

Louis M. Roer\*

## Beweisrecht und ordre public

### Abstract

Trotz weitreichender Rechtsharmonisierung unterscheidet sich das Zivilverfahrensrecht von Staat zu Staat. Selbst innerhalb des kontinentalen Rechtskreises zeigen sich Unterschiede innerhalb des Verfahrens-, insbesondere innerhalb des Beweisrechts. Dies wurde in einer Entscheidung des BGH vom 4.6.2017 über die Anerkennung und Vollstreckung einer Schweizer Entscheidung deutlich. Der BGH befasste sich mit der Frage, wann die Andersartigkeit des Beweisrechts mit dem ordre public kollidiert. Gegenstand dieses Beitrags ist es, den Inhalt des verfahrensrechtlichen ordre public darzustellen, um anschließend an diesem Maßstab die Entscheidung des BGH kritisch zu würdigen. Dabei wird auf den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit, das Recht auf Beweis und das Recht auf rechtliches Gehör eingegangen.

Despite far-reaching legal harmonization, civil proceedings differ from state to state. Even within the continental legal system, there are differences within the procedural law, in particular within the law of evidence. This became particularly clear in a decision of the German Federal Court of Justice (BGH) of 4.6.2017 on the recognition and enforcement of a Swiss decision. The BGH dealt with the question, when the difference between the law of evidence and the public policy doctrine collide. The object of this paper is to present the content of the procedural public policy doctrine to critically assess the BGH's decision against this standard. In this context, this paper especially deals with the principle of procedural equality of arms, the right to evidence and the right to a fair hearing.

---

\* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Er ist als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer tätig. Der Beitrag basiert maßgeblich auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) im Sommersemester 2019 gestellt wurde. Er ist zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 4.6.2017 – IX ZB 19/16, EuZW 2017, 623. Sämtliche Online-Quellen wurden zuletzt am 21.12.2019 abgerufen.

## Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	317
B. Andersartigkeit des Beweisrechts und <i>ordre public</i> .....	318
I. Grundsatz der Geltung der <i>lex fori</i> im Beweisrecht.....	318
II. Anerkennung und Vollstreckung: Anwendbares Recht .....	319
III. Funktion und Voraussetzungen des <i>ordre public</i> .....	320
IV. Ergebnis .....	330
C. Besprechung von <i>BGH</i> , Beschl. v. 4.6.2017 – IX ZB 19/16 .....	330
I. Einführung.....	330
II. Würdigung.....	335
III. Fazit und Ausblick.....	346
D. Thesen.....	347

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019  
Heft 2

eISSN:  
2629-7132

Website:  
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Roer*, StudZR-WissOn 2019, S. 315-348

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69283

## A. Einleitung

„Ja, gute Frau, durch zweyer Zeugen Mund  
Wird allernwegs die Wahrheit kund“<sup>1</sup>

Mit diesen Worten verspricht *Mephistopheles* *Marte*, *Faust* und er würden den vermeintlichen Tod von *Martes* Ehemann vor dem Richter bezeugen. Der Richter wäre nach *Mephistopheles* Beweisregel an das übereinstimmende Zeugnis zweier Zeugen gebunden, auch wenn er deren Aussage für nicht glaubhaft hielte.

Das deutsche Prozessrecht kennt solche Beweisregeln mit festem Beweiswert nicht mehr.<sup>2</sup> Andere Rechtsordnungen kennen<sup>3</sup> oder kannten<sup>4</sup> aber noch derartige Beweisregeln. Zumindest legt dies das Rechtsmittel einer deutschen Patientin nahe, die ihren Arzt erfolglos in der Schweiz verklagte und sich nun gegen die Vollstreckung des Urteils in Deutschland mit der Argumentation wehrte, die Schweizer Entscheidung sei aufgrund einer starren Beweisregel ergangen. Indes hatte die ehemalige Patientin mit ihrem auf den *ordre public* gestützten Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung auch im Zweitstaat keinen Erfolg: Der *BGH* verwarf mit Beschluss vom 4.6.2017 ihr Rechtsmittel. Zehn Jahre nachdem die Klägerin die Klage im Schweizer Meilen erhoben hatte, konnte der verklagte Arzt seine Prozesskosten liquidieren.

Zwar ist der Beschluss des *BGH*, der hier später Gegenstand einer Besprechung sein soll, in der Literatur allgemein auf Zustimmung gestoßen;<sup>5</sup> gleichwohl gibt er Anlass, zum Verhältnis von Beweisrecht und *ordre public* Stellung zu nehmen.

Im ersten Teil dieses Beitrags wird gezeigt, wann der Vollstreckungsschuldner im Zweitstaat mit dem *ordre public* die Vollstreckung eines fremden Titels abwenden

<sup>1</sup> *Goethe*, *Faust* I, Verse 3013, 3014.

<sup>2</sup> *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7. Aufl. 2017, Rn. 772.

<sup>3</sup> Siehe z. B. den Parteieid im französischen Recht, Art. 317–322 *Code de Procédure Civile*: Eine Partei kann der anderen einen Eid zuschieben. Nimmt die Partei, der der Eid zugeschoben wurde, den Eid nicht vor, ist das Gericht an das von der anderen Partei Behauptete gebunden. Vgl. dazu: *Nagel/Gottwald*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. Aufl. 2013, § 10 Rn. 114, 122; *Coester-Waltjen*, *Internationales Beweisrecht*, 1983, Rn. 607–618. Die deutsche CPO kannte den Parteieid bis 1933: *Abrens*, *Der Beweis im Zivilprozess*, 2015, Kap. 40 Rn. 22 ff.

<sup>4</sup> Viele Staaten haben den Parteieid bereits abgeschafft: *Stürner*, Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozeß, in: FS Ishikawa, 2001, S. 529 (533 f.).

<sup>5</sup> Vgl. *Abrens*, Anmerkung zu *BGH*: Urteilsanerkennung und ausländische Beweisregeln, LMK 2017, 392670; *Meller-Hannich*, Zwangsvollstreckung: Vollstreckbarerklärung bei abweichendem ausländischen Prozessrecht, MDR 2017, 932 ff.; *Salger*, Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, IWRZ 2017, 282 f.; *Linke/Hau*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. 13.38; *Baetge*, in: *jurisPK-BGB*, 8. Aufl. 2017, Ed. 3.7.2018, Art. 6 EGBGB Rn. 41.2.

kann (**B.**). Im zweiten Teil wird der Beschluss des *BGH* unter Berücksichtigung des ersten Teils besprochen (**C.**). Schließlich werden die Ergebnisse dieses Beitrags in Thesen festgehalten (**D.**).

## **B. Andersartigkeit des Beweisrechts und *ordre public***

Der Beitrag beginnt mit der Darstellung, wann der Zweitstaat eine Entscheidung wegen des fremden Beweisrechts nicht vollstrecken darf. Zunächst soll gezeigt werden, dass die Gerichte grundsätzlich ihr eigenes Prozessrecht anwenden und so das Beweisrecht als Teil des Prozessrechts vom deutschen Verständnis abweichen kann (**I.**). Sodann sollen die Grundzüge des in der Anerkennung und Vollstreckung anwendbaren Rechts dargelegt werden (**II.**). Anschließend soll die Funktion des *ordre public* im Allgemeinen und die des verfahrensrechtlichen *ordre public* im Speziellen erläutert werden (**III.**).

### **I. Grundsatz der Geltung der *lex fori* im Beweisrecht**

Ausländische Verfahren richten sich nach einem fremden Prozessrecht, nämlich nach dem Recht am Ort des Gerichts, der *lex fori*.<sup>6</sup> Als Teil des Prozessrechts richtet sich das Beweisverfahren nach der *lex fori*, die damit etwa die zulässigen Beweismittel und die Beweiswürdigung bestimmt.<sup>7</sup> Der Gegenstand des Beweises und auch die Beweislast richtet sich hingegen nach der *lex causae*, dem Recht des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.<sup>8</sup> Sehr umstritten und nicht Gegenstand dieses Beitrags sind andere Aspekte des Beweisrechts, wie die richtige Qualifizierung des Beweismaßes.<sup>9</sup> Sollte ein Schweizer Verkäufer einen deutschen Käufer auf Kaufpreiszahlung vor einem deutschen Gericht verklagen und beide zulässigerweise eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts getroffen haben, wendeten die deutschen Gerichte hinsichtlich der Frage, welche Beweismittel zulässig sind, dennoch das deutsche Prozessrecht an.<sup>10</sup> Das deutsche Recht kennt fünf Mittel des Strengbeweises: Augenschein, Zeugen, Urkunden, Sachverständige und Parteivernehmung.<sup>11</sup> Mithin könnte der Schweizer das Vorliegen des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung nur mithilfe dieser Beweismittel des Strengbeweises führen. Auch auf die Beweiswürdigung wäre

<sup>6</sup> Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 319.

<sup>7</sup> Prütting, in: MüKo-ZPO I, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 20; Schack (Fn. 2), Rn. 738, 757, 772; Bücken, Internationales Beweisrecht im Europäischen internationalen Schuldrecht, 2016, S. 163 Fn. 132 m. w. N.

<sup>8</sup> Prütting, in: MüKo-ZPO I (Fn. 7), § 286 Rn. 20; Nagel/Gottwald (Fn. 3), § 10 Rn. 42, 67.

<sup>9</sup> Z. B. für die Geltung der *lex causae*: Geimer (Fn. 6), Rn. 2334; umfassend dazu: Coester-Waljen (Fn. 3), *passim* und Bücken (Fn. 7), *passim*.

<sup>10</sup> Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 111 Rn. 27; für die Schweiz: Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. 2012, § 6 III 1.

<sup>11</sup> Bacher, in: BeckOK-ZPO, Ed. 34, 1.9.2019, § 284 Rn. 11.

das deutsche Prozessrecht anwendbar. Die Frage, wer die Beweislast trägt, würde jedoch nach dem Schweizer Recht beantwortet, der *lex causae*, vgl. auch Art. 18 Abs. 1 Rom I-VO.

Unterschiede der zulässigen Beweismittel und in der Beweiswürdigung zwischen der jeweiligen *lex fori* können zu Konflikten in der Anerkennung und Vollstreckung führen. Ein solcher Konflikt ist Gegenstand der unten besprochenen Entscheidung des BGH.

## II. Anerkennung und Vollstreckung: Anwendbares Recht

Ist eine Entscheidung im Ausland ergangen, hängt das auf die Anerkennung und Vollstreckung anwendbare Recht von der Herkunft des Titels ab. Will eine Partei einen Titel aus der EU außer Dänemark im Inland vollstrecken lassen, richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung in einer Zivil- und Handelssache in der Regel entweder nach der EuGVVO<sup>12</sup> oder nach ihrer Vorgängerversion, der EuGVVO 2001<sup>13</sup>. Soll ein Titel aus den EFTA-Staaten außer Liechtenstein anerkannt und vollstreckt werden, kommt das Übereinkommen von Lugano<sup>14</sup> oder dessen Vorgängerversion<sup>15</sup> in Betracht. Die Anerkennung und Vollstreckung eines Titels aus einem Drittstaat ohne völkerrechtliches Ab- oder Übereinkommen, wie Liechtenstein, richtet sich nach den §§ 328, 723 ZPO, dem autonomen Anerkennungs- und Vollstreckungsrecht der ZPO.

Bis auf die EuGVVO ist den hier genannten Rechtsinstituten gemein, dass sie ausländische Urteile zwar automatisch anerkennen, jedoch für die Vollstreckung das Exequatur voraussetzen.<sup>16</sup> Es bedarf also einer Entscheidung eines inländischen Gerichts, welche die ausländische Entscheidung für vollstreckbar erklärt, eines Exequators. Mit Inkrafttreten der EuGVVO entfällt auch das Exequatur; für die Klauselerteilung bedarf es daher nur noch des Ausfüllens eines Formblatts, Art. 53 EuGVVO. Für den Titelgläubiger ist die Abschaffung des Exequators eine Vereinfachung.<sup>17</sup> Für die Wirtschaft insgesamt ist eine

<sup>12</sup> VO (EU) Nr. 1215/2012, Abl. EU L 351 v. 20.12.2012, S. 1–32 (Brüssel Ia-VO, „EuGVVO“).

<sup>13</sup> VO (EG) Nr. 44/2001, Abl. L 12 v. 16.1.2001, S. 1–23 (Brüssel I-VO, „EuGVVO 2001“).

<sup>14</sup> Beschluss des Rates 2009/430/EG, Abl. L 147 v. 10.6.2009, S. 5–43 (Lugano-Übereinkommen, „LugÜ“).

<sup>15</sup> EU-Dok.-Nr. 4 1988 A 0592, Abl. L 319 v. 25.11.1988, S. 9–48 („LugÜ 1988“).

