

# Angle

## 民事證據法

---

姜世明 著

元照出版公司

# Angle

## 編輯說明

法學的發展需要透過研究者與實務操作者不斷地在同一領域運用思辨和釋義來釐清與推動。「月旦滙豐專題系列」集結歷來學者專家的智慧結晶，此系列不僅僅是學者或實務工作者可透過閱讀，與作者進行思想上辯證外，更提供學子們研究法學先進思想精華的最佳方法。

本系列之主題，除了傳統重要法學研究，並對近年社會爭議的時事議題、新興領域發展及科際整合所衍生之問題皆有所收錄，以呈現法學研究在每個階段性的成果，期盼能作為法學之發展與回顧的基石。

# Angle

## 目 錄

- ◎民事證據能力及違法取得證據之可利用性 .....1
- ◎再論臺灣部分民事證據法學理及實務之新開展 .....53
- ◎部分民事證據法理之變遷 .....99
- ◎釋明程序中之證據方法提出  
——評最高法院98年度台抗字第928號民事裁定 .....125
- ◎違法取得證據之可利用性  
——簡評台灣台北地方法院92年度訴字第3159號民事判決 .....147

# Angle

## 民事證據能力及違法取得證據之可利用性

---

### 壹、案 例

一、甲男與乙女於民國（下同）八十年間結婚，育有子女二人，婚姻生活初尚稱和睦，詎乙自八十七年間起經常深夜未歸，且藉故吵架及不與甲同房，而引起甲之起疑。甲乃在自家電話安裝電話錄音，並委請徵信社職員丁跟蹤，而取得以下證據。證據a：甲家中電話錄音帶一捲，內容有親暱猥褻對話、證據b：因跟蹤而拍攝到乙女與丙男在公園之親暱照片、證據c：因跟蹤而拍攝到乙女與丙男座車駛進某汽車旅館之照片、證據d：丁在丙家中鑽牆瓦裝設錄影機而錄得之某日乙女及丙男之性交畫面。問：

(一)證據a、b、c、d可否於甲所提起之離婚及損害賠償之民事訴訟中被利用？

(二)若甲將錄影帶翻拍成照片、並聲請傳訊證人丁作證，該照片及丁之證詞是否可被利用？

(三)若甲係將錄影機裝設在自己家中而錄得，其結論有否不同？

二、甲於九十二年三月五日向乙購買汽車一輛，甲於同年四月一日發現該車係瑕疵車，乃於同年四月二日以電話向乙表示異議，乙表示願賠償甲新臺幣二十萬元，甲於電話中表示同意。詎乙事後，拒不認帳。甲乃以乙為被告，向法院起訴請求被告乙應給付原告甲新臺幣二十萬元及利息等。因乙否認其曾

同意賠償系爭金額之事實，甲乃聲請法院傳訊其母丙為證人，而以丙乃於甲、乙為前開電話磋商時，在乙不知情下曾聽聞甲乙對話者（利用電話分機或免持聽筒等設備）。乙則抗辯，證人丙之行爲係侵害乙之秘密通訊自由及一般人格權等，其證詞不可於民事程序中被利用，問乙之抗辯是否有理由？

## 貳、幾個考量因素

關於違法取得證據是否在民事訴訟程序中可被利用，在程序上值得注意之考量因素包括：

### 一、合憲性控制

對於違法取得證據是否得在民事訴訟程序中被利用，其中被考慮之因素，首要者乃因司法行爲係公權力之行使，法院對於證據之取捨，其不僅對於當事人之權利義務之確認結果有所影響，即在法院證據調查活動，公權力之行使過程中，亦可能因法院執行職務不當，而對於人民之基本權有所干預，對此，自亦有自憲法高度對於法院之行爲作合憲性審查之必要。因而，法院對於當事人一造違法取得證據如認為可利用，其利用違法取得之結果，對於被侵害者而言，其基本權、公正程序請求權是否遭受侵害，自屬值得注意考量之事項。

### 二、民事程序與刑事程序之區別

民事訴訟係對於私權糾紛進行權利義務之確認與實現之程序，刑事訴訟則係國家確定刑罰權之機制。對於證據禁止法則之確立，其所以自刑事訴訟中出發探索，乃因對於犯罪嫌疑人或被告刑罰權之確認，通常係有公權力之主導，若因司法警察

