

Schriften zum Prozessrecht

Band 76

Die Urkunde im Zivilprozeß

Von

Dr. Klaus Schreiber



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

KLAUS SCHREIBER

Die Urkunde im Zivilprozeß

Schriften zum Prozessrecht

Band 76

Die Urkunde im Zivilprozeß

Von

Dr. Klaus Schreiber



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05178 5

Vorwort

In seiner *Beweislehre des Zivilprozesses* (S. 292) hat *Endemann* die Lehre von den Urkunden als „eine Sammlung widerstreitender Sätze ohne allen leitenden Faden“ charakterisiert. Dieses Urteil hat für das Beweisrecht mit Inkrafttreten der ZPO an Gültigkeit verloren. Denn die Maßstäbe der §§ 415 ff. ZPO sind hinreichend, um im Stadium des Urkundenbeweises Unsicherheiten zu vermeiden. Jene Kritik trifft aber nach wie vor auf das Stadium der Parteibehauptungen zu. Den hier vermißten roten Faden zu finden ist Ziel der vorliegenden Abhandlung.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat die Arbeit im Sommersemester 1981 als Habilitationsschrift angenommen.

Rechtsprechung und Schrifttum bis Dezember 1981 sind noch berücksichtigt.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Walter Zeiss, danke ich herzlich für seine Anregungen zu dieser Abhandlung, darüber hinaus für seine großzügige Unterstützung und Förderung während all der Jahre, die ich als Assistent an seinem Lehrstuhl tätig war. Mein besonderer Dank gilt weiterhin Herrn Bundesrichter a. D. Prof. Dr. Erhard Bökelmann für das Interesse, das er meiner Arbeit entgegengebracht hat.

Bochum, im Februar 1982

Klaus Schreiber

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung

§ 1. Verwendbarkeit und gesetzliche Regelungen der Urkunde im Zivilprozeß	13
§ 2. Die praktische Bedeutung der Urkunde im Zivilprozeß	15
§ 3. Eingrenzung des Themas	16
§ 4. Gang der Untersuchung	18

2. Kapitel

Der Urkundenbegriff im Zivilprozeßrecht

§ 5. Die Urkunde als Substrat einer Erklärung	19
§ 6. Die beweisrechtliche Relevanz der Urkunde	20
I. Die Beweiskraft	20
II. Die Echtheit der Urkunde	22
III. Die Erkennbarkeit des Ausstellers	23
IV. Die Unterschrift des Ausstellers	24
V. Die Beweisbestimmung	24
VI. Zusammenfassung	26

§ 7. Die Urkunde als Verkörperung einer Gedankenerklärung	26
I. Die Verkörperung durch Zeichen	26
II. Das Zeichen als Erklärungsträger	27
III. Die Urkundenqualität von Vervielfältigungen der Originalurkunde	28
IV. Zusammenfassung	32
§ 8. Das Schriftlichkeitserfordernis	32
I. Die Verkörperung durch Lautzeichen	32
II. Einzelfälle	34
III. Die Unzulänglichkeit der Bestimmungen über Urkunden	36
IV. Beweiszeichen	39
V. Zusammenfassung	41
§ 9. Ergebnis: Die Definition der Urkunde	42

3. Kapitel

Die Urkunde im Verfahren

<i>A. Die Vorlegungslast</i>	43
§ 10. Die vorlegungsbelastete oder -belastbare Partei	45
I. Funktionale Betrachtungsweise	45
II. Einzelfälle	47
III. Der Zweck der Vorlegungsbestimmungen	50
1. Der Zweck der §§ 131, 134 ZPO	50
a) Die Prozeßbeteiligung als konstitutives Merkmal der Parteistellung	51