<sup>16</sup> Siehe zum Exequatur: Art. 38 ff. LugÜ; Art. 38 ff. EuGVVO 2001; §§ 722 f. ZPO; im Gegensatz dazu: Art. 39 EuGVVO. Siehe zum Grundsatz der automatischen Anerkennung: Roth, in: Stein/Jonas V, 23. Aufl. 2015, § 328 Rn. 5.

<sup>17</sup> Geimer (Fn. 6), Rn. 3174m, der darauf hinweist, dass durch die Exequaturabschaffung nur die Handlungslast umgekehrt wird: Musste vorher der Gläubiger aktiv die Vollstreckung beantragen, muss nun der Schuldner aktiv werden, um diese zu versagen.

zunehmende Urteilsfreizügigkeit ebenfalls förderlich.<sup>18</sup> Die Europäische Kommission wollte indes über die Streichung des Exequaturs hinaus auch den *ordre public*-Vorbehalt abschaffen.<sup>19</sup> Mit diesem Anliegen war sie bisher nur in wenigen Rechtsakten erfolgreich.<sup>20</sup> Denn Konsens besteht darüber, dass dem Zweitstaat die Möglichkeit verbleiben muss, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel abzuwehren.<sup>21</sup> Eine solche Möglichkeit bietet der *ordre public*.

### III. Funktion und Voraussetzungen des *ordre public*

Der *ordre public* ist ein zentrales Institut des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, das fast alle Rechtsordnungen kennen.<sup>22</sup> Ziel dieses Abschnitts ist zu zeigen, dass die Andersartigkeit des Beweisrechts nur ausnahmsweise gegen den *ordre public* verstößt. Dazu soll zunächst die Funktion des *ordre public* im Allgemeinen beleuchtet werden (1.). Darauf aufbauend soll die Schwelle des verfahrensrechtlichen *ordre public* im Speziellen nach der BGH-Rechtsprechung dargestellt werden (2.). Schließlich soll gezeigt werden, welche Rechte der verfahrensrechtliche *ordre public* in Bezug auf das Beweisrecht schützt (3.).

#### 1. Funktion des *ordre public* im Allgemeinen

Zentrales Schutzgut des *ordre public* ist nicht die staatliche Autorität. Vielmehr prägen den *ordre public* Gedanken der materiellen Gerechtigkeit im Zweitstaat.<sup>23</sup> Der *ordre public* dient nur dazu, das Ergebnis einer Rechtsanwendung im Einzelfall abzuwehren.<sup>24</sup>

##### a) Kollisionsrechtlicher und anerkennungsrechtlicher *ordre public*

Der *ordre public* wird zuvörderst in zwei Konstellationen relevant: Zum einen bei der Anwendung fremden Rechts aufgrund des Internationalen Privatrechts (kollisionsrechtlicher *ordre public*) und zum anderen bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Zweitstaat (anerkennungsrechtlicher *ordre public*).<sup>25</sup> Im erstgenannten Fall wird eine ausländische Norm, die nach den Regeln des Internationalen Privatrechts Anwendung fände, nicht

<sup>18</sup> Vgl. *Schack* (Fn. 2), Rn. 877, 880.

<sup>19</sup> Dazu: *Stürner*, in: BeckOGK-EGBGB, Stand: 1.11.2019, Art. 6 Rn. 233–237; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III, 5. Aufl. 2017, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 12.

<sup>20</sup> Keinen *ordre public*-Vorbehalt kennt u. a. die VO (EG) Nr. 805/2004 v. 21.4.2004, ABl. L 143 v. 30.4.2004, S. 15–40, ber. ABl. L 050 v. 23.2.2008, S. 71, („EuVTVO“).

<sup>21</sup> Vgl. *Schack* (Fn. 2), Rn. 123, 1054, 1059b.

<sup>22</sup> *Stürner*, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 32.

<sup>23</sup> *Roth*, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 100; vgl. auch *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 518.

<sup>24</sup> *Kegel/Schurig* (Fn. 23), S. 526 f.

<sup>25</sup> *Frey/Pfeifer*, Der *ordre public* – die öffentliche Ordnung: derselbe Begriff, verschiedene Funktionen – ein Rechtsprinzip?, EuR 2015, 721 (723 f.).

angewandt, wenn das Ergebnis dieser Rechtsanwendung mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts nicht übereinstimmt.<sup>26</sup> Im letztgenannten Fall ist der *ordre public* erneut zweigliedrig: Die Partei kann sich auf den verfahrensrechtlichen und den materiellen anerkennungsrechtlichen *ordre public* berufen.<sup>27</sup> Während der verfahrensrechtliche ankerkennungsrechtliche *ordre public* das Abweichen des Verfahrens von den Grundvorstellungen des deutschen Prozessrechts betrifft,<sup>28</sup> greift der materielle ankerkennungsrechtliche *ordre public*, wenn die Entscheidung gegen die Grundvorstellungen des deutschen Sachrechts verstößt.<sup>29</sup> Hinsichtlich des materiellen anerkennungsrechtlichen *ordre public* wird vertreten, der Maßstab sei verglichen mit dem kollisionsrechtlichen ein abgeschwächter. Der BGH spricht diesbezüglich vom „*ordre public international*“. Dies soll auf die Anerkennungsfreundlichkeit des deutschen Rechts gegenüber ausländischen Urteilen i. S. e. *ordre public international atténué* hinweisen.<sup>30</sup> Der *ordre public international atténué* geht von den Gedanken aus, dass die Schwelle des anerkennungsrechtlichen *ordre public* höher als die des kollisionsrechtlichen sei. Denn bei der Vollstreckung wendet der Richter gar kein fremdes Recht mehr an; er lässt lediglich den nach fremdem Recht ergangenen Titel vollstrecken. Die Vollstreckung eines Titels, der nach einem potentiell *ordre public*-widrigen Sachrecht eines fremden Staats erging, sei aber weniger verwerflich als die direkte Anwendung des potentiell *ordre public*-widrigen Sachrechts des Erststaates aufgrund des Kollisionsrechts durch den Zweirichter.<sup>31</sup> In der Vollstreckung störte der Zweirichter außerdem den internationalen Entscheidungseinklang, wenn er den Titel nicht vollstreckte.<sup>32</sup>

Der anerkennungsrechtliche *ordre public* dient nicht dazu, die Entscheidung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, sei es nach dem fremden Recht oder nach dem eigenen Recht.<sup>33</sup> Eine sogenannte *révision au fond*, also die Überprüfung der ergangenen Entscheidung in der Sache, ist in den einschlägigen Rechtsinstrumenten verboten.<sup>34</sup> Ziel der *ordre public*-Prüfung ist ebenfalls nicht, das eigene Recht über das fremde zu stellen; dieses ist grundsätzlich und trotz Abweichungen zum deutschen Recht zu respektieren.<sup>35</sup> Vielmehr prägt den *ordre*

<sup>26</sup> Geimer (Fn. 6), Rn. 24.

<sup>27</sup> Kegel/Schurig (Fn. 23), S. 530.

<sup>28</sup> Roth, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 105.

<sup>29</sup> Ebd., § 328 Rn. 107.

<sup>30</sup> Vgl. Stürner, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 172 f.

<sup>31</sup> Roth, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 102 a. E.

<sup>32</sup> Linke/Hau (Fn. 5), Rn. 13.31; Stürner, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 160 f.

<sup>33</sup> Stürner, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 162.

<sup>34</sup> Siehe nur: Art. 52 EuGVVO, Art. 36, 45 Abs. 2 LugÜ.

<sup>35</sup> Vgl. Schack (Fn. 2), Rn. 953; Roth, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 105.

*public* der Gedanke, dass alle Rechtsordnungen gleichwertig sind – aber eben auch gleich fehleranfällig.<sup>36</sup>

b) *Entwicklung des ordre public*

Der Umfang des *ordre public* hat sich u. a. im Zuge der Rechtsharmonisierung in der EU verändert.<sup>37</sup> Spätestens seit dem *Spanier-Beschluss* des BVerfG<sup>38</sup> ist klar, dass das verwiesene Recht und dessen Anwendung durch die Gerichte im Einzelfall genauso grundrechtskonform sein muss wie innerstaatliches Recht.<sup>39</sup> Daher ist der Widerspruch zu den Grundrechten der wichtigste, wenn auch nicht der einzige Fall, in dem der *ordre public* eingreift.<sup>40</sup> Dies stellt Art. 6 S. 2 EGBGB ausdrücklich klar.

Neben den Schutz deutscher Grundwerte treten die europäischen Grundwerte, die so Teil des *ordre public* werden.<sup>41</sup> Der *EuGH* entschied im Jahr 2000 im Fall *Krombach ./.* *Bamberski* zu Art. 34 EuGVVO 2001, dass der *EuGH* die Grenzen der Auslegung des anerkennungsrechtlichen *ordre public* bestimmt.<sup>42</sup> Der *ordre public* sei als Ausnahme des Prinzips der Urteilsfreizügigkeit eng auszulegen; innerhalb der durch den *EuGH* vorgegebenen Grenzen obliege es aber den Gerichten der Mitgliedstaaten, zu entscheiden, ob ein *ordre public*-Verstoß vorliegt.<sup>43</sup> Zum gemeinsamen Verständnis des *ordre public* zählen damit die Menschenrechte aus der EMRK<sup>44</sup> sowie die Rechte der Grundrechtecharta.<sup>45</sup> Die Frage, ob der *ordre public* nur noch europäisch zu bestimmen ist und die nationalen Wertvorstellungen in einem europäischen *ordre public* aufgehen, wird diskutiert, scheint aber derzeit mit „Nein“ beantwortet zu werden.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> *Linke/Hau* (Fn. 5), Rn. 13.92.

<sup>37</sup> *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 271; *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2969a: „*Ordre public européen*“.

<sup>38</sup> BVerfGE 31, 58 ff.

<sup>39</sup> So im Anschluss an BVerfGE 31, 58: BVerfGE 92, 26 (49).

<sup>40</sup> *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 260.

<sup>41</sup> *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2969a.

<sup>42</sup> *EuGH*, Urt. v. 28.3.2000, C-7/98, *Krombach ./.* *Bamberski*, Rn. 23.

<sup>43</sup> *EuGH*, Urt. v. 28.4.2009, C-420/07, *Apostolides ./.* *Orams*, Rn. 57; Urt. v. 25.5.2016, C-559/14, *Meroni ./.* *Recoletos*, Rn. 40.

<sup>44</sup> *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 270; *Geimer*, in: Zöller, 33. Aufl. 2020, § 328 ZPO Rn. 218, 244.

<sup>45</sup> Vgl. *v. Hein*, in: MüKo-BGB XI, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 153. Auf die Grundrechtecharta geht dieser Beitrag nicht ein, er konzentriert sich auf das Grundgesetz und die EMRK.

<sup>46</sup> Dazu: *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public, 2013, § 4 *passim*; *Leible*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR I, 4. Aufl. 2015, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 5.

Für das LugÜ gelten die Grundsätze, die der *EuGH* aufgestellt hat, ebenfalls mittelbar. Die Vertragsstaaten des LugÜ haben in Protokoll 2 Art. 1 des LugÜ beschlossen, dass die Vertragsstaaten des LugÜ der einheitlichen Auslegung Rechnung tragen und die Entscheidungen des *EuGH* zur parallelen Verordnung, der EuGVVO 2001, berücksichtigen.

## 2. Verfahrensrechtlicher *ordre public* nach dem *BGH*

Die Schwelle des verfahrensrechtlichen *ordre public* ist sehr hoch: So nimmt der *BGH* in ständiger Rechtsprechung an, dass ein Verstoß nicht bereits vorliegt, wenn die Entscheidung in einem Verfahren erging, das von zwingenden Vorschriften des deutschen Prozessrechts abweicht.<sup>47</sup> Ein Versagungsgrund sei nur dann gegeben, wenn die Entscheidung des ausländischen Gerichts aufgrund eines Verfahrens ergangen sei, das sich von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße entfernt habe, dass nach der deutschen Rechtsordnung das Urteil nicht als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könne.<sup>48</sup> Nur diese Formel könne den Maßstab für den *ordre public international* bilden und nicht etwa die Kontrollfrage, ob ein deutscher Richter gegen tragende Grundsätze des deutschen Verfahrensrechts verstoßen hätte, wenn er wie das ausländische Gericht entschieden hätte.<sup>49</sup> Bei der Anwendung des verfahrensrechtlichen *ordre public international* sei auf die Grundsätze abzustellen, die Art. 103 Abs. 1 GG schützen wolle.<sup>50</sup>

## 3. Kriterien für das Beweisrecht

Die Hürden des verfahrensrechtlichen *ordre public* sind mithin hoch. Die vom *BGH* verwandte Formel ist jedoch wenig konkret. Der *BGH* verweist in der Regel bloß auf die Grundsätze, die Art. 103 Abs. 1 GG schützen möchte. Konkreter ist die Literatur: So soll kein Verstoß vorliegen, wenn der Richter die Beweislast anders beurteilt, den Sachverhalt im Hinblick auf Fiktionen oder unwiderlegliche Vermutungen nicht aufgeklärt oder Beweise anders gewürdigt hat.<sup>51</sup>

In diesem Beitrag soll gezeigt werden, dass der verfahrensrechtliche *ordre public* erst verletzt ist, wenn gegen ein Schutzgut des *ordre public* verstoßen wird (*a*) und

---

<sup>47</sup> BGHZ 48, 327 (331); 118, 312 (320 f.); *BGH*, NJW 1990, 2201 (2202 f.); NJW 2016, 160 (161 Rn. 12); NJW-RR 2012, 1013 (1014 Rn. 11).