之違法取證，造成冤獄，其侵害人權情事甚為明顯，自有該等法則建立之必要。惟在私人違法取證，其取證階段並非公權力之行使，私人間侵權行為，另有民刑事之責任可追究，是否需在訴訟程序中為證據禁止，乃有爭議之空間。

### 三、民事訴訟中真實之發現相對化

民事之目的具有多元性，若以實體權利之實現作為其目的，固易導引真實發現（價值、目的）之絕對化，但此一絕對化傾向在理論上仍應受若干因素制約。例如，訴訟程序之真實發現尚受處分權主義、辯論主義之限制，而此等因素則具有指向法院無法絕對掌握還原真相的權力（尤其在民事訴訟法，亦承認失權與若干證據拒絕之事由，更突顯民事訴訟之真實發現有其界線）。另外，真實發現亦受相關法理之制約，如誠信原則、正當程序及其他憲法原則。尤其，若訴訟制度有相關為發現真實之配套制度，例如因訴訟制度社會化、武器平等觀念引入，因而有若干舉證責任減輕方法得予適用，並使逼舉證人入梁山（指非用非法取證不足證明事實者）之虞降低，均使訴訟制度於真實發現有擴大手段合理化要求之空間。而此種合乎理性選擇之前提，即決定法院於民事程序追求事實發現時，須就誠信原則、正當程序、甚至憲法權利保障及預防理論，均予適度酌量之基礎。如此，對於期待在訴訟程序中可利用違法取證之立場，此一不擇手段之程序觀，其正當性基礎難免受到質疑。

### 四、對於違法行為之影響

在法政策面上，於實體法可被評價為違法之行為，若在訴訟程序中，該違法行為所獲得之結果，可被利用於訴訟中做為

證據之用，而能使取得勝訴之判決，則是否因此而造成鼓勵侵權及犯罪，對於整體法秩序之維護，可能受到不平衡之衝擊。對於證據禁止之預防目的，是否在私人取證方面，完全不存在其意義，亦為思考違法取得證據之可利用性時，所應顧慮及思考者。

## 五、自由心證之界限

傳統上，對於自由心證之定義乃認為法官對於證據能力及證據價值有其決定之自由，但對於證明能力是否果真存在法院之利用自由，不僅涉及民事訴訟法對於嚴格證明及自由證明法則之認識，且涉及對於違法取得證據可利用性之立場抉擇問題。若承認民事訴訟中仍以嚴格證明為認定實體要件事實之證據原則，則證據方法之利用並非完全自由。若認為違法取得證據之可利用性，具有其界限，則該界限亦將對於自由心證之自由性加以限縮。

## 六、實體利益與程序利益之考量

對於民事訴訟法之當事人，權利者主張者欲伸張其權利需要取得足夠證據，而此一證據取得於部分情形並非容易，因而對於違法取得證據是否可被利用，經常涉及權利主張者之財產權、自由權、身分權等法益能否被實現之問題。而對於相對人而言，若權利主張者為取得勝訴，而侵害其財產權、自由權、隱私權等類權利，其代價之付出對於相對人是否過苛？而在程序上，權利主張者可否主張其實體權利實現需有程序上證明權，而相對人對於公正程序之原則，是否因法院利用違法證據而遭到破壞？此等法益之彼此牽制衝擊，亦為考量此一問題，應加以注意者。

## 七、合目的性替代方式及舉證責任減輕

對於違法取證之可利用性，在訴訟實務上，若以真實發現而言，或有基於權利主張者之證明需要作為理解基礎，因而持較為積極之看法。但在法院之認定事實過程中，關於證據方法之選擇，固具其多樣性，並非僅以證人或文書為限。而證據之利用，亦非僅直接證據可利用，即間接證據亦屬可利用者。甚至不同類型有可能存在一定之經驗法則，以間接事實及經驗法則推論，未必不能滿足法院心目中所欲實現之法院自認為之正義。況對於舉證人而言，必要時亦有舉證責任減輕或強化對造事案解明義務之可能，似非如想像之與正義絕緣或絕望。因而對於此類制度之熟悉與否，亦與此問題之發展有所關聯。