b) Zweckmäßigkeit als Korrektiv — Präklusion des Rechtsinhabers bei Versäumung der Vorlegungslast?	53
c) Die „Beteiligung“ des an der Prozeßführung nicht beteiligten Gesellschafters	61
2. Der Zweck des § 273 ZPO	62
3. Der Zweck des § 142 ZPO	64
a) Vorlegungsanordnung zur Prozeßbeschleunigung oder auf Grund mündlicher Verhandlung?	64
b) Die Wahrheitsermittlung als Zweck und Chance mündlicher Verhandlung	69
c) Amtsermittlungs- und Verhandlungsprinzip als Mittel zur Wahrheitsfeststellung	70
IV. Zusammenfassung	72
§ 11. Die Bezugnahme	72
I. § 142 ZPO und § 273 II Nr. 1 ZPO in ihrer Wechselwirkung	73
1. Das Erfordernis der Bezugnahme im Rahmen des § 273 II Nr. 1 ZPO	73
2. Die Vorlegungsanordnung an den Gegner der risikobelasteten Partei	74
3. Das Erfordernis der Bezugnahme im Rahmen des § 142 ZPO	76
4. Zusammenfassung	78
II. Die Vorlegungsbestimmungen des HGB	78
1. Die Vorlegungsanordnung an den Gegner der risikobelasteten Partei	78
2. Die Sperrwirkung der §§ 45 I, 102 HGB bei einer Vorlegungsanordnung Tatsachenurkunden betreffend	79
III. Exkurs: Anordnungen betreffend die Vorlegung von Zeichnungen, Partei- und Behördenakten	81
1. Die Anforderung von Zeichnungen (§§ 142 I, 273 II Nr. 1 ZPO)	81
2. Die Anforderung von Parteiakten (§ 143 ZPO)	86
3. Die Anforderung amtlicher Akten (§ 273 ZPO)	89

a) Die Voraussetzungen des § 273 II Nr. 2 ZPO	90
b) Die Generalklausel in § 273 I S. 1 ZPO	91
IV. Die Bezugnahme als Ausdruck des Gebrauchswillens	97
V. Die Bezugnahme als Vorlegungsgrund bei Tatsachenerkunden	101
1. Die heutigen Regelungen der ZPO	101
2. Die historische Entwicklung der Vorlegungsbestimmungen	102
a) Die Motive zum Entwurf III zur ZPO (1874)	103
b) Die Vorarbeiten zur ZPO	104
c) Die Bezugnahme auf eine Urkunde im historischen Sprachgebrauch	107
Die Hannoversche Bürgerliche Proceßordnung (1850) — Der Hannoversche Entwurf (1866) — Der Preußische Entwurf (1864) — Der Norddeutsche Entwurf (1870) — Die Entwürfe I (1871), II (1872) und III (1874) zur ZPO	
3. Die doppelte Bedeutung des Bezugnahmebegriffs	119
VI. Zusammenfassung	119
§ 12. Zurechenbarkeit der Bezugnahme	120
§ 13. Besitz oder tatsächliche Verfügungsmacht — das Merkmal des „In-Händen-Habens“	123
I. Unmittelbarer Besitz	124
II. Besitz ohne tatsächliche Verfügungsmacht	127
III. Die Anforderung noch herzustellender Zeichnungen und Urkunden	134
IV. Zusammenfassung	135
<i>B. Die Versäumung der Vorlegungslast</i>	<i>135</i>
§ 14. Die Unterscheidung der Bezugnahme zur Beweisführung von der Bezugnahme zwecks Tatsachenvortrags	136

I. Die Auslegbarkeit der eindeutigen Bezugnahme	138
II. Die Sachdienlichkeit der Bezugnahme als Auslegungskriterium	140
III. Die Grenzen der formellen Beweiskraft als Grenzen der Auslegung	142
IV. Zusammenfassung	144
§ 15. Die Versäumung der Vorlegungslast durch Nichtvorlegung der Urkunde	144
I. Die Weigerung der behauptungs- und beweisbelasteten Partei	144
II. Die Weigerung der ausschließlich vorlegungsbelasteten Partei	145
1. Sanktionen bei Nichtvorlegung einer Beweisurkunde ...	146
a) Die Erleichterung der Beweisführungslast nach § 427 ZPO	146
b) Keine Erleichterung der Beweisführungslast nach § 444 ZPO	149
c) Keine Erleichterung der Feststellungslast nach § 286 ZPO	149
2. Sanktionen bei Nichtvorlegung einer Tatsachenurkunde	150
a) Das Wahrheits- und Vollständigkeitsgebot des § 138 I ZPO	150
b) Die Bedeutung der §§ 422, 423 ZPO für die strikte Beachtung des Wahrheitsgebots	152
III. Zusammenfassung	153
§ 16. Sanktionen auf die Versäumung der Vorlegungslast durch verzögerte Vorlegung der Urkunde	154
I. Präklusion (§§ 296, 528, 615, 640 ZPO)	154
1. Präklusion infolge Fristversäumung	155
2. Präklusion infolge Verletzung der allgemeinen Prozeßförderungs-pflicht	158
3. Sonstige Präklusionsgründe	159
a) Präklusion infolge widersprüchlichen Verhaltens	159