<sup>48</sup> *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 8).

<sup>49</sup> *BGH*, NJW 2016, 160 (161 Rn. 12).

<sup>50</sup> *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 8).

<sup>51</sup> *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2962; *Mäsch*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 34 Brüssel I-VO Rn. 15.

wenn der Verstoß derart wesentlich ist, dass das Verfahren nicht mehr als geordnet und rechtsstaatlich angesehen werden kann (*b*)).

*a) Verstoß gegen ein Schutzgut*

Der Verstoß gegen den *ordre public* setzt zunächst nach deutschen Maßstäben einen Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, das Recht auf Beweis und/oder den Grundsatz der Waffengleichheit voraus.

*aa) Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG*

Das Recht auf rechtliches Gehör findet sich in Art. 103 Abs. 1 GG. Ein direkter Rückgriff auf Art. 103 Abs. 1 GG ist dann möglich, wenn das Gesetz keine einfachrechtliche Ausformung kennt,<sup>52</sup> wie z. B. § 321a ZPO. Der BGH erkennt innerhalb von Art. 103 Abs. 1 GG das Gebot der Rechtsstaatlichkeit, die Achtung der Menschenwürde und ein Verbot willkürlicher Entscheidungen.<sup>53</sup> So gebiete die Rechtsstaatlichkeit, dass der Betroffene vor der Gerichtsentscheidung das Recht zur Äußerung haben müsse.<sup>54</sup> Die Menschenwürde verlange, dass der Beteiligte nicht zu einem bloßen Verfahrensobjekt herabgesetzt werde, indem ihm das Gericht keinerlei aktiven Einfluss auf die Verfahrensgestaltung erlaube.<sup>55</sup> Das Recht zur Äußerung zu Beginn des Verfahrens wird durch spezialgesetzliche Ausprägungen des *ordre public* geschützt, nach denen das verfahrenseinleitende Schriftstück zugegangen sein muss,<sup>56</sup> siehe z. B. Art. 34 Nr. 2 LugÜ. Darüber hinaus muss die Möglichkeit bestehen, aktiv am Verfahren teilnehmen zu können. Einschränkungen können hier aber gerechtfertigt sein.<sup>57</sup> Schließlich wendet der BGH Art. 103 Abs. 1 auch i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG an, um eine Willkürkontrolle durchzuführen.<sup>58</sup>

*bb) Recht auf Beweis*

Das Grundgesetz kennt zudem ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf Beweis; dieses ist daher Teil des verfahrensrechtlichen *ordre public*.

*(1) Herleitung des Rechts auf Beweis*

Das Recht auf Beweis ergibt sich aus dem Gewaltmonopol des Staates: Da die Bürger ihre Rechte nicht im Wege der Selbstjustiz durchsetzen können, muss ihnen der Staat eine Plattform zur Durchsetzung ihrer materiellen Rechte

<sup>52</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 10), § 82 Rn. 1.

<sup>53</sup> Vgl. Jüngst (Fn. 46), S. 73 zu BGHZ 182, 188.

<sup>54</sup> BGHZ 182, 188 (196 Rn. 26).

<sup>55</sup> BGH, NJW 2016, 160 (161 Rn. 13).

<sup>56</sup> Linke/Hau (Fn. 5), Rn. 13.18.

<sup>57</sup> BGHZ 182, 204 (212 Rn. 26).

<sup>58</sup> BGHZ 182, 188 (199 Rn. 31).

bieten.<sup>59</sup> Wenn die Parteien wegen des Beibringungsgrundsatzes die für sie günstigen Tatsachen darzulegen haben, muss ihnen die Möglichkeit gewährt werden, das Gericht durch Beweis zu überzeugen.<sup>60</sup> Sonst entschiede das Gericht immer nach Beweislast, weil die beweisbelastete Partei das Gericht *a priori* nicht überzeugen könnte – anders gewendet, die beweisbelastete Partei verlöre immer.<sup>61</sup> Um das zu verhindern, muss der Staat den Bürgern ein Recht auf Beweis gewährleisten.

## (2) Dogmatische Einordnung

### (a) Recht auf Beweis im Grundgesetz

Die Einordnung des Rechts auf Beweis ist umstritten.<sup>62</sup> Das *BVerfG* hat den Begriff „Recht auf Beweis“ noch nicht ausdrücklich verwandt.<sup>63</sup> Es erkennt aber aus „Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. den Grundsätzen der ZPO“ die Verpflichtung der Gerichte an, erhebliche Beweisanträge zu berücksichtigen.<sup>64</sup> Ein Verstoß liegt dann vor, wenn die Nichtberücksichtigung eines (entscheidungs-)erheblichen Beweisantrags im Prozessrecht keine Stütze findet.<sup>65</sup> Ferner wird das Recht auf Beweis aus dem Justizgewährungsanspruch hergeleitet.<sup>66</sup> Dessen Herleitung selbst ist umstritten, der Justizgewährungsanspruch ist im Ergebnis aber anerkannt.<sup>67</sup> Wegen der verfassungsrechtlichen Grundlage des Rechts auf Beweis gehört dieses damit zum Schutzgut des *ordre public*.

### (b) Recht auf Beweis aus Art. 6 Abs. 1 EMRK

Ob darüber hinaus Art. 6 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Beweis enthält, ist nicht geklärt.<sup>68</sup> Einerseits spricht sich *Abrens* für ein gleichlaufendes Recht auf Beweis aus der EMRK aus.<sup>69</sup> Andererseits argumentiert *Scherpe*, wegen der nationalen

<sup>59</sup> *Habscheid*, Das Recht auf Beweis, ZZZP 96 (1983), 306 (306 f.).

<sup>60</sup> *Scherpe*, Recht auf Beweis und Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess, ZZZP 129 (2016), 153 (168).

<sup>61</sup> *Nissen*, Das Recht auf Beweis im Zivilprozess, 2019, S. 139.

<sup>62</sup> Dazu umfassend: *ebd.*, S. 148–198.

<sup>63</sup> *Ebd.*, S. 148.

<sup>64</sup> *Ebd.*, S. 152 m. w. N. zur Rechtsprechung des *BVerfG*: u. a. *BVerfG*, NJW 2009, 1585 (1586).

<sup>65</sup> *BVerfG*, NJW 2009, 1585 (1586 Rn. 29); so auch *BGH*, NJW-RR 2007, 1033 f.; *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 85 Fn. 4 m. w. N.

<sup>66</sup> *Habscheid* (Fn. 59), S. 308; *Greger*, in: Zöllner (Fn. 44), Vor § 284 Rn. 8.

<sup>67</sup> Das *BVerfG* stützt den Justizgewährungsanspruch auf Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG: *BVerfGE* 107, 395 (401); vgl. auch: *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, 11. Aufl. 2019, Einl. Rn. 45.

<sup>68</sup> Nach Analyse der Rechtsprechung des *EGMR* verneinend: *Wörner*, Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung, 2019, S. 143, der ein verfassungsrechtlich verankertes Recht auf Beweis insgesamt ablehnt, *ebd.*, S. 218 ff.

<sup>69</sup> *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 84.

Unterschiede im Beweisrecht sei der Gewährleistungsgehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK gering und beschränke sich daher auf eine Basisgarantie.<sup>70</sup> Der EGMR betrachte auch nicht einzelne Verfahrensabschnitte abstrakt, sondern prüfe nur, ob das Ergebnis insgesamt fair war.<sup>71</sup> Jedenfalls ginge der Gewährleistungsgehalt nicht weiter als der verfassungsrechtliche, sodass es einer weiteren Festlegung hier nicht bedarf.

### (3) Inhalt und Grenzen des Rechts auf Beweis

Das Recht auf Beweis gewährleistet einen Zivilprozess, in dem die Parteien ihre Rechte effektiv durchsetzen können.<sup>72</sup> Der Zivilprozess dient insbesondere der Durchsetzung der subjektiven Rechte Privater untereinander.<sup>73</sup> Das Recht auf Beweis bedeutet aber nicht, dass eine Partei mit ihrem Beweis durchdringen muss oder Beweise von Amts wegen erhoben werden müssen.<sup>74</sup> Unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes muss die Partei den Beweisantrag stellen.<sup>75</sup> Beweisanträge können aus formellen oder materiellen Gründen,<sup>76</sup> oder wenn sie offensichtlich ungeeignet sind,<sup>77</sup> zurückgewiesen werden. Darüber hinaus bedarf ein Zurückweisen von Beweisanträgen der Rechtfertigung.<sup>78</sup> Liegt keine Rechtfertigung vor, verstößt die Nichtberücksichtigung gegen das Recht auf Beweis.<sup>79</sup> Mit den Worten des *BVerfG*: „Die Nichtberücksichtigung eines solchen [sc. erheblichen] Beweisangebots verstößt daher dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet“.<sup>80</sup>

So darf ein Beweisantrag nicht zurückgewiesen werden, weil der Richter die Behauptung für unwahrscheinlich hält.<sup>81</sup> Dieses Vorgehen entspräche einer vorweggenommenen Beweiswürdigung: Das Recht auf Beweis verbietet, dass der Richter ein Beweismittel *a priori* höher als das andere bewertet.<sup>82</sup> Die eingangs erwähnte Regel „[z]weier Zeugen Mund, tut allerwegs die Wahrheit kund“ wäre als starre Beweisregel mit dem Recht auf Beweis unvereinbar. Eine im Kern ähnliche unterinstanzliche Rechtsprechung hob der *BGH* auf. Dort hatten die

<sup>70</sup> *Scherpe* (Fn. 60), S. 156.

<sup>71</sup> *Ebd.*; *Matscher*, in: Oepen, Bericht über die Diskussion zum Thema „Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts“, *ZZP* 113 (2000), 347 (353).

<sup>72</sup> Vgl. *Nissen* (Fn. 61), S. 138 f.

<sup>73</sup> *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein* (Fn. 67), Einl. Rn. 3.

<sup>74</sup> *Abrens*, in: *Wieczorek/Schütze II/2*, 4. Aufl. 2012, § 284 Rn. 5.

<sup>75</sup> *BVerfG*, *NJW* 2008, 2170 (2171 Rn. 16).

<sup>76</sup> *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 88.

<sup>77</sup> *BVerfG*, *NJW* 1993, 254 (255).

<sup>78</sup> *Prütting*, in: *MüKo-ZPO I* (Fn. 7), § 284 Rn. 18.

<sup>79</sup> *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 88.

<sup>80</sup> *BVerfG*, *NJW* 2009, 1585 (1586 Rn. 21).

<sup>81</sup> *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 89.

<sup>82</sup> *Prütting*, in: *MüKo-ZPO I* (Fn. 7), § 286 Rn. 15.

Gerichte Zeugenaussagen von Beifahrern nach Autounfällen keinen Beweiswert beigemessen.<sup>83</sup> Bei der „Zwei-Zeugen-Regel“ wird dem Beweismittel *a priori* ein fester Wert beigemessen, während bei der „Beifahrer-Regel“ dem Beweismittel *a priori* kein Wert beigemessen wird. Das ist unzulässig.<sup>84</sup>

(4) BGH, Beschl. v. 26.8.2009 – XII ZB 169/07

In einer Entscheidung des BGH von 2009 zum anerkennungsrechtlichen *ordre public* lässt sich das Recht zum Beweis in der Ausprägung des Willkürverbots erkennen. Der BGH versagte einem polnischen Vaterschaftsurteil die Anerkennung wegen eines *ordre public*-Verstoßes, weil das Erstgericht die Vaterschaft ausschließlich auf Hörensagen stützte, obschon der Antragsgegner im Erstverfahren angeboten hatte, einen Vaterschaftstest einzuholen.<sup>85</sup> Der BGH sah Art. 103 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Das BVerfG sähe hier wohl einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. den Grundsätzen der ZPO, wenn das Gericht einen erheblichen Beweisantrag nicht berücksichtigt hätte und diese Nichtberücksichtigung im Prozessrecht keine Stütze fände. Denn die Mitwirkung bei einem Vaterschaftstest durch den angeblichen Vater wäre ein geeignetes Mittel gewesen, den Gegenteilsbeweis zu führen.

