

Kilian Friedrich

# Das Gebot der zivilprozessualen Waffengleichheit

Grundrechtsgleiches Recht, Prozessmaxime, Allzweckwaffe?



**Nomos**

Schriften zum Prozess- und Verfahrensrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Anna H. Albrecht, Universität Potsdam

Prof. Dr. Daniel Oliver Effer-Uhe, BSP Business and  
Law School Berlin

Prof. Dr. Olaf Muthorst, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Birgit Peters, LL.M., Universität Trier

Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M. oec., Bucerius Law School

Prof. Dr. Philipp Reimer, Universität Konstanz

Prof. Dr. Benno Zabel B.A., Universität Bonn

Band 8

Kilian Friedrich

# Das Gebot der zivilprozessualen Waffengleichheit

Grundrechtsgleiches Recht, Prozessmaxime, Allzweckwaffe?



**Nomos**

Diese Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium der Hanns-Seidel-Stiftung e.V. gefördert. Die Publikation wurde durch die Universität Passau finanziell unterstützt (Open-Access-Publikationsfonds der Universitätsbibliothek).

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8460-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-2841-6 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – hat die vorliegende Arbeit im Sommertrimester 2021 als Dissertation angenommen; Tag der mündlichen Prüfung war der 7. Juli 2021. Die Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter von Herrn Prof. Dr. Jens Prütting entstanden, dem mein größter Dank gebührt. Er hat mich auch jenseits der hervorragenden Betreuung meines Promotionsvorhabens in vielfältiger Weise gefördert, insbesondere auch Einblicke in die Praxis vermittelt, die ich als ungemein bereichernd empfunden habe. Herrn Prof. Dr. Dr. hc. mult. Hanns Prütting danke ich für die zügige Zweitbegutachtung dieser Arbeit.

Danken für einen intensiven Austausch möchte ich auch meinen geschätzten Kollegen und Mitpromovenden am Institut für Medizinrecht. Insbesondere danke ich Frau Jil Schneider und Herrn Tom Wolk für ihre klugen und konstruktiven Hinweise sowie die sorgsame Endredaktion dieser Arbeit.

Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich meiner Familie und meiner Frau Clara. Sie haben mich während meiner gesamten Ausbildung bedingungslos unterstützt und mir auch während der weniger euphorischen Phasen der Anfertigung meiner Doktorarbeit Zuversicht vermittelt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im September 2021

*Kilian Friedrich*



## Inhaltsübersicht

1. Teil: Einführung	19
A. Gegenstand der Arbeit	19
B. Gang der Untersuchung	22
C. Begrenzungen	23
D. Hypothesen	24
2. Teil: Die Entwicklung des Zivilprozesses	27
A. Die Zwecke des Zivilprozesses	27
B. Der Zivilprozess unter Änderungsdruck	31
3. Teil: Das Gebot der prozessualen Waffengleichheit – Der Status quo	37
A. Einleitung	37
B. Die Entwicklung der Waffengleichheit	37
C. Definitionen der Waffengleichheit	42
D. Normative Verortung	44
E. Materielles oder formales Verständnis?	51
F. Adressaten der Waffengleichheit	55
G. Terminologie	61
H. Zwischenergebnis	64
I. Kasuistik	65
J. Spannungsfelder	116
K. Zwischenergebnis	126
4. Teil: Das Gebot der prozessualen Waffengleichheit – Grundrechtsgleiches Recht, Prozessmaxime, Allzweckwaffe?	129
A. Die prozessuale Waffengleichheit – ein grundrechtsgleiches Recht?	129
B. Die prozessuale Waffengleichheit – eine Prozessmaxime?	152

*Inhaltsübersicht*

C. Die prozessuale Waffengleichheit – eine Allzweckwaffe?	174
5. Teil: Die prozessuale Waffengleichheit in ausgewählten Rechtsgebieten – Anknüpfungspunkte und Legitimation verfahrens- und beweisrechtlicher Besonderheiten	178
A. Einleitung	178
B. Der Arzthaftungsprozess	184
C. Der Bauprozess – Die Geltendmachung von Mängeln im privaten Baurecht	231
D. Der Mietprozess	251
E. Der Verkehrsunfallprozess	293
F. Fazit	316
6. Teil: Sachnähere Argumentationsmuster	320
A. Darlegung und Beweis	320
B. Parteiherrschaft und Richtermacht	344
7. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	363
A. Thesen zum Gebot der prozessualen Waffengleichheit	363
B. Thesen zu den einzelnen Referenzgebieten	368
C. Thesen zum Verhältnis von parteilicher Mitwirkungsverantwortung und gerichtlicher Aufklärungspflicht	372
Literatur- und Quellenverzeichnis	375



## Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einführung	19
A. Gegenstand der Arbeit	19
B. Gang der Untersuchung	22
C. Begrenzungen	23
D. Hypothesen	24
2. Teil: Die Entwicklung des Zivilprozesses	27
A. Die Zwecke des Zivilprozesses	27
B. Der Zivilprozess unter Änderungsdruck	31
3. Teil: Das Gebot der prozessualen Waffengleichheit – Der Status quo	37
A. Einleitung	37
B. Die Entwicklung der Waffengleichheit	37
I. Der Startschuss Böttichers	37
II. Weiterer Fortgang	39
C. Definitionen der Waffengleichheit	42
D. Normative Verortung	44
I. Verfassungsrechtliche Herleitung	45
II. Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 GRCh	46
III. Systemimmanenter Grundsatz der ZPO	48
IV. Relevanz der Herleitung	49
1. Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG	49
2. Möglichkeit der Erhebung einer Individualbeschwerde nach Art. 34, 35 EMRK	50
3. Die Überlastung der Gerichte	51
E. Materielles oder formales Verständnis?	51
F. Adressaten der Waffengleichheit	55
I. Gesetzgeber	56

*Inhaltsverzeichnis*

II. Gerichte	57
III. Prozessparteien	59
G. Terminologie	61
H. Zwischenergebnis	64
I. Kasuistik	65
I. Zugangsgleichheit	65
1. Abbau finanzieller Zugangshürden	66
a) Prozesskostenhilfe und Kostenerstattungsansprüche	66
b) Erfolgshonorare nach § 4a RVG	70
c) Gewerbliche Prozessfinanzierung	71
2. Kollektiver Rechtsschutz	73
3. Gerichtsstände	75
4. Schiedsverfahrensrecht	76
5. Zwischenergebnis	77
II. Mitwirkungsgleichheit	78
1. Gleichbehandlung im laufenden Verfahren	78
a) Fristen und Fristverlängerungen	78
b) Präklusion	79
c) Anwaltszwang nach § 78 Abs. 1 ZPO und Beiordnung nach § 121 Abs. 2 ZPO	80
d) Zwischenergebnis	82
2. Sachverhaltsermittlung	83
a) Modifikation von Darlegungsanforderungen	84
aa) Grundlegende Begriffe	85
bb) Die Praxis der Rechtsprechung	86
cc) Zwischenergebnis	87
b) Zugang zu streitentscheidenden Informationen	88
aa) Vorprozessuale Auskunftsansprüche	88
bb) Beweisaufnahme trotz unsubstantiierten Vortrags	90
cc) Sekundäre Darlegungslast	91
dd) Zwischenergebnis	92
c) Zugang zu Beweismitteln	93
aa) Die Dombo Beheer-Entscheidung des EGMR	94
bb) Die Vier-Augen-Rechtsprechung des BGH und des BVerfG	95
cc) Zwischenergebnis	98
d) Verwertbarkeit von Beweismitteln	99

e) Verhandlungsleitung und kompensatorische Gerichtsaktivität	102
aa) Die rechtspolitische Dimension der Frage nach gerichtlicher Aktivität	102
bb) § 139 ZPO als Einfallstor richterlicher Kompensation	103
cc) Die §§ 142 ff. ZPO als weitere Einfallstore	105
f) Prozesstaktische Gestaltungsmöglichkeiten	107
aa) Widerklage	107
bb) Alternative Klagehäufung	109
cc) Anschlussrechtsmittel	109
dd) Verdeckte Teilklage	109
ee) Streitverkündung und Nebenintervention	110
ff) Dispositionsakte	110
gg) Prozesstaktische Gestaltungsmöglichkeiten als Aufgabe der Rechtsanwaltschaft	111
3. Beweislast und Beweiserleichterungen	112
a) Grundlegende Begriffe	112
b) Beweislast	114
c) Beweisführungslast	115
J. Spannungsfelder	116
I. Dispositionsmaxime	116
II. Beibringungsgrundsatz	117
1. Inhalt	117
a) Darlegungslast	118
b) Beweis	119
2. Legitimation des Beibringungsgrundsatzes	120
III. Richterliche Neutralität	121
IV. Konfliktpotenziale mit dem Grundsatz der Waffengleichheit	122
1. Formelle Waffengleichheit	122
2. Materielle Waffengleichheit	123
K. Zwischenergebnis	126