b) Keine Präklusion infolge Verwirkung	161
c) Keine Präklusion durch Beweisbeschluß	161
4. Zusammenfassung	165
II. Sonstige Sanktionen	165
1. Die Unzulässigkeit einer Entscheidung nach Lage der Akten (§ 331 a ZPO) und eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten (§ 335 I Nr. 3 ZPO)	167
2. Vertagung (§ 227 ZPO) oder Schriftsatzfrist (§ 283 ZPO)	169
3. Kostenrechtliche Sanktionen (§§ 95 ZPO, 34 GKG)	171
§ 17. Zurückhaltungsrechte	173
I. Wirkung eines Zurückhaltungsrechts	173
II. Sanktionen der Nichtvorlegung trotz eines Zurückhaltungsrechts	175
III. Grundlagen für Zurückhaltungsrechte	177
1. Keine Reflexwirkung des Zeugnisverweigerungsrechts ..	177
2. Geheimhaltungsinteresse und Zeugnisverweigerungsrecht ..	178
IV. Zusammenfassung	181

4. Kapitel

Schlußbetrachtung	182
--------------------------	-----

Anhang

A. Literaturverzeichnis	183
B. Verzeichnis der Materialien	197
I. Zur ZPO	197
II. Sonstige	199

1. Kapitel

Einleitung

§ 1. Verwendbarkeit und gesetzliche Regelungen der Urkunde im Zivilprozeß

Eine Urkunde kann in einen Zivilprozeß eingebracht werden mit dem Ziel, Gericht und Gegner von der Wahrheit des durch die Urkunde beweisbaren Vorbringens zu überzeugen. Diese Überzeugung wird sodann auf zweierlei Weise vermittelt. Einmal hat das Gericht in dem durch die Beweisregeln der §§ 415 ff. ZPO abgesteckten Rahmen eben wegen dieser Regeln den Urkundeninhalt als voll¹ beweiskräftig hinzunehmen (§ 286 II ZPO). Zum anderen muß das Gericht, soweit der Verhandlungsgrundsatz reicht, von der Wahrheit des Vorbringens ausgehen, wenn der Urkundeninhaber mit der Urkunde auch ohne Beweisaufnahme seinen Gegner überzeugt hat und dieser deswegen nicht bestreitet (§ 138 III ZPO) oder zugesteht (§ 288 ZPO).

Dem steht gegenüber die landläufige Praxis, sich „zur Vermeidung von Wiederholungen“ auf Urkunden zu beziehen. Eine Bezugnahme in diesem Fall erfolgt nicht zum Zwecke der Beweisführung. Sie soll z. B. ein bloßes Abschreiben der Urkunde entbehrlich oder ein bis dahin unverständliches Vorbringen verständlich machen.

Trotz dieser verschiedenen Verwendungszwecke ist die Neigung groß, Urkunden, die in Bezug genommen, die einem Schriftsatz beigelegt sind oder deren Vorlegung angekündigt ist, lediglich unter dem Blickwinkel des Urkundenbeweisrechts zu sehen². Das wird einmal durch die schwerpunktmäßige Behandlung der Urkunden in den §§ 415 ff. ZPO, mehr aber noch damit zu erklären sein, daß in diesen Bestimmungen dem Gericht und den Parteien klare Maßstäbe für die Behandlung und die Bewertung von Urkunden an die Hand gegeben werden. Auf das