(5) Zwischenergebnis

Für die Zwecke dieses Beitrags bleibt also festzuhalten, dass das Recht auf Beweis dann verletzt ist, wenn das Erstgericht willkürlich *prima facie* geeignete Beweisanträge übergeht, einen Beweis im Wege der vorweggenommenen Beweiswürdigung nicht erhebt oder wegen starrer Beweiswürdigungsregeln einem angebotenen Beweis einen festen Beweiswert beimisst.

c) Recht auf prozessuale Waffengleichheit

Der *ordre public* umfasst auch das Recht auf prozessuale Waffengleichheit, welches sowohl im Grundgesetz als auch in der EMRK verbürgt ist.

(1) Prozessuale Waffengleichheit im Grundgesetz

Anerkannt ist, dass das Grundgesetz ein Recht auf Waffengleichheit für den Zivilprozess kennt; fraglich ist die Rechtsgrundlage.<sup>86</sup> Es wird u. a. als Ausfluss

---

<sup>83</sup> BGH, NJW 1988, 566 (567); kritisch dazu: Foerste, Parteische Zeugen im Zivilprozess, NJW 2001, 321 (323 f.).

<sup>84</sup> Walter, Beweiswert der Aussagen von Sympathisanten eines Unfallbeteiligten, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.11.1987 – VI ZR 95/87, NJW 1988, 567 (567).

<sup>85</sup> BGHZ 182, 188 (199 Rn. 31).

<sup>86</sup> Schack, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZP 129 (2016), 393 (395 f.), hält den Begriff „Chancengleichheit“ für vorzugswürdig.

von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und 3 GG einerseits<sup>87</sup> oder als spezielle Ausprägung von Art. 3 Abs. 1 GG andererseits aufgefasst.<sup>88</sup> Das *BVerfG* hat in zwei aktuellen presserechtlichen Entscheidungen das Recht in Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verortet,<sup>89</sup> aber auf den Zusammenhang zu Art. 103 Abs. 1 GG hingewiesen.<sup>90</sup> Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verlangt, dass die Prozessrisiken möglichst gleich zu verteilen sind.<sup>91</sup> Beiden Parteien müssen formell dieselben Chancen gewährt werden.<sup>92</sup>

## (2) Prozessuale Waffengleichheit in Art. 6 Abs. 1 EMRK

Ebenfalls kennt Art. 6 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Waffengleichheit.<sup>93</sup> Dessen Gehalt wurde durch die *Dombo Bebeer*-Entscheidung des *EGMR*<sup>94</sup> geprägt: Jeder Partei müsse eine vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden, ihren Fall, einschließlich ihrer Aussagen zu Beweis Zwecken, vor Gericht unter den Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zum Prozessgegner bedeuteten.<sup>95</sup> Der *EGMR* konkretisierte diese Formel in der *Ankerl*-Entscheidung<sup>96</sup>: Ein substantieller Nachteil liege im Ergebnis nicht vor, wenn eine Seite zwar einen Zeugen mit Beweiswert stellen kann und die andere Seite nicht; die zeugenlose Seite aber angehört und das Ergebnis der Anhörung durch das Gericht frei gewürdigt wurde. Denn der *EGMR* beurteilt nur, ob das Ergebnis fair war.<sup>97</sup>

---

<sup>87</sup> *Vollkommer*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozessmaxime?, in: FS Schwab, 1990, S. 503 (504).

<sup>88</sup> *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß, 2004, S. 172 ff.; *Stürmer*, Der zivilprozessuale Grundsatz der Gleichheit der Parteien im Zivilprozess, in: FS Gottwald, 2014, S. 631 (632).

<sup>89</sup> *BVerfG*, NJW 2018, 3631 (3632 Rn. 17); NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 25).

<sup>90</sup> *BVerfG*, NJW 2018, 3631 (3632 Rn. 15); NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 27); so auch: *Kern*, in: Stein/Jonas II, 23. Aufl. 2016, vor § 128 Rn. 126.

<sup>91</sup> *Kern*, in: Stein/Jonas II (Fn. 90), vor § 128 Rn. 126, mit Verweis auf *BVerfG*, NJW 2008, 2170 (2171 Rn. 15).

<sup>92</sup> *Scherpe* (Fn. 60), S. 169; *Abrens*, in: Wieczorek/Schütze II/2 (Fn. 74), A vor § 286 Rn. 107.

<sup>93</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 10), § 1 Rn. 38.

<sup>94</sup> *EGMR*, *Dombo Bebeer B.V. v. The Netherlands*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 14448/88, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57850>.

<sup>95</sup> *Ebd.*, Rn. 33.

<sup>96</sup> *EGMR*, *Ankerl v. Switzerland*, Urt. v. 23.10.1996, Rs. 17748/91, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58067>.

<sup>97</sup> *Matscher*, in: Oepen (Fn. 71), S. 353, war an der *Ankerl*-Entscheidung als Richter beteiligt und sah in der durch das Gericht erfolgten und gewürdigten Befragung den entscheidenden Unterschied zur *Dombo Bebeer*-Entscheidung.

*b) Entfernung von einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren*

Liegt ein Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Beweis und/oder die Waffengleichheit vor, ist zu überprüfen, ob dieser derart wesentlich ist, dass die Entscheidung insgesamt als nicht mehr in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass ein offensichtlicher Verstoß vorliegt (aa)), dieser entscheidungserheblich gewesen ist (bb)) und der Anerkennungsschuldner nicht präkludiert ist (cc)).

## aa) Offensichtlicher Verstoß

Ein offensichtlicher Verstoß liegt vor, wenn nach einem Vergleich zwischen dem Verfahren des Erststaates und den Verfahrensgrundsätzen des deutschen Verfahrensrechts die Unterschiede im Ergebnis untragbar sind. Denn wenn das Ergebnis der Entscheidung zwar gegen einfaches deutsches Recht verstieße, eine solche Regelung in Deutschland aber im Hinblick auf die Verfassung nicht schlechterdings ausgeschlossen wäre, kann kein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegen.<sup>98</sup> So verneinte der BGH den *ordre public*-Verstoß eines italienischen Urteils, das den Vollstreckungsgegner wegen mutwilliger Prozessführung zu einem (Straf-)Schadensersatz verurteilte. Denn auch dem deutschen Recht sei eine Sanktionierung einer missbräuchlichen Prozessführung nicht vollkommen fremd.<sup>99</sup> Das ausländische Recht muss in System und Struktur betrachtet werden; solange die Rechtsstaatlichkeit gewährt bleibt,<sup>100</sup> sind potenziell denkbare Lösungen hinzunehmen.<sup>101</sup>

## bb) Entscheidungserheblichkeit

Ein Verstoß gegen die Schutzgüter des verfahrensrechtlichen *ordre public* kann erst dann insgesamt zu einem Verstoß führen, wenn die Entscheidung auch auf dem Verstoß beruht. Nur so bleibt der verfahrensrechtliche *ordre public* ein Mittel der Ergebniskorrektur. Der *ordre public* dient nicht dazu, ein fremdes Recht abstrakt am Maßstab des eigenen Rechts zu überprüfen.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Vgl. *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 265 f.; *Wais*, IPRax 2018, 397 (399 f.).

<sup>99</sup> BGH, NJOZ 2018, 1239 (1240 Rn. 17).

<sup>100</sup> *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 19), Art. 45 EuGVVO Rn. 16; *Leible*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR I (Fn. 46), Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 15.

<sup>101</sup> Vgl. BGHZ 182, 204 (212 Rn. 27).

<sup>102</sup> *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 265 f.

### cc) Rechtsmittelobliegenheit

Zudem obliegt es dem Betroffenen, alle innerstaatlichen Rechtsmittel geltend zu machen, die dem Verstoß hätten Abhilfe verschaffen können.<sup>103</sup> Dem Vollstreckungsschuldner soll nicht eine Rüge im Zweitstaat zustehen, wenn er die Entscheidung mit einem Rechtsmittel im Erkenntnisverfahren im Erststaat hätte angreifen können.<sup>104</sup> Dies entspricht ebenfalls dem deutschen Verfassungsverständnis, wonach eine unterlassene Rüge im Erkenntnisverfahren, die dem Grundrechtsverstoß hätte abhelfen können (§ 321a ZPO), zu einer Präklusion insgesamt führt.<sup>105</sup>

## IV. Ergebnis

Ein fremdes Beweisrecht verstößt also dann gegen den *ordre public*, wenn (a) das andersartige Beweisrecht im Erstverfahren gegen das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Beweis oder die Waffengleichheit verstößt. Ferner darf (b) die Entscheidung nicht mehr nach einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen sein. Dies setzt voraus, (aa) dass der Verstoß offensichtlich ist, (bb) die Entscheidung auf diesem Verstoß beruht und, (cc) dass der Titelschuldner alle zumutbaren Rechtsmittel im Erststaat ausgeschöpft hat. Dies wird nur in Ausnahmefällen der Fall sein.

### C. Besprechung von *BGH*, Beschl. v. 4.6.2017 – IX ZB 19/16

Die obenstehenden Ausführungen vorausgeschickt soll nun die Entscheidung des *BGH* vom 4.6.2017 besprochen werden. An eine Einführung in die Entscheidung, den Sachverhalt und die fragliche Vorschrift (**I.**) schließt sich eine Würdigung der Entscheidung (**II.**) sowie ein Fazit und Ausblick (**III.**) an.

#### I. Einführung

Die Entscheidung des *BGH* betrifft die Vollstreckbarerklärung einer Kostenentscheidung aus der Schweiz. Gegenstand des Streits vor dem *BGH* war die Wirkung einer negativen Beweisregel aus der Zürcher ZPO, § 149 Abs. 3 ZPO/ZH. Hiernach konnten Parteiaussagen der aussagenden Partei keinen Beweis für die aussagende Partei erbringen.

Nicht Gegenstand dieser Besprechung sind die von der Antragsgegnerin vor dem *OLG München* erhobenen Einwände bezüglich der hohen Prozesskosten.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 572; *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2964; *Roth*, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 105.

<sup>104</sup> BGHZ 182, 188 (202 Rn. 40).

<sup>105</sup> Siehe z. B.: *BVerfG*, NJW 2005, 3059 f.

<sup>106</sup> *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 10–15.

Damit hatte sich das *OLG München* ausführlich auseinandergesetzt und anscheinend auch die Antragsgegnerin überzeugt: Sie verfolgte diese Einwände nicht mehr weiter vor dem *BGH*.

### 1. Zum Sachverhalt und zur Prozessgeschichte

Die Klägerin und Antragsgegnerin im Zweitstaat („Antragsgegnerin“) zog sich im Winter 1999/2000 bei einem Skiunfall eine Schulterverletzung zu. Der Schweizer Beklagte und Antragsteller im Zweitstaat („Antragsteller“) operierte die Schulter der Antragsgegnerin dreimal zwischen 2000 und 2001 auf Grundlage eines Behandlungsvertrags nach Art. 394 ff. Obligationenrecht in der Schweiz. Am 3.7.2007 erhob die Antragsgegnerin als Klägerin gegen den Antragsteller Klage vor dem *Bezirksgericht* („*BG*“) *Meilen*, gerichtet auf Schadensersatz und Genugtuung wegen ungenügender Aufklärung. Nachdem das erstinstanzliche Urteil vom 21.10.2008 durch das *Obergericht* („*OG*“) *des Kantons Zürich* wegen fehlerhafter Beweisaufnahme aufgehoben wurde, wies das *BG Meilen* die Klage am 20.11.2013 erneut ab.<sup>107</sup> Die abermals eingelegte Berufung der Antragsgegnerin blieb erfolglos. Am 18.9.2014 bestätigte das *OG des Kantons Zürich* das Urteil des *BG Meilen* und erlegte der Antragsgegnerin die Prozesskosten auf.<sup>108</sup> Die Annahme einer hypothetischen Einwilligung der Antragsgegnerin die ersten beiden Operationen betreffend sei ebenso rechtsfehlerfrei wie die Verneinung der Haftpflicht hinsichtlich der dritten Operation.<sup>109</sup>

Der Antragsteller wandte sich zwecks der Vollstreckung der Kostenentscheidung an das *LG München I*. Mit Beschluss vom 25.9.2015 wurden die Ersturteile mit der Vollstreckungsklausel versehen.<sup>110</sup> Dagegen erhob die Antragsgegnerin Beschwerde vor dem *OLG München*, das diese bis auf einen Teilbetrag in Höhe von 0,99 CHF zurückwies. Hiergegen erhob die Antragsgegnerin Rechtsbeschwerde zum *BGH*.