*Inhaltsverzeichnis*

4. Teil: Das Gebot der prozessualen Waffengleichheit – Grundrechtsgleiches Recht, Prozessmaxime, Allzweckwaffe?	129
A. Die prozessuale Waffengleichheit – ein grundrechtsgleiches Recht?	129
I. Entscheidungspraxis des BVerfG	130
1. Der Arzthaftungsbeschluss aus dem Jahr 1979	130
2. Die presserechtlichen Entscheidungen aus dem Jahr 2018 und 2020	132
a) Die Vorgeschichte	132
b) Die Verfahren aus dem Jahr 2018	133
aa) Die vorausgegangenen Entscheidungen des LG Köln und des LG Hamburg	133
bb) Die Entscheidungen des BVerfG	134
cc) Die verfassungsgerichtliche Selbstbescheidung im Rahmen der Prüfung der Gehörsrüge	135
(1) Die Heilung des Verstoßes durch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Widerspruchsverfahren	136
(2) Beschränkungen des Prüfungsumfangs?	137
c) Die Bestätigung im Jahr 2020	139
3. Zwischenergebnis	141
II. Die prozessuale Waffengleichheit als Oberbegriff	141
1. Definition	142
2. Fehlende Abgrenzung	144
3. Begriffliche Inkongruenzen im transnationalen Mehrebenensystem des Grundrechtsschutzes	146
4. Die Risiken der Verwendung eines Oberbegriffs	148
III. Zwischenergebnis	151
B. Die prozessuale Waffengleichheit – eine Prozessmaxime?	152
I. Einordnungen in der Literatur	152
II. Die Bedeutung von Prozessmaximen	153
1. Ursprünge des Maximendenkens und Kritik	154
2. Das Verhältnis von Prozessgrundrechten und Prozessmaximen	156
a) Die Kritik Leipolds und Reaktionen	156
b) Terminologie	158
aa) Enges Begriffsverständnis	159
bb) Weites Begriffsverständnis	160
cc) Zwischenergebnis	161

III. Mehrwert von Verfahrensgrundsätzen	161
1. Rechtspolitische und rechtsstaatliche Funktion	161
2. Maximen als Argumentationsmaterial	163
3. Sonstige Funktionen	164
IV. Übertragung auf das Gebot der Waffengleichheit	165
1. Rechtspolitische und rechtsstaatliche Funktion	165
2. Die Waffengleichheit als Argument	167
3. Sonstige Funktionen	171
4. Zwischenergebnis	172
C. Die prozessuale Waffengleichheit – eine Allzweckwaffe?	174
5. Teil: Die prozessuale Waffengleichheit in ausgewählten Rechtsgebieten – Anknüpfungspunkte und Legitimation verfahrens- und beweisrechtlicher Besonderheiten	178
A. Einleitung	178
I. Die Auswahl der Referenzgebiete	178
II. Das Prüfungsprogramm	181
1. Anknüpfungspunkte verfahrens- und beweisrechtlicher Besonderheiten	181
2. Legitimation verfahrens- und beweisrechtlicher Modifikationen	183
3. Vorgehensweise	184
B. Der Arzthaftungsprozess	184
I. Einleitung	184
II. Behandlungsfehlervorwurf	187
1. Materiell-rechtliches Wertungsgebäude	187
2. Die Schwierigkeiten patientenseitiger Beweisführung als Ausgangspunkt verfahrens- und beweisrechtlicher Modifikationen	188
3. Die Grundrechtsbetroffenheit des Patienten	190
4. Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Arzthaftungsprozess	191
a) Reduzierte Darlegungsanforderungen	191
aa) Der Maßstab des BGH	191
bb) Jüngere obergerichtliche Entscheidungen zur Substantiierungspflicht	192
(1) OLG Köln	193
(2) OLG Jena	193
(3) LG Dresden	194