¹ Die Ausdrucksweise der §§ 415—418 ZPO, wonach Urkunden „vollen Beweis“ erbringen, ist eine Reminiszenz an die Zeiten gesetzlicher Beweisregeln, in denen z. B. auch dem halben Beweis Bedeutung zukam (vgl. *Endemann*, *Beweislehre*, S. 57 ff.; *Zink*, S. 12). Unter dem Prinzip der freien Beweiswürdigung, das keine „stehenden Tarife“ (*Zink*, aaO.) für die Ermittlung des Beweiswertes kennt, ist diese Unterscheidung und damit die Fassung der §§ 415—418 ZPO heute (§ 286 I ZPO) überholt (anders *Brunns*, Rz. 194).

² Vgl. etwa *Bergerfurth*, Rz. 363.

Problem, wie denn mit Urkunden zu verfahren ist, die nicht in den Geltungsbereich der §§ 415 ff. ZPO fallen, etwa weil ihre Ankündigung ein unzulässiger Beweisantritt sein soll³, wird nur selten eingegangen — dies vielleicht deswegen, weil die Frage von der ZPO nur sporadisch und zudem in Bestimmungen (§§ 131, 134, 135, 142, 273 II Nr. 1 ZPO) beantwortet wird, die aufs Ganze gesehen eine klare Linie vermissen lassen.

So fällt schon auf den ersten Blick der Mangel an Übereinstimmung zwischen den in der Konsequenz gleichen Bestimmungen in § 142 I ZPO einerseits und in § 273 II Nr. 1 ZPO andererseits auf. Während dort die Vorlegungsanordnung von einer Bezugnahme auf die Urkunde abhängig sein soll, sieht § 273 II Nr. 1 ZPO für die Zulässigkeit einer vorbereitenden Maßnahme von diesem Erfordernis ab. Die Widersprüchlichkeit, die darin zu liegen scheint, führt zu gleichermaßen entgegengesetzten Folgerungen. Während nämlich die einen⁴ für eine Einschränkung des § 142 ZPO in dem Sinne plädieren, daß im Rahmen dieser Bestimmung eine Bezugnahme ebenfalls entbehrlich sein soll, beharren andere⁵ in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut auf der Forderung nach einer Bezugnahme als Voraussetzung der Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO.

Für eine Bevorzugung der vermeintlich eindeutigen Bestimmungen des Urkundenbeweisrechts besteht dennoch kein Grund.

Das sei zunächst mit wenigen Worten wiederum am Beispiel der §§ 142, 273 II Nr. 1 ZPO gezeigt. Gibt man sich nämlich nicht damit zufrieden, in der mangelnden Anpassung von § 273 II Nr. 1 ZPO⁶ an § 142 ZPO ein gesetzgeberisches Versehen zu erblicken, und versucht man statt dessen, beiden Bestimmungen ihren Platz einzuräumen, so finden sich dafür ausreichende Anhaltspunkte. Es ist vorstellbar, daß allein eine Anordnung nach § 142 ZPO von einer vorgängigen mündlichen Verhandlung abhängig ist⁷. Ferner könnte der Begriff der *Bezugnahme*

³ Man denke an den auch in anwaltlichen Schriftsätzen häufig anzutreffenden Passus: „Beweis: Vorlage der (näher bezeichneten) Urkunde im Termin“; siehe *Bergerfurth*, Rz. 363; *Bernhardt*, ZPR, § 38 IV 1 a, S. 243; *Hoche / Haas*, § 62, S. 141.

⁴ Vgl. statt vieler *Stein / Jonas / Pohle*, 19. Aufl., § 142 Anm. I; ferner unten § 11 I 3 Fn. 176.

⁵ *Rosenberg / Schwab*, § 78 III 3, S. 441; *Baumbach / Lauterbach / Hartmann*, § 142 Anm. 1.

⁶ § 273 ZPO stimmt weitgehend mit § 272 b ZPO a. F. (bis zum Inkrafttreten der Vereinfachungsnovelle am 1. 7. 1977 [BGBl. 1976 I 3281; zum Zeitpunkt des Inkrafttretens siehe dort Art. 12]) überein. Diese Vorschrift war in ihrer früheren Gestalt eingefügt worden erst durch die Novelle 1924 (Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten [RGBl. I 135; 437 (Neubekanntmachung des Textes der ZPO)]).