### 2. Zur Entscheidung des *BGH*

Der *BGH* verwarf die Rechtsbeschwerde und bestätigte damit die Entscheidung des *OLG München*. Die Rechtsbeschwerde sei bereits unzulässig, weil die Sache

---

<sup>107</sup> Die Urteile des *BG Meilen* sind nicht veröffentlicht.

<sup>108</sup> *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, abrufbar unter: [https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf).

<sup>109</sup> *Ebd.*, S. 19, 22, 25.

<sup>110</sup> *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970.

weder grundsätzliche Bedeutung habe noch eine Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich sei.<sup>111</sup>

Zunächst bestätigt der *BGH*, dass keine *révision au fond* stattfinden dürfe. Sodann zitiert der *BGH* die Voraussetzungen des verfahrensrechtlichen *ordre public*. Diesen Maßstab habe das Beschwerdegericht angewandt. Die Antragsgegnerin habe nicht aufzeigen können, dass die Erstgerichte bei der Beweisaufnahme oder der Beweiswürdigung den *ordre public* verletzt hätten und dass das Beschwerdegericht dies verkannt habe. Das *BG Meilen* und das *OG des Kantons Zürich* hätten ihr Urteil nicht ausschließlich auf das Ergebnis der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gestützt. Stattdessen ergebe sich aus den Urteilen, dass die Gerichte das Vorgebrachte frei gewürdigt hätten und die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nur einen Mosaikstein in der Urteilsbegründung darstelle. Das *BG Meilen* habe eine ausführliche Beweisaufnahme durchgeführt und seine Entscheidung auch auf Zeugenaussagen und Gutachter gestützt. Das *OG des Kantons Zürich* habe dies überprüft. Die Antragsgegnerin könne nicht aufzeigen, dass ihr keine Gelegenheit zur Äußerung oder Einflussnahme gewährt wurde. § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gelte für beide Parteien. Soweit der Beweiswert der Parteiaussage geschmälert werde, sei das Urteil dennoch als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen anzusehen.

### 3. Zum anwendbaren Recht

Das Verfahrensrecht bestimmt sich im hier besprochenen Fall nach dem LugÜ und dem AVAG. Zeitlich war das revidierte LugÜ anwendbar, weil nach Art. 63 Abs. 2 lit. a LugÜ für die Anerkennung und Vollstreckung ausreichend ist, wenn das LugÜ 1988 vor Klageerhebung im Erst- und Zweitstaat in Kraft getreten war. So lag der Fall hier.<sup>112</sup> Zum Zwecke des Exequaturs musste der Antragsteller einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung nach Art. 38 Abs. 1 LugÜ stellen. Gegen die Erteilung stand der Antragsgegnerin die Beschwerde nach § 11 AVAG zur Verfügung, welche gemäß Art. 43 Abs. 2 i. V. m. Anhang III LugÜ beim OLG, dem *index ad quem*, einzulegen war.<sup>113</sup> Im Zweitstaat kann die Entscheidung erstmals nach Art. 45 Abs. 1 LugÜ nur auf die in Art. 34, 35 LugÜ<sup>114</sup> genannten Verstöße kontrolliert werden. Die gegen die Entscheidung des OLG gerichtete Rechtsbeschwerde richtet sich nach §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1

<sup>111</sup> *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 12).

<sup>112</sup> Inkrafttreten des LugÜ 1988 in Deutschland: 1.3.1995, siehe BGBl. 1995 II Nr. 8; in der Schweiz: 1.1.1992, siehe: SR 0.275.11, abrufbar unter: <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/zivilrecht/rechtsgrundlagen/lugue-1988-sr-0-275-11-d.pdf>.

<sup>113</sup> § 55 Abs. 1 AVAG erklärt § 11 Abs. 1 S. 2 AVAG für nicht anwendbar.

<sup>114</sup> Das *OLG München* spricht von Art. 27 LugÜ, der die Versagungsgründe im LugÜ 1988 regelte, *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 12.

AVAG und ist ebenfalls beim *index ad quem*, dem BGH, einzulegen. § 15 Abs. 1 AVAG verweist auf die Revisionsgründe der ZPO in § 574 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO.

#### 4. Zur Vorschrift des § 149 ZPO/ZH und der Zürcher Parteiaussage

Vorweggegriffen seien noch einige Ausführungen zur Rechtsnatur von § 149 ZPO/ZH, deren Anwendung die Antragsgegnerin vor dem BGH mit dem *ordre public*-Einwand rügte. Die Vorschrift lautete:

##### § 149 ZPO/ZH

- (1) Die Parteien werden auf Antrag oder von Amtes wegen persönlich befragt.
- (2) Die Partei wird vor der Befragung unter Androhung disziplinarischer Ahndung zur Wahrheit ermahnt und darauf aufmerksam gemacht, dass sie zur Beweisaussage angehalten werden kann.
- (3) Aussagen, welche zu Gunsten der befragten Partei lauten, bilden keinen Beweis.

Die Lektüre der Norm lässt schnell einen Schluss zu: Eine Partei soll ihr streitiges Vorbringen nicht durch eine eigene Aussage beweisen können.<sup>115</sup> Damit wird der Konflikt zwischen der Verwertung der Aussagen einer Partei aufgrund ihrer Sachnähe einerseits und der generell besorgten Befangenheit einer Parteiaussage andererseits zugunsten letzterem aufgelöst. Auch das deutsche Recht kennt den Konflikt, dass die Partei als Beweismittel zwar aufgrund ihrer immanenten Befangenheit das „bedenklichste[...] Beweismittel“<sup>116</sup> der ZPO, jedoch aber aufgrund ihrer Sachnähe auch eine wertvolle Erkenntnisquelle sei.<sup>117</sup> Jedenfalls hat sich die deutsche ZPO zur freien Würdigung einer solchen Aussage nach § 286 Abs. 1 ZPO bekannt.<sup>118</sup>

Auffallend ist, dass sich weder der BGH noch das OLG München zu dem Einwand des Antragstellers<sup>119</sup> verhalten haben, dass § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gar nicht Teil des Beweisverfahrens, sondern Teil der mündlichen Verhandlung sei.<sup>120</sup> Die Aussage könne daher keinen Beweis erbringen. So argumentierte der

---

<sup>115</sup> Meller-Hannich (Fn. 5), S. 932.

<sup>116</sup> So ausdrücklich: Braun, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, S. 810.

<sup>117</sup> Müller-Christmann, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), Vor §§ 445 ff. Rn. 1.

<sup>118</sup> Abrens (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 21.

<sup>119</sup> OLG München, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 4.

<sup>120</sup> Dies bemerkt auch Abrens (Fn. 5), sub 2.

Antragsgegner noch vor dem *OLG München*. Zumindest trifft sein Argument so nicht zu. Denn die Vorschrift war Teil des Beweisverfahrens,<sup>121</sup> sie ließ nur zugunsten der aussagenden Partei keinen Beweis zu.<sup>122</sup> Die Anwendung der Norm setzte bereits einen klaren Sachverhalt voraus.<sup>123</sup> Zweck der Regelung ist mithin, ein Zugeständnis der aussagenden Partei zu erhalten.<sup>124</sup>

Die Zürcher ZPO kannte in § 150 ZPO/ZH ebenfalls die Beweisaussage, welche volles Beweismittel auch zugunsten der aussagenden Partei war und richterlich frei gewürdigt wurde.<sup>125</sup> Die Beweisaussage war ein subsidiäres Beweismittel, der die formelle Befragung vorangehen musste.<sup>126</sup> Den wertungsmäßigen Unterschied betreffend die Beweiswirkung stellte die Strafbewehrung nach § 306 StGB/CH im Fall der Falschaussage dar, die nur § 150 Abs. 2 ZPO/ZH anordnete. Das Zürcher Recht ging mithin davon aus, dass einer Parteiaussage erst dann Beweiswert zukommen darf, wenn die Partei unter dem Druck der Strafe steht.<sup>127</sup>

Neben §§ 149 f. ZPO/ZH regelte die alte Zürcher ZPO auch die formlose Parteibefragung in § 55 ZPO/ZH, die der Klärung des Sachverhalts und der Parteivorbringen diente, aber keinen Beweiswert hatte.<sup>128</sup> Dass die Grenzen zwischen § 149 und § 55 ZPO/ZH häufig verschwommen, sei aber unerheblich, weil die Rechtsfolgen bei Unwahrheit dieselben seien.<sup>129</sup>

Zumindest ist die streitige Bestimmung aus der ZPO/ZH außer Kraft getreten. Seit dem 1.1.2011 gilt die einheitliche Schweizer ZPO, vgl. Art. 408 Abs. 2 ZPO/CH. Die neue ZPO/CH kennt keine vergleichbare Regelung.<sup>130</sup> Die

---

<sup>121</sup> *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, vor §§ 149 ff. Rn. 1.

<sup>122</sup> *Ebd.*, § 149 Rn. 3.

<sup>123</sup> *Ebd.*, vor §§ 149 ff. Rn. 1.

<sup>124</sup> *Schmid*, in: Oberhammer/Domej/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung: ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 191–193 Rn. 2; *Sutter-Somm*, Parteienanhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, *ZZP* 113 (2000), 327 (335); *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 149 Rn. 3.

<sup>125</sup> *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 354; *Sutter-Somm* (Fn. 124), S. 336; *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 150 Rn. 1; *Walder-Bohner*, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 1983, § 29 Rn. 17.

<sup>126</sup> *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 150 Rn. 2.

<sup>127</sup> *Guldener* (Fn. 125), S. 353.

<sup>128</sup> *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), vor §§ 149 ff. Rn. 1; *Walder-Bohner* (Fn. 125), § 29 Rn. 9.

<sup>129</sup> *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), vor §§ 149 ff. Rn. 1.

<sup>130</sup> Vgl. *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 933 a. E.

Parteibefragung nach Art. 191 und die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO/CH sind vielmehr vollwertige Beweismittel auch zugunsten der aussagenden Partei.<sup>131</sup>

## 5. Zur Bedeutung des Beschlusses

Trotz der eher knappen Ausführungen des *BGH* fällt positiv auf, dass der *BGH* den verfahrensrechtlichen *ordre public* als Ergebniskontrolle betrachtet. Die Entscheidung lässt sich auch auf die *ordre public*-Vorbehaltsklauseln der anderen europäischen Verordnungen übertragen.<sup>132</sup> Ob der *BGH* allerdings anders entschieden hätte, wenn die Erstgerichte ihre Entscheidung tatsächlich ausschließlich auf die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gestützt hätten, bleibt offen.

## II. Würdigung

Der Entscheidung des *BGH* vom 4.6.2017 ist mit den Stimmen der Literatur<sup>133</sup> im Ergebnis zuzustimmen. Ein *ordre public*-Verstoß liegt nicht vor. Die Begründung des *BGH* überzeugt aber nicht durchweg, denn sie erweckt den Schein, ein *ordre public*-Verstoß läge *offensichtlich* nicht vor. Wie die Besprechung zeigen soll, war ein Verstoß aber nicht derart abwegig, wie die Lektüre der Entscheidung des *BGH* – im Übrigen auch der des *OLG München* – vermuten ließ.

Die Besprechung soll anhand der drei für den verfahrensrechtlichen *ordre public* in diesem Fall relevanten Rechte erfolgen, nämlich anhand des Grundsatzes der Waffengleichheit (1.), des Rechts auf Beweis (2.) und des Rechts auf rechtliches Gehör i. V. m. dem Willkürverbot (3.).

### 1. Die Waffengleichheit

Der *BGH* liegt im Ergebnis darin richtig, dass er keinen Verstoß gegen die Waffengleichheit annimmt, weil die Erstgerichte der Aussage der Antragsgegnerin trotz behaupteter Beweisnot keinen Beweiswert beimaßen.

Im Obersatz der Begründetheit zitiert der *BGH* pauschal Art. 2, 3, 20, 103 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK als für die Antragsgegnerin in Betracht kommende Rechte. Damit erfasst der *BGH* auch das Recht auf Waffengleichheit. Der *BGH* betont, er sehe nicht, dass der Antragsgegnerin keine Möglichkeit der Äußerung oder Einflussnahme gegeben worden sei.<sup>134</sup> Hier fängt der *BGH* das Recht auf

---

<sup>131</sup> *Hafner*, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 191 Rn. 4.

<sup>132</sup> *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 933.