### 參、學說見解

#### 一、德國法上見解

##### (一) 分離原則之確立與修正

就違法取得證據於訴訟程序中之可利用性，向來即有法秩序一致（統一）性說（*Einheit der Rechtsordnung*）與分離（區分）原則（*Trennungsgrundsatz*）之爭論。依據法秩序一致性（或稱為法秩序統一性說<sup>1</sup>）見解，乃認為實體法與訴訟法均屬統一法秩序之一部分，故在實體法上違法收集之證據方法、證據資料，在訴訟上應排除其利用。就法秩序一致性而言，其將證據取得行為之實體法違法性與訴訟程序中證據提出與評價之

<sup>1</sup> 參閱駱永家，違法收集證據之證據能力，月旦法學雜誌，72期，2001年5月，15頁。

合法性結合，而作相同之非價評斷，而於法體系價值可能存在若干一致性取捨可能而言，固非完全無理。但其忽略實體法規範目的與訴訟程序目的可能存在之差異，及因其差異性所可能造成對於不同法域所可能對於某行為及結果所存在之不同評價之可能性，在理論上似尙有不周延之處。<sup>2</sup>

分離原則區分實體法違法性（即證據取得違法性）與程序法利用（證據提出與評價）之合法性二者，並認為二者並不同以觀。亦即，證據取得行為之實體法違法性，與訴訟程序之利用並不相關。<sup>3</sup>惟應注意，分離原則並不當然推論違法取得證據即得於訴訟程序中被利用，終究法規範本身具有體系關聯與若干價值取捨所可能存在之一致性，若完全無限制令違法取得證據被利用於訴訟程序中，則如何使不法者不能獲得利益之原則獲得確保、預防大眾競為同惡及使法規範間價值得到平衡，則成一難解之題。就分離原則之克服及如何為證據禁止之理論構成，即為學者爭論焦點所在。

## （二）主張違法證據可得利用之理由

學者主張違法證據得於訴訟程序中被利用者，其理由不一，可包括訴訟促進、當事人訊問之可能性、訴訟目的等理論。

就訴訟促進理論而言，論者有認為若不承認違法證據得以利用，於訴訟程序將造成法院因須審理與確認是否存在違法證據之中間爭議，而導致延滯訴訟。<sup>4</sup>雖全面性承認違法取得證據

<sup>2</sup> 參閱駱永家，同前註，15頁。

<sup>3</sup> Vgl. Kaissis, Die Verwertbarkeitmateriellrechtswidrigerlangter Beweismittelim Zivilprozess, 1978, S. 32 m.w.N.

<sup>4</sup> 應注意者係，就促進訴訟原則與違法取得證據之可利用性而言，學者之觀察不盡相同，有將之認為係反對違法取得證據之可利用性者，

之可利用性，某程度可令違法證據取得事實之存在與否爭議得以避免，但民事訴訟雖以促進訴訟為程序原則之一，但並不表示得以不計任何代價為之，因而此一理論之妥當性，值予疑慮。

就當事人訊問之可能性而言，學者有認為因法院得以當事人訊問方式規避證據禁止之效果，是以證據禁止並無意義，因而應承認違法取得證據文書之程序可利用性。<sup>5</sup>但當事人訊問，於德國乃採補充性原則，而其傳訊亦有一定之要件。何況當事人訊問之可信度亦不高，且當事人亦有一定之拒絕陳述權，<sup>6</sup>因而，將此一制度可能性視為反對證據禁止之理由，仍有可疑。

學者亦有強調訴訟程序目的，尤其係為實現私權所須進行之真實發現過程，作為承認違法證據取得可利用性之論據者。<sup>7</sup>但即使刑事程序，亦反對發現真實可不計任何代價。而民事程序除發現真實外，亦須兼顧其他程序法理，學者乃有認為民事程序之真實發現，於違法證據取得可利用性一問題上僅屬價值中立而已。<sup>8</sup>

### (三) 證據禁止之法理依據

為解決違法取得證據於訴訟程序中之可利用性問題，學說

---

但亦有認為係作為承認所有違法取得證據之利用合法性理由者。Vgl. Kaissis, a.a.O., S. 44 m.w.N; Kodek, Rechtswidrigerlangte Beweismittel im Zivilprozess, 1987, S. 102 m.w.N.