⁷ Vgl. *Rosenberg / Schwab*, § 78 III 3, S. 441; *Baumbach / Lauterbach / Hartmann*, § 142 Anm. 1.

in § 142 ZPO nicht wertungsfrei in dem Sinne zu verstehen sein, daß — wie nach § 273 ZPO — jede auch nur erwähnte Urkunde nach Maßgabe des § 142 ZPO vorzulegen ist. Faßt man nämlich als Bezugnahme nur die Äußerung des Willens auf, die Urkunde gegebenenfalls *als Beweismittel* zu benutzen⁸, so scheiden aus dem Anwendungsbereich des § 142 ZPO solche Urkunden aus, auf die eine Partei lediglich zum Zwecke der Erläuterung oder Ergänzung ihres Vorbringens verweist. Die Geeignetheit der Urkunde zu diesem Zweck ist aber auf der anderen Seite vielleicht eines der Kriterien, die über die Zulässigkeit einer vorbereitenden Maßnahme nach § 273 II Nr. 1 ZPO entscheiden. Denn die Vorlegung von Urkunden setzt anders als die Ladung von Zeugen und Sachverständigen (§ 273 II Nr. 4, III ZPO) nicht voraus⁹, daß der Beklagte dem Klageanspruch widersprochen hat und deswegen eine Beweisaufnahme zu erwarten ist. Darum soll nach § 273 II Nr. 1 ZPO auch die Klarstellung tatsächlichen Vorbringens und somit die Vorlegung von Urkunden zu diesem Ziel aufgegeben werden können¹⁰.

Noch ein weiteres Merkmal des § 142 ZPO fehlt in § 273 II Nr. 1 ZPO. Während nämlich § 142 ZPO die Vorlegungslast nur derjenigen Partei begründen kann, welche die Urkunden *in ihren Händen* hat¹¹, kann dem Wortlaut des § 273 II Nr. 1 ZPO zufolge auch der Partei die Vorlegung aufgegeben werden, die in keiner derart engen tatsächlichen Beziehung zur Urkunde steht. Schließt man etwa den mittelbaren Besitzer einer Urkunde aus dem Kreise der Personen aus, die nach § 142 ZPO vorlegungsbelastet sind¹², so kann sich für ihn folglich eine Vorlegungslast doch aufgrund einer nach § 273 II Nr. 1 ZPO ergangenen Anordnung ergeben.

§ 2. Die praktische Bedeutung der Urkunde im Zivilprozeß

Wegen ihrer vielseitigen Verwendbarkeit sind Urkunden, die zunächst für außerprozessuale Zwecke gefertigt wurden, im Zivilprozeß häufig anzutreffen. So gehört die Konfrontation mit schriftlichen Ver-

⁸ So z. B. *Planck*, Bd. II 1, § 97 II 4, S. 107; *Siegel*, S. 96 f.

⁹ Zum Streit um die zwingende Natur von Sollvorschriften (§ 273 III S. 1 ZPO) *Pohle*, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 39 ArbGG (unter 3.).

¹⁰ Wenn darüber hinaus nach § 273 II Nr. 1 ZPO auf die Bereitstellung von Urkunden als Beweismittel hingewirkt werden könnte (*Thomas / Putzo*, § 273 Anm. 1; *Wieczorek*, § 272 b Rz. C I b; *Zöller / Stephan*, § 273 Anm. II 2 a; ferner *Baumbach / Lauterbach / Hartmann*, § 273 Anm. 3 B), würde der Gesichtspunkt der Bezugnahme wiederum zu einer partiellen Überschneidung der Anwendungskreise von § 142 ZPO und § 273 II Nr. 1 ZPO führen.

¹¹ Zu diesem Begriff zunächst *Stein / Jonas / Schumann / Leipold*, 19. Aufl., § 421 Anm. III.

¹² So anscheinend *Thomas / Putzo*, Anm. zu § 421, zu dem dort ebenfalls gebrauchten Begriff des „In-Händen-Habens“.