<sup>133</sup> Vgl. *Abrens* (Fn. 5); *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 932 f.; *Salger* (Fn. 5), S. 282 f.; *Linke/Hau* (Fn. 5), Rn. 13.38; *Baetge*, in: jurisPK-BGB (Fn. 5), Art. 6 EGBGB Rn. 41.2.

<sup>134</sup> *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 12).

Waffengleichheit mit dem Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG auf. Zudem schließt der *BGH* das Hilfsargument an, die Entscheidung basiere gar nicht auf der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH. Er äußert sich indes nicht zum Gewährleistungsgehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK oder dem Grundsatz der Waffengleichheit allgemein. Dies überzeugt nicht. Zumindest wegen der von der Antragsgegnerin vorgebrachten Beweisnot hätte sich der *BGH* genauer mit dem Gehalt des Grundsatzes der Waffengleichheit auseinandersetzen müssen.

Zuerst fällt auf, dass sich aus den Beschlüssen des *BGH* und des *OLG München* nicht ergibt, ob zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner eine Vier-Augen-Situation mit der Folge einer Beweisnot der Antragsgegnerin vorlag. Auch dem Urteil des *OG des Kantons Zürich* lassen sich diesbezüglich keine Feststellungen entnehmen. Aus diesem Urteil ergibt sich aber, dass keiner der Zeugen, Gutachter und Sachverständigen von dem Inhalt des Gesprächs unmittelbar berichtete. Trotz der – bedauerlicherweise – unklaren Feststellungen der Instanzgerichte, von denen der *BGH* ausgehen musste, ist also von einer Vier-Augen-Situation auszugehen.

a) *Waffengleichheit nach der Dombo Bebeer-Entscheidung*

Als Argument für die Antragsgegnerin kann die *Dombo Bebeer*-Entscheidung angeführt werden: Dort entschied der *EGMR*, dass ein Gericht wegen Art. 6 Abs. 1 EMRK jeder Partei eine vernünftige Möglichkeit einräumen muss, ihren Fall – einschließlich ihrer Aussage zu Beweis Zwecken – im Verfahren unter den Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zum Prozessgegner bedeutet.<sup>135</sup> Um den Inhalt eines Vier-Augen-Gesprächs zu beweisen, muss die Aussage einer Partei zu Beweis Zwecken zugelassen werden, wenn die andere Seite einen Zeugen stellen kann.<sup>136</sup> Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt der *EGMR*-Entscheidung verhandelte der alleinige Geschäftsführer einer niederländischen GmbH (*B.V.*) mit einem Bankmitarbeiter über die Erhöhung einer Kreditlinie unter vier Augen. Ob sich beide geeinigt hatten, war streitig. Der *EGMR* nahm einen Verstoß gegen die Waffengleichheit an. Denn der Geschäftsführer von *Dombo Bebeer* konnte nach niederländischem Recht nicht als Partei oder Zeuge aussagen, während die verklagte Partei, die Bank, mit ihrem Mitarbeiter als Verhandlungsführer aus dem Vier-Augen-Gespräch einen Zeugen stellen konnte. Aus formellen Gründen war die *Dombo Bebeer* zeugen- und damit beweislos.

---

<sup>135</sup> *EGMR, Dombo Bebeer B.V. v. The Netherlands*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 14448/88, Rn. 33, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57850>.

<sup>136</sup> *Ebd.*

*b) Einschlägigkeit der Dombo Bebeer-Entscheidung*

Die *Dombo Bebeer*-Entscheidung scheint auf den hier besprochenen Fall übertragbar zu sein: Der *EGMR* bejahte einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit, weil die verklagte Bank mit ihrem Mitarbeiter einen Zeugen stellen konnte, während der Geschäftsführer der *Dombo Bebeer* als Partei galt und nicht als Zeuge aussagen konnte. Im hier besprochenen Fall konnte die Antragsgegnerin zwar aussagen; dieser Aussage kam aber wegen § 149 Abs. 3 ZPO/ZH keinerlei Beweiswert zu – und dies, obwohl sie sonst ebenfalls keine Möglichkeit hatte, den Inhalt des Vier-Augen-Gesprächs zu beweisen.

Jedoch unterscheidet sich der *Dombo Bebeer*-Fall von dem hier besprochenen Fall in einem wesentlichen Punkt. Ausgehend von einer Vier-Augen-Situation hatten weder der verklagte Arzt noch die Patientin einen Zeugen: Keine der Parteien hatte eine Waffe.

*c) Ausdehnung der Rechtsprechung auf die Beweisnot*

Allerdings entschied der *dritte Senat* des *BAG*, dass das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Waffengleichheit auch auf Fälle allgemeiner Beweisnot auszudehnen ist: Die Waffengleichheit sei bereits verletzt, wenn das Gericht in einer ausschließlich zwischen den Parteien stattgefundenen Unterredung der Partei verwehrte, den Beweis durch Aussage zu führen, selbst wenn der Gegner keinen Zeugen habe.<sup>137</sup>

Damit reicht der Grundsatz der Waffengleichheit nach dem *BAG* weiter als nach der *Dombo Bebeer*-Entscheidung des *EGMR*. Für die vom *dritten Senat* des *BAG* vorgenommene Ausdehnung sprechen auch gewichtige Gründe. Denn die Situation einer beweisbelasteten Partei ohne Zeugen ist vergleichbar mit der Situation, in der die nichtbeweisbelastete Gegenseite einen Zeugen stellen kann: Sobald die beweisbelastete Partei den Hauptbeweis<sup>138</sup> schon nicht erbringen kann, wirkt sich der gegenseitige Zeuge nicht aus.<sup>139</sup> Denn bleibt die beweisbelastete Partei beweisfällig, darf das Gericht keinen Gegenteilsbeweis<sup>140</sup>

<sup>137</sup> *BAG*, NJW 2007, 2427 (2428 Rn. 17); a. A.: *Abrens* (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 59.

<sup>138</sup> Der Hauptbeweis ist der Beweis der objektiv beweisbelasteten Partei für das Vorliegen ihr günstiger Tatbestandsmerkmale, *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 284 Rn. 13. Der Hauptbeweis ist geführt, wenn das Gericht von dem Vorliegen der Tatsachen überzeugt ist, *Bacher*, in BeckOK-ZPO (Fn. 11), § 284 Rn. 66.

<sup>139</sup> *Kwaschik* (Fn. 88), S. 253 f., die noch differenziert, ob eine verschuldete Beweisnot vorliegt.

<sup>140</sup> Der Gegenteilsbeweis ist der Beweis der nicht beweisbelasteten Partei und dient dazu, den Hauptbeweis zu erschüttern, sodass das Gericht wieder Zweifel hegt, *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 284 Rn. 14. Es genügt für den Gegenteilsbeweis, ein *non liquet* herbeizuführen, *Bacher*, in BeckOK-ZPO (Fn. 11), § 284 Rn. 66.

erheben<sup>141</sup> – anders gewendet: das Gericht dürfte die Zeugenbefragung nicht anordnen. Darum spricht einiges dafür, die Situationen, in der die nichtbeweisbelastete Partei einen Zeugen hat, mit der Situation, in der beide Parteien keinen Zeugen stellen können, gleich zu behandeln.<sup>142</sup> Die Beweisnot beider Parteien gebietet es aber dann, dass die andere Seite ohne Zeugen ebenfalls angehört werden.<sup>143</sup>

aa) Maßgeblichkeit der Beweislast für die Ausdehnung

Ein Verstoß gegen die Waffengleichheit im Hinblick auf die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH liegt also nahe. Wesentlich für diese Argumentation ist aber die Annahme, dass die Antragsgegnerin tatsächlich beweisbelastet war. Wie sich aus dem Urteil des *OG des Kantons Zürich* ergibt, stritten die Parteien allerdings über das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung<sup>144</sup> – und dafür trug die Antragsgegnerin nicht die Beweislast. Die Frage der Beweislast richtet sich nach der *lex causae*, welche hier das Schweizer Recht war.<sup>145</sup> Dieses nimmt bei fehlender Einwilligung eine Widerrechtlichkeit des Eingriffs an, es sei denn der Arzt kann das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung beweisen.<sup>146</sup> Beweisbelastet ist also der Arzt. Dem Patienten obliegt es, glaubhaft zu machen oder wenigstens die persönlichen Gründe anzuführen, warum er sich der Operation widersetzt hätte.<sup>147</sup> Wird nach Schweizer Recht, welches die Fragen des Beweismaßes als *lex fori* regelt, ein Glaubhaftmachen verlangt, genügt bereits eine Parteibehauptung ohne Beweisführung, wenn die Partei glaubwürdig und ihre Darstellung plausibel ist.<sup>148</sup> Diese Überprüfung lässt sich auch in einer

<sup>141</sup> *OLG Düsseldorf*, MDR 1995, 959.

<sup>142</sup> So auch *Kwaschik* (Fn. 88), S. 253; a. A.: *Abrens* (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 59.

<sup>143</sup> *Greger*, Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess, MDR 2014, 312 (315).

<sup>144</sup> *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, S. 11, abrufbar unter: [https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf).

<sup>145</sup> *Walter/Domej* (Fn. 10), § 6 III 2 b) bb).

<sup>146</sup> Siehe auch: *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, S. 11, abrufbar unter: [https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf).

<sup>147</sup> Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 117 Ib 197, E.5.c), abrufbar unter [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F117-IB-197%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-IB-197%3Ade&lang=de&type=show_document); BGE 133 III 121, 4.1.3, abrufbar unter: [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F133-III-121%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-III-121%3Ade&lang=de&type=show_document).

<sup>148</sup> *Guldener* (Fn. 125), S. 323 Fn. 28.

persönlichen Befragung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH vornehmen.<sup>149</sup> Eine persönliche Befragung der Antragsgegnerin ist unstreitig erfolgt.

*Meller-Hannich* liegt in ihrer Anmerkung richtig, wenn sie bemerkt, die abstrakte Angemessenheit der Regelung von § 149 Abs. 3 ZPO/Zürich bei Beweisnot sei nicht im Rahmen des *ordre public* zu überprüfen.<sup>150</sup> Überprüft werden muss aber, ob die Anwendung der Regelung im Einzelfall den Maßstäben des *ordre public* genügt. Dies war hier nur der Fall, weil für das Glaubhaftmachen eine Aussage nach § 149 ZPO/ZH ausgereicht hätte.

bb) Kein Anspruch auf tatsächlich richtige Würdigung

Ein Anspruch, dass der erkennende Erstrichter den richtigen Schluss aus einer erfolgten Aussage zieht, folgt aus der Waffengleichheit nicht. Auch wenn die Antragsgegnerin gerügt hätte, das Erstgericht habe nach ihrer Aussage einen falschen Schluss gezogen und eine Glaubhaftmachung annehmen müssen, wäre sie damit nicht durchgedrungen: Das Zweitgericht prüft nicht, ob der Erstrichter tatsächlich korrekt entschieden hat,<sup>151</sup> eine *révision au fond* findet nicht statt, Art. 45 Abs. 2 LugÜ.

## 2. Das Recht auf Beweis

Ebenfalls ergebnisorientiert verneint der *BGH* einen *ordre public*-Verstoß wegen der aus § 149 Abs. 3 ZPO/ZH folgenden Beweiswertschmälerung. Wünschenswert wäre eine Stellungnahme des *BGH* zum Recht auf Beweis gewesen. Der *BGH* verweist nur darauf, dass § 149 Abs. 3 ZPO/ZH für beide Parteien gleichermaßen galt. Ferner führe die Schmälerung des Beweiswerts nicht dazu, dass nach der deutschen Rechtsordnung die Urteile nicht mehr als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könnten.

Hier ist zu betonen, dass das Ergebnis durchaus Zustimmung verdient. Im Detail hätte aber eine ausführlichere Auseinandersetzung erfolgen müssen.

a) § 149 Abs. 3 ZPO/ZH als Verstoß gegen das Recht auf Beweis

Nach deutschen Maßstäben darf ein Gericht nicht einen erheblichen Beweisanspruch übergehen. Es liegt ein Verstoß gegen das Recht auf Beweis vor, wenn die Zurückweisung eines erheblichen Beweisanspruchs im Prozessrecht keine

---

<sup>149</sup> Dieser Schluss liegt nahe, wenn *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 149 Rn. 3a, schreiben, dass die Erklärung nach Verhandlungs- und Offizialmaxime auszulegen und zu überprüfen ist.

<sup>150</sup> *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 932.

<sup>151</sup> *Linke/Hau* (Fn. 5), Rn. 13.29.

Stütze mehr findet.<sup>152</sup> Problematisch scheint, dass das Zürcher Recht ganz grundsätzlich einer Parteiaussage keinen Beweiswert zumaß, wenn die Partei nicht vereidigt wurde.<sup>153</sup> Anders gewendet, die Zürcher ZPO hielt die förmliche Aussage von Gesetzes wegen für ein ungeeignetes Beweismittel.