*Inhaltsverzeichnis*

(4) OLG Bremen	195
cc) Literatur	195
dd) Zwischenergebnis	196
b) Die sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite	198
c) Gerichtliche „Amtsermittlung“	202
aa) Beiziehung der Krankenunterlagen	203
bb) Beweiserhebung ohne Antrag	204
cc) Der Sachverständigenbeweis	205
dd) Parteivernehmung nach § 448 ZPO und Parteianhörung nach § 141 ZPO	207
ee) Zwischenergebnis	208
5. Beweislastumkehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers	208
a) Legitimationsversuche der Rechtsprechung	211
aa) Gerechte Interessenabwägung und Billigkeit	211
bb) Prozessuale Waffengleichheit	211
cc) Verdunkelungsmoment und Billigkeit	213
dd) Zwischenergebnis	217
b) Kodifikation im Patientenrechtegesetz	217
c) Reformerrwägungen	218
d) Zwischenergebnis	219
III. Die Aufklärungsrüge	220
1. Einleitung	220
2. Die materiell-rechtliche Wertung	221
3. Der „immer-so“-Beweis	222
a) Die Beweisnot des Arztes als Ausgangspunkt der „immer-so“-Rechtsprechung	222
b) Grundlagen des „immer-so“-Beweises und Legitimationsversuche – in dubio pro medico?	224
c) Zwischenergebnis	227
4. Die hypothetische Einwilligung	228
IV. Zwischenergebnis	230
C. Der Bauprozess – Die Geltendmachung von Mängeln im privaten Baurecht	231
I. Einleitung	231
II. Materiell-rechtliche Grundlagen	232
1. Privates Baurecht als besondere Form des Werkvertragsrechts	232
2. Rechtsbehelfe des Werkbestellers	233

III. Die fachliche Unkenntnis des Werkbestellers als Anknüpfungspunkt moderater Darlegungsanforderungen	234
1. Der Bauherr als fachlicher Laie	234
2. Die Rechtsprechung des BGH	235
3. Zwischenergebnis	237
4. Die Begründung der Rechtsprechung	239
5. Sekundäre Darlegungslast des Werkunternehmers	242
IV. Zahlungsansprüche des Unternehmers bei unberechtigter Inanspruchnahme	243
V. Die Tätigkeit des Sachverständigen	245
1. Notwendigkeit zur fachlichen Initiative und Besorgnis der Befangenheit	245
2. Mitwirkungsobliegenheiten der Parteien und Dritter	247
VI. Keine beweisrechtlichen Folgerungen	248
VII. Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten	248
VIII. Zwischenergebnis	250
D. Der Mietprozess	251
I. Mietminderung bei Mängeln der Mietsache	252
1. Das materiell-rechtliche Wertungsgebäude	252
2. Anforderungen an die Darlegungslast	253
a) Die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG	254
aa) Die Entscheidungspraxis des XII. und VIII. Senats des BGH	254
bb) Die Entscheidung des BVerfG	258
b) Die Begründungslinie der Rechtsprechung	259
aa) Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung	259
bb) Keine Pflicht zur Darlegung in Betracht kommender Mangelursachen	263
(1) Keine Ableitung aus dem Charakter von § 536 Abs. 1 BGB	263
(2) Der Mieter als technischer Laie	264
(3) Zwischenergebnis	265
II. Die Eigenbedarfskündigung	266
1. Materiell-rechtliche Grundlagen	268
a) Das berechnete Interesse des Vermieters	268
b) Das Widerspruchsrecht des Mieters	270
c) Formaler Mieterschutz	271

