Vol. 2, 16<sup>th</sup> ed. 2022, Ch. 32, no. 32-055 f (p. 1813 f.); *R. Geimer*, IZPR, Rz. 2303; krit. zu dieser Lösung *D. Coester-Waltjen*, Rz. 620. [Im Print: Fußnote 27 auf Seite 677]
- 28 28) Vgl. *Spellenberg* in MünchKomm/BGB, Art. 18 Rom I-VO Rz. 28, 32, 39. [Im Print: Fußnote 28 auf Seite 677]
- 29 29) So auch *R. Geimer*, IZPR, Rz. 2329; *Spellenberg* in MünchKomm/BGB, Art. 18 Rom I-VO Rz. 34 f., 39 f. [Im Print: Fußnote 29 auf Seite 677]
- 30 30) *Dicey, Morris & Collins*, Conflict of Laws, Vol 2, 16<sup>th</sup> ed., 2022, Rule 217 no. 32-156 et seq (p. 1863 ff.). [Im Print: Fußnote 30 auf Seite 677]
- 31 31) Rule 19 (a) Transnational Principles of Civil Procedure; vgl. *H. Kronke*, S. 77, 79. [Im Print: Fußnote 31 auf Seite 677]
- 32 32) Vgl. *D. Coester-Waltjen*, Rz. 521 ff. [Im Print: Fußnote 32 auf Seite 677]
- 33 33) *R. Geimer*, IZPR, Rz. 2329a; *Spellenberg* in MünchKomm/BGB, Art. 18 Rom I-VO Rz. 38; *D. Coester-Waltjen*, Rz. 530 ff., 538. [Im Print: Fußnote 33 auf Seite 677]
- 34 34) Vgl. *H. Schack*, IZVR, Rz. 820 f. [Im Print: Fußnote 34 auf Seite 678]
- 35 35) *S. Chiarloni*, The Value of Witness Evidence, S. 209, 227. [Im Print: Fußnote 35 auf Seite 678]