Ausgehend von dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung hätte ein deutsches Gericht die Aussage der Antragsgegnerin frei würdigen müssen. Der Richter darf nicht einem geeigneten Beweismittel *a priori* einen festen Beweiswert beimessen. Genau das stellt § 149 Abs. 3 ZPO/ZH aber klar; im Ergebnis handelt es sich um eine gesetzliche Beweisregel.<sup>154</sup> Die Ergebnisse der förmlichen Befragung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH sind von der freien Würdigung nach § 148 ZPO/ZH ausgenommen.<sup>155</sup> Eine solches Vorgehen wäre mit dem deutschen Recht auf Beweis unvereinbar.<sup>156</sup>

*b) Entfernung von einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren*

Sodann fragt sich, ob sich das Ergebnis der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH derart von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts entfernt, dass die Entscheidung insgesamt nicht mehr als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann. Der *BGH* verneint diese Frage – zu Recht.

Denn es liegt kein offensichtlicher Verstoß vor (aa)) und die Entscheidung fußt entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht ausschließlich auf der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH (bb)).

aa) Offensichtlicher Verstoß

Der Verstoß ist nicht offensichtlich. Zwar ist entgegen *Abrens* der Unterschied zwischen dem deutschen und dem Zürcher Verfahren nicht derart minimal, dass *a priori* kein Verstoß in Betracht kommt ((1)). Vielmehr liegt kein Verstoß vor, weil auch das deutsche Recht – in begrenztem Maße – gesetzliche Beweisregeln kennt ((2)).

---

<sup>152</sup> Siehe oben **B. III. 3. a) bb) (3)**.

<sup>153</sup> Siehe oben **C. I. 4.**

<sup>154</sup> *Guldener* (Fn. 125), S. 324, 354.

<sup>155</sup> Vgl. *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 148 Rn. 9, § 149 Rn. 3; *Guldener* (Fn. 125), S. 324, 354.

<sup>156</sup> Ähnlich zu derartigen Schweizer Regelungen allgemein: *Walter* (Fn. 84), S. 567; offen gelassen von *OLG Saarbrücken*, NJOZ 2011, 1243 (1248 f.).

## (1) Minimale Abweichung zur deutschen Rechtslage?

*Abrens* argumentiert, dass die Schweizer Regelung sich nur minimal von der unklaren deutschen Rechtsprechungspraxis unterscheidet und so einen *ordre public*-Verstoß nicht zu rechtfertigen vermöge.<sup>157</sup>

Richtig ist, dass das deutsche Recht ebenfalls zwischen einer Parteivernehmung zu Beweis Zwecken und einer Anhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO unterscheidet. Erstere entspricht von der Beweiswirkung der Beweisaussage nach § 150 Abs. 1 ZPO/ZH. Letztere entspricht vom Zweck der richterlichen Befragung nach § 55 ZPO/ZH. Lediglich eine mit § 149 Abs. 3 ZPO/ZH vergleichbare Regelung kennt das deutsche Recht nicht.

Ebenfalls zutreffend ist, dass die Voraussetzungen nach deutschem Recht für eine Parteivernehmung zu Beweis Zwecken sehr hoch sind, und das, obwohl Zeugen ähnlich befangen sein können wie eine Partei.<sup>158</sup> Nach § 445 Abs. 1 ZPO ist nur die Vernehmung der nicht beweisbelasteten Gegenseite möglich. Nach § 447 Abs. 1 ZPO kann zwar eine Parteivernehmung der eigenen Seite erfolgen, jedoch nur mit Zustimmung der Gegenseite. Nach § 448 Abs. 1 ZPO kann eine Parteivernehmung von Amts wegen erfolgen; diese ist aber als subsidiäres Beweismittel ausgestaltet. Außerdem muss ein „Anbeweis“ erbracht sein, d. h. eine Anfangswahrscheinlichkeit muss für die Position des Vernommenen sprechen.<sup>159</sup>

Wird die fragliche Regelung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH und die Beweisaussage nach § 150 ZPO/ZH mit der deutschen Parteibefragung nach § 141 Abs. 1 ZPO und der Parteivernehmung nach §§ 445–448 ZPO verglichen, sind die Unterschiede zunächst nicht bemerkenswert. Das Zürcher Recht schließt in der förmlichen Befragung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH den Beweiswert aus und stellt strenge Anforderungen an die Beweisaussage nach § 150 ZPO/ZH. Das deutsche Recht stellt ebenfalls sehr strenge Anforderungen an die Zulassung einer Aussage zu Beweis Zwecken. Soweit auch das deutsche Recht zwischen einer Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO und der Parteivernehmung nach §§ 445–448 ZPO zu Beweis Zwecken trennt, liegt der entscheidende Unterschied aber in § 286 Abs. 1 ZPO. Zwar ist nur die Parteivernehmung ein eigenständiges – subsidiäres – Beweismittel.<sup>160</sup> Die Parteibefragung nach § 141 Abs. 1 ZPO kann keinesfalls Beweismittel sein, denn sie ist Teil der mündlichen

---

<sup>157</sup> *Abrens* (Fn. 5), sub 2.

<sup>158</sup> *Müller-Christmann*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), Vor §§ 445 ff. Rn. 1.

<sup>159</sup> BGH, NJW 2010, 3292 (3293 Rn. 15).

<sup>160</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 10), § 124 Rn. 3.

Verhandlung – nicht der Beweisaufnahme.<sup>161</sup> Die Gerichte müssen aber auch die Ergebnisse einer Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO gemäß § 286 Abs. 1 ZPO frei würdigen und können so alleine aufgrund einer Parteianhörung eine Tatsache für wahr oder unwahr halten.<sup>162</sup> Das *BVerfG* bestätigte die Praxis, wobei es sogar genüge, dass die Partei persönlich anwesend war und die Möglichkeit hatte, Wortmeldungen vorzunehmen.<sup>163</sup> Diese Umstände führen dazu, dass die strengen Voraussetzungen der Parteivernehmung nach §§ 445–448 ZPO des deutschen Rechts nicht mit dem Grundsatz der Waffengleichheit und dem Recht auf Beweis kollidieren.<sup>164</sup> Wenn *Abrens* auf die unklare deutsche Rechtsprechungspraxis verweist,<sup>165</sup> hat er Recht, dass gerade die Instanzgerichte von der Rechtsprechung des *BGH* abweichen.<sup>166</sup> Unklar ist die Rechtslage aber nicht. Der Wortlaut von § 286 Abs. 1 ZPO macht deutlich, dass die Aussage einer Partei frei gewürdigt werden muss; das gibt auch das *BVerfG* vor.<sup>167</sup>

Mithin unterscheidet sich das deutsche Recht bezüglich des Beweiswerts doch erheblich vom Zürcher Recht.

## (2) Gesetzliche Beweisregeln in der ZPO

Die Anwendung des § 149 Abs. 1 ZPO/ZH verstößt aber deswegen nicht offensichtlich gegen das Recht auf Beweis, weil auch dem deutschen Recht gesetzliche Beweisregeln nicht fremd sind: § 286 Abs. 2 ZPO lässt diese ausdrücklich zu, wenn sie gesetzlich angeordnet sind. Anordnungen finden sich etwa in den §§ 165, 183 Abs. 5, 314, 415–418, 438 Abs. 2, 175 S. 2 ZPO und auch in § 80 ZVG.<sup>168</sup> § 286 Abs. 2 ZPO durchbricht damit den Grundsatz der freien Beweiswürdigung.<sup>169</sup> Wenn ein Staat gesetzlich anordnet, dass einer Parteiaussage nur unter besonderen Voraussetzungen Beweiswert zukommt, verstößt dies also nicht generell gegen die Grundprinzipien des deutschen

<sup>161</sup> *Stadler*, in: Musielak/Voit, 16. Aufl. 2019, § 141 Rn. 2.

<sup>162</sup> *BGH*, NJW-RR 2018, 249 (250 Rn. 12); *Greger*, in: Zöller (Fn. 44), § 286 Rn. 14; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 286 Rn. 2; *Abrens* (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 46.

<sup>163</sup> *BVerfG*, NJW 2008, 2170 (2171 Rn. 16).

<sup>164</sup> *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 141 Rn. 3 a. E.

<sup>165</sup> *Abrens* (Fn. 5), sub 2.

<sup>166</sup> Siehe nur *KG Berlin*, Urt. v. 11.7.2017, BeckRS 2017, 117958, Rn. 12. Die Anforderung, dass die beweisbelastete Partei in einer Vier-Augen-Situation dennoch erst die Vernehmung der Gegenseite nach § 447 Abs. 1 ZPO beantragen muss und dann erst nach § 141 Abs. 1 ZPO angehört oder nach § 448 Abs. 1 ZPO vernommen werden kann, ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des *BGH*, vgl.: *BGH*, NJW 2010, 3292 (3293 Rn.16). Vielmehr kann direkt angehört oder vernommen werden. Die Revision ließ das *KG Berlin* dennoch nicht zu, *ebd.*, Rn. 32.

<sup>167</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 2531 (2532).

<sup>168</sup> Vgl. *Bacher*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 11), § 286 Rn. 16.

<sup>169</sup> *Nagel/Gottwald* (Fn. 3), § 10 Rn. 59.

Rechts. Denn über § 149 Abs. 3 ZPO/ZH hinaus ordnete § 148 ZPO/ZH die freie Würdigung an.

(a) Parallele zur mutwilligen Prozessführung

Fruchtbar machen lässt sich im hier besprochenen Fall auch die Argumentation desselben *BGH-Senats* zur italienischen Regelung über den Schadensersatz wegen mutwilliger Prozessführung: Hier verneinte der *BGH* einen *ordre public*-Verstoß wegen der Verurteilung zu (Straf-)Schadensersatz, weil auch das deutsche Recht in begrenztem Maße in § 192 SGG und § 34 BVerfGG Kostenregelungen wegen missbräuchlicher Klagen kenne.<sup>170</sup> Zwar ist *Wais* zuzustimmen, dass die vom *BGH* gezogenen Parallelen zu § 192 SGG und § 34 BVerfGG nicht ganz stimmig sind, da die deutschen Vorschriften ein grundsätzlich kostenloses Verfahren betreffen, die italienische Vorschrift hingegen nicht.<sup>171</sup> Doch zeigen die deutschen Vorschriften, worauf auch *Wais* hinweist, dass eine Regelung wie die italienische in Deutschland nicht schlechterdings ausgeschlossen wäre.

An dieser Stelle sei auch daran erinnert, dass das ausländische Recht immer in System und Struktur gesehen werden muss; denkbare Lösungen sind hinzunehmen.<sup>172</sup> In Zürich war die freie Beweiswürdigung nicht ausnahmslos ausgeschlossen, sie galt gemäß § 148 ZPO/ZH für alle anderen Beweismittel.

(b) Parallelproblem in der EuErbVO?

Interessant ist in diesem Zusammenhang überdies eine ähnliche Problematik in der EuErbVO: Dort ordnet Art. 59 UAbs. 1 EuErbVO an, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat errichtete öffentliche Urkunde die gleiche formelle Beweiskraft hat wie im Erststaat, es sei denn, dies verstößt gegen den *ordre public*. Verfahrensrechtlich wird damit die Beweiskraft der Urkunde eines ausländischen Rechts angeordnet.<sup>173</sup> *Dutta* argumentiert, dass ein *ordre public*-Verstoß denkbar sei, wenn nach dem Recht des Erststaats die Urkunde unwiderleglich sei; also der Zweitrichter die Urkunde nicht frei würdigen könne.<sup>174</sup> Denn ein Richter könne nicht gezwungen werden, eine Entscheidung sehenden Auges auf falscher

---

<sup>170</sup> Siehe oben **B. III. 3. b) aa)**; *BGH*, NJOZ, 2018, 1239 (1240 Rn. 17); siehe auch die Argumentation der Vorinstanz: *OLG Hamburg*, Beschl. v. 23.6.2016, BeckRS 2016, 12149, Rn. 21.

<sup>171</sup> *Wais* (Fn. 98), S. 399.

<sup>172</sup> *BGHZ* 182, 204 (212 Rn. 27).

<sup>173</sup> *Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, *FamRZ* 2013, 4 (13).

<sup>174</sup> *Ebd.*; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XI* (Fn. 45), Art. 59 EuErbVO Rn. 14.