*Inhaltsverzeichnis*

2. Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten	272
a) Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB	272
aa) Schwierigkeiten in der Beweisführung des Vermieters	272
(1) Darlegung des Eigennutzungswunsches und Bestreiten	273
(2) Parteivernehmung nach §§ 447, 448 ZPO und Parteianhörung nach § 141 ZPO	274
(3) Mittelbare Beweisführung durch Darlegung von Stütztatsachen?	276
b) Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 BGB	277
aa) Darlegung der Härtegründe	277
(1) Gesundheitliche Nachteile	277
(2) Beschaffung von Ersatzwohnraum	279
bb) Bestreiten der Härtegründe	280
cc) Die Grundrechtsbetroffenheit der Parteien als Auslöser einer gerichtlichen Amtsermittlungspflicht?	280
(1) Die Rechtsprechung des BGH	281
(2) Die Grundrechte als ermessensleitendes Kriterium?	283
(3) Ermessensreduktion auf Null auch bei außerordentlichen Kündigungen?	288
3. Schadenersatz bei vorgetäuschem Eigenbedarf	290
III. Zwischenergebnis	291
E. Der Verkehrsunfallprozess	293
I. Materiell-rechtliche Grundlagen	294
II. Die Schwierigkeiten der Beweisführung	295
1. Darlegungs- und Beweislast	296
2. Zugang zu Beweismitteln	296
a) Parteianhörung und Parteivernehmung	297
aa) Auswirkungen des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit?	297
bb) Zwischenergebnis	299
b) Augenscheinsbeweis: Prozessuale Verwertbarkeit von Dash-Cam-Aufzeichnungen	300
aa) Der Streitstand bis zur Entscheidung des BGH	301
bb) Die Entscheidung des BGH	302



cc) Kritik	304
dd) Auswirkungen auf die prozessuale Waffengleichheit	306
3. Möglichkeiten gerichtlicher Sachverhaltsaufklärung	307
a) Sachverständigengutachten: Einholung von Amts wegen?	307
b) Weitere Formen gerichtlicher Sachverhaltsaufklärung	310
c) Zwischenergebnis	312
4. Prozesstaktische Gestaltungsmöglichkeiten	313
III. Zwischenergebnis	315
F. Fazit	316
6. Teil: Sachnähere Argumentationsmuster	320
A. Darlegung und Beweis	320
I. Darlegungslast	320
1. Die Formeln der Rechtsprechung	321
a) Die Anforderungen an die Darlegungslast	321
b) Die alternative Formulierung des BGH	322
c) Unterschiede	322
d) Der Widerspruch zu den tatsächlichen Anforderungen	323
e) Formulierungsvorschlag	324
f) Verhältnis zum Ausforschungsbeweis	325
2. Der Mehrwert einer entsprechenden Modifikation	327
a) Kriterien zur Konkretisierung	328
aa) Materielle Rechtslage	329
bb) Sphäre	330
cc) Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Fachmanns	330
dd) Schwere Grundrechtsbetroffenheit der Parteien	332
b) Nachteilige Auswirkungen niedriger Substantiierungslast	333
II. Zugang zu Beweismitteln	334
III. Beweiserleichterungen	335
IV. Beweislastumkehr	337
1. Die Hühnerpest-Entscheidung des BGH – Beweislastumkehr für das Verschulden	340
a) Analogie zu den §§ 836 ff. BGB	340
b) Herrschafts- bzw. Gefahrenbereich	341

*Inhaltsverzeichnis*

c) Interessenabwägung unter Berücksichtigung gesetzlicher Wertungsmaßstäbe	341
2. Die Rechtsprechung zu groben Berufspflichtverstößen – Beweislastumkehr für die Kausalität	342
B. Parteiherrschaft und Richtermacht	344
I. Das duale Verantwortungsmodell der ZPO zur Sachverhaltsrekonstruktion	346
1. Ausgangspunkt Beibringungsgrundsatz	346
2. Einfallstore gerichtlicher Sachverhaltsaufklärung	348
a) Materielle Gerechtigkeit vs. Prozessökonomie vs. effektiver Rechtsschutz	349
aa) Ermessensleitende Kriterien	350
(1) Bedeutung der materiellen Grundrechte und Intensität ihrer Beeinträchtigung	350
(2) Gegenstandswert	353
(3) Erwartbarer Zeitverzug	354
(4) Ungeeignete Kriterien	355
bb) Ermessensreduktion auf Null?	356
b) Überprüfung der trichterlichen Ermessensausübung	357
II. Die Rolle der Anwaltschaft	360
7. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	363
A. Thesen zum Gebot der prozessualen Waffengleichheit	363
B. Thesen zu den einzelnen Referenzgebieten	368
I. Arzthaftungsprozess	368
II. Bauprozess	369
III. Mietprozess	370
IV. Verkehrsunfallprozess	371
V. Verbindungslinien zwischen den Referenzgebieten	371
C. Thesen zum Verhältnis von parteilicher Mitwirkungsverantwortung und gerichtlicher Aufklärungspflicht	372
Literatur- und Quellenverzeichnis	375