Tatsachenbasis zu treffen. *Dutta* weist jedoch zugleich auf die Ausnahmen nach deutschem Recht hin und nennt § 165 ZPO und § 80 ZVG.<sup>175</sup>

Daher liegt der Schluss näher, einen Verstoß wegen des Ausschlusses der freien Beweiswürdigung vom Einzelfall abhängig zu machen. Diese These vertritt auch *Bauer*, der deshalb *Dutta* nur insoweit zustimmt, als im Einzelfall ein *ordre public*-Verstoß vorliegen könne.<sup>176</sup> Darüber hinaus stand im hier besprochenen Fall ein Verstoß gegen den anerkennungsrechtlichen *ordre public* im Raum. Art. 59 UAbs. 1 EuErbVO ist aber dem kollisionsrechtlichen *ordre public* zuzuordnen: Denn die Regelung führt dazu, dass der Richter im Zweitstaat ausländisches Recht anwendet, wenn er der Urkunde die gleiche Beweiskraft wie im Erststaat beimisst.<sup>177</sup> Im hier besprochenen Fall muss der Zweitrichter aber § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nicht anwenden. Der Maßstab des anerkennungsrechtlichen *ordre public* ist aber ein anderer als der des kollisionsrechtlichen.<sup>178</sup>

#### (c) Zwischenergebnis

Angesichts dessen verstößt der teilweise und sehr punktuelle Ausschluss der freien Beweiswürdigung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nicht offensichtlich gegen den *ordre public*.

#### bb) Entscheidungserheblichkeit

Schließlich verdienen die Ausführungen des *BGH* Zustimmung, dass sich die Entscheidung nur in begrenztem Maße auf die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH stützt. Wie sich aus dem Urteil des *OG des Kantons Zürich* ergibt, haben die Erstgerichte tatsächlich eine Vielzahl von Beweismitteln frei gewürdigt.<sup>179</sup> Die Aussage des *BGH*, die Parteiaussage sei nur ein „Mosaikstein“ gewesen, ist richtig. Das Ergebnis einer Entscheidung kann nicht gegen den *ordre public* verstoßen, wenn die Entscheidung nicht tragend auf der Anwendung der fraglichen Regelung basierte.

### 3. Die Geständniswirkung

Schließlich bleibt noch die Frage, ob ein Verstoß gegen das Willkürverbot als Teil des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG vorgelegen hat. Darauf hatte sich die Antragsgegnerin berufen. § 149 Abs. 3

<sup>175</sup> *Dutta* (Fn. 173), S. 14; *ders.*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 45), Art. 59 EuErbVO Rn. 14.

<sup>176</sup> *Bauer*, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 59 EuErbVO Rn. 80.

<sup>177</sup> *Ebd.*, Art. 59 Rn. 42.

<sup>178</sup> *Ordre public international atténué*: siehe oben **B. III. 1. a)**.

<sup>179</sup> *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, abrufbar unter: [https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf](https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf).

ZPO/ZH verzerre ihre Aussage, da nur Zugeständnisse beachtet werden könnten.

Der *BGH* entschied, dass § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nicht dazu führe, dass sich die Antragstellerin im Verfahren nicht äußern konnte und die Regel für beide galt. Dieses Argument trägt dann, wenn die Beweisnot aus der Vier-Augen-Situation verneint wurde. Denn sonst führte die Anwendung der Regel schon dazu, dass die beweisbelastete Partei keine Möglichkeit zum Beweis hätte. Das war aber – wie hier festgestellt wurde – nicht der Fall.

Überdies trifft auch die Argumentation des *OLG München* zu. So habe erst eine Rechtsprechungsänderung des *BGH* im Jahr 1995 dazu geführt, dass Parteierklärungen in einer Parteivernehmung kein Geständnis enthalten können, sondern durch den Richter frei zu würdigen sind.<sup>180</sup> Dies belege die Vertretbarkeit der entgegenstehenden Auffassung. Richtig ist, dass der *BGH* keine Geständnisse mehr in der Parteivernehmung zulässt.<sup>181</sup> Denn eine Parteivernehmung ist Teil der Beweisaufnahme und diese wird nach §§ 453 Abs. 1, 286 Abs. 1 ZPO frei gewürdigt. Darüber hinaus ließ der *BGH* in der Entscheidung von 1995 zunächst offen, ob in einer Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO ein Geständnis möglich ist.<sup>182</sup> Später verneinte der *BGH* dies,<sup>183</sup> die Literatur folgte dem teilweise.<sup>184</sup> Zwingend sind die Argumente jedoch nicht. *Althammer* hält das Geständnis in der Parteibefragung für möglich, wenn die Behauptung des Gegners bestätigt wird.<sup>185</sup> Zudem werde eine Aussage durch die Annahme eines teilweisen Geständnisses nicht denklogisch verzerrt, wenn sie mehrere Tatsachen enthielte.<sup>186</sup>

---

<sup>180</sup> *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 17.

<sup>181</sup> BGHZ 129, 108 (111), unter Aufgabe von BGHZ 8, 235.

<sup>182</sup> BGHZ 129, 108 (112).

<sup>183</sup> *BGH*, NJW-RR 2009, 1272 (1273 Rn. 8).

<sup>184</sup> Dem *BGH* folgend: *Fritsche*, in: MüKo-ZPO I (Fn. 7), § 141 Rn. 4, u. a. mit Verweis auf BGHZ 129, 108, diese Entscheidung ließ aber ausdrücklich offen, ob in der Parteibefragung ein Geständnis möglich ist: BGHZ 129, 108 (112); *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 288 Rn. 6; *Huber*, in: Musielak/Voit (Fn. 161), § 288 Rn. 7; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 10), § 113 Rn. 9 (zumindest im Anwaltsprozess); dem *BGH* nicht folgend: *Althammer*, in: Stein/Jonas II (Fn. 90), § 141 Rn. 3, 36; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 141 Rn. 2.

<sup>185</sup> *Althammer*, in: Stein/Jonas II (Fn. 90), § 141 Rn. 3, 36.

<sup>186</sup> *Preuss*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 14.3.1995 – VI ZR 122/94 (BGHZ 129, 108), JR 1996, 67 (68).

In Ansehung dieser auch im deutschen Recht noch umstrittenen Lage trifft es nicht zu, dass es verfassungsmäßig geboten wäre, ein Geständnis nicht in einer Parteiaussage annehmen zu können. Der *ordre public* wird deswegen nicht verletzt.

### III. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung des *BGH* verdient im Wesentlichen Zustimmung. Wünschenswert wäre aber eine ausführlichere Begründung zur Ablehnung der einzelnen Argumente der Antragsgegnerin gewesen. So bleibt die Argumentation des *BGH* blass. Angesichts dessen ist *Abrens* Fazit, man rätsele, was den *BGH* bewogen habe, sich zu einer unzulässigen Rechtsbeschwerde inhaltlich zu äußern,<sup>187</sup> durchaus nachvollziehbar. Gleichwohl zeigt der *BGH*, wie *Meller-Hannich* bemerkt, dass das erkennende Zweitgericht genau auf den Ablauf des Erstverfahrens blicken muss.<sup>188</sup> Dies trifft zu. Denn derart abwegig, wie *Abrens* durchaus mit Unterton seine Anmerkung schließt,<sup>189</sup> war der *ordre public*-Einwand nicht. Ein Verstoß hätte durchaus nahegelegen, wenn die Entscheidung ausschließlich auf der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH beruht hätte. Das deutsche Recht schließt Beweisregeln wie § 149 Abs. 3 ZPO/ZH und auch die Zwei-Zeugen-Regel von *Mephistopheles* grundsätzlich aus.

Zu pauschal mutet jedoch der Schluss von *Salger* an, der am Ende seiner Anmerkung appelliert, die Latte der Prüfung sonstiger Verfahren, etwa in Asyl- und Flüchtlingsverfahren, solle auch nicht zu hoch angelegt werden, wenn der Staat als vergleichbar rechtsstaatlich gilt.<sup>190</sup> Denn eine *ordre public*-Prüfung hat immer im Einzelfall zu erfolgen. Dass ein Staat als vergleichbar rechtsstaatlich gilt, kann bei der Überprüfung des *ordre public* und anderer Verfahren allenfalls ein Indiz sein. Entgegen *Salger* beantwortet dieses Indiz allein aber nicht, ob im konkreten Fall doch ein *ordre public*- bzw. Menschenrechtsverstoß vorliegt.

Jedenfalls gilt der hier noch angewandte § 149 Abs. 3 ZPO/ZH in der Schweiz nicht mehr. Nach der neuen ZPO sind auch Aussagen zugunsten der befragten Partei der freien richterlichen Beweiswürdigung zugänglich.<sup>191</sup> Die Partiebefragung und auch die Beweisaussage sind vollwertige, nicht subsidiäre

---

<sup>187</sup> *Abrens* (Fn. 5).

<sup>188</sup> *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 932.

<sup>189</sup> *Abrens* (Fn. 5), sub 3.

<sup>190</sup> *Salger* (Fn. 5), S. 282 f.

<sup>191</sup> Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (LGVE) 2011 I Nr. 31, abrufbar über folgende Datenbank: [https://gerichte.lu.ch/recht\\_sprechung/lgve](https://gerichte.lu.ch/recht_sprechung/lgve); *Hafner*, in: Basler Kommentar ZPO (Fn. 131), Art. 191 Rn. 8; dafür plädierte bereits: *Sutter-Somm* (Fn. 124). *Sutter-Somm* leitete die Kommission, die den Gesetzesentwurf für die ZPO/CH erarbeitete: *ebd.*, S. 330.

Beweismittel.<sup>192</sup> Zweifel an der Verlässlichkeit einer Parteiaussage verbleiben aber.<sup>193</sup> Diese bestehen allerdings auch in Deutschland und sind einer Parteiaussage wohl tatsächlich ein Stück weit immanent – die freie Würdigung wird diesen Zweifeln jedoch eher gerecht.

#### D. Thesen

- I. Ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* setzt erstens voraus, dass ein Eingriff in ein Schutzgut des *ordre public* vorliegt. Der verfahrensrechtliche *ordre public* umfasst das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Beweis und den Grundsatz der Waffengleichheit. Zweitens muss der Eingriff derart wesentlich sein, dass das Verfahren insgesamt nicht als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann. Das ist anzunehmen, wenn der Verstoß offensichtlich ist, die Entscheidung auf dem Verstoß basiert und der Betroffene alle Rechtsmittel genutzt hat, um dem Verstoß abzuweichen. Nur so wird der *ordre public* seiner Funktion als Ergebniskontrolle gerecht.
- II. Das Recht auf Waffengleichheit gebietet es, in einer Vier-Augen-Situation ohne Zeugen die beweisbelastete Partei zu Beweis Zwecken aussagen zu lassen, sei es im Wege einer Parteivernehmung oder einer Befragung, wenn letztere frei gewürdigt werden kann. Dies geht über die Grundsätze der *Dombo Bebeer*-Entscheidung hinaus.
- III. Eine Regelung wie § 149 Abs. 3 ZPO/ZH verstößt nach deutschen Maßstäben gegen das Recht auf Beweis, weil sie als starre Beweiswürdigungsregel keine freie Würdigung zulässt. Gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* verstößt sie dennoch nur im Einzelfall, da auch das deutsche Recht in begrenztem Umfang gesetzliche Beweisregeln kennt. Ein Einzelfall kann vorliegen, wenn sich die

---

<sup>192</sup> *Weibel/Walz*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 191–192 Rn. 5.

<sup>193</sup> *Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, § 47 Rn. 256; vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung v. 28.6.2006, S. 7326; dagegen betont BGE 143 III, 297 (334), abrufbar unter: [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F143-III-297%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-III-297%3Ade&lang=de&type=show_document), zu Recht, dass der Richter den Beweis dennoch erst abnehmen müsse, denn „[a]uch zur Schlussfolgerung, dass der Beweiswert ‚zu eigenen Gunsten‘ für sich allein genommen im konkreten Fall als gering einzustufen ist, kann der Richter erst kommen, wenn er diesen Beweis abgenommen hat“. Ebenfalls auf den vollen Wert der Parteiaussage hinweisend: *Hafner*, in: Basler Kommentar ZPO (Fn. 131), Art. 191 Rn. 8.

Entscheidung ausschließlich auf eine solche Regel stützt oder eine Beweisnot die Aussage einer Partei zu Beweis Zwecken gebietet.

- IV. Eine Entscheidung, die nur zu einem Teil auf einer Regelung wie § 149 Abs. 3 ZPO/ZH und sonst auf unbedenklichen Regelungen basiert, kann nicht gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* verstoßen. Die Entscheidung ist dann noch in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen.
- V. Die freie richterliche Würdigung einer Parteiaussage ist nicht von Verfassungen wegen geboten und die Annahme eines Geständnisses in ihr vermag daher einen *ordre public*-Verstoß nicht zu rechtfertigen.