<sup>5</sup> Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrigerlangter Beweismittel. Eine Entgegnung, JR 1950, S. 715.

<sup>6</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S. 44 m.w.N. 質疑與補充Kaissis之見解，vgl. Kodek, a.a.O., S. 102 m.w.N.

<sup>7</sup> Roth, Die prozessuale Verwertbarkeit rechtswidrigerlangter Beweismittel, JR 1950, S. 715.

<sup>8</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S. 29.

有提出不少證據禁止之法理依據。例如德國法院組織法第一八三條、證明妨礙、誠信原則、任何人均不得自其違法行為獲利、違法行為激勵之禁止、法規範保護目的理論、法益權衡論、法秩序一致性等。<sup>9</sup>

#### 1. 德國法院組織法第一八三條

有學者以德國法院組織法第一八三條作為證據禁止之依據者。<sup>10</sup>亦即，依該規定法院有義務將於法庭上犯罪行為之要件予以確認，並將所作成筆錄通知主管機關。但如此見解，將法院之法庭上犯罪之告發義務直接推論違法取得證據不得利用，未免有率斷之嫌疑。因其忽略此一規定乃為加強刑事追訴之性質，以及前開規定乃指法庭上犯罪行為，但違法證據取得之行為卻經常係發生在訴訟前與法庭外者。<sup>11</sup>

#### 2. 證明妨礙

學者亦有以類推德國民事訴訟法第四四四條規定以論證其證據禁止理論者，<sup>12</sup>而認為前開條文所規定之關於「當事人一造故意將文書排除或致令不堪用之行為，法院得將相對人於該文書性質及內容之主張視為真正」，得類推於違法取得證據情形與證明妨礙。但批評者認為，前開規定並不以違法性為要

<sup>9</sup> 我國學者另有介紹其他諸如法秩序統一性說、證明權之內在限制說者，駱永家，同註1，15頁。其他亦有以證據方法之可信度質疑、法院不得為犯罪行為之工具、基本權違反及舉證人之損害賠償義務為證據禁止之論據者，相關見解，vgl. Werner, Verwertungsrechtswidrigerlangter Beweismittel, NJW 1988, 999 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> Kellner, Verwendungsrechtswidrigerlangter Briefe als Beweismittel in Ehesachen, JR 1950, S. 271.

<sup>11</sup> Dilcher, Die prozessuale Verwendungsbezugnis. Ein Beitrag zur Lehre vom "rechtswidrigen" Beweismittel, AcP 158, S. 471; Zeiss, Die Verwertungsrechtswidrigerlangter Beweismittel, ZZZ 89 (1976), S. 382 f.

<sup>12</sup> Kellner, a.a.O., JR 1950, S. 271.

件，其與違法證據取得要件不同，並認為前開規定不能做為證據禁止之論據。<sup>13</sup>

### 3.誠信原則

誠信原則係規定於民法中之實體法原則，但其於程序法上之適用性，則已被學說與實務所肯認。<sup>14</sup>Baumgartel即認為，誠信原則為證據禁止之法理基礎。其曾認為經由惡意與不誠實方法取得之證據，依誠信原則為不合法之證據方法，其理由為，若允許訴訟上利用此等違法取得之證據，將無異係對實體違法行為之鼓勵。<sup>15</sup>但因誠信原則係一不確定法律概念，因而使用此一概念作為克服分離原則之理論，亦存在界線探索必要與其具體化之難題。

### 4.任何人均不得自其違法行為獲利

學者亦有以所謂「任何人均不得自其違法行為獲得利益」之一般法律原則，而推得違法證據不得被利用於訴訟程序者。<sup>16</sup>惟前開法律原則固係民法第一六二條（指對違反誠信原則而阻礙條件成就之「處罰」）所隱藏之法律精神，但因其與分離原則之評價可能有所牴觸，在理論上如何說明實體上違法，即推得程序上須予以處罰，仍有疑難。

### 5.違法行為激勵之禁止

如前所述，學者Baumgartel曾主張，若承認違法取得證據之可利用性將造成違法蒐集證據之誘發效果，亦即，若當事人

<sup>13</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S. 40; Kodek, a.a.O., S. 99. Vgl. auch Zeiss, ZJP 1976, 383.

<sup>14</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O. S. 46f. m.w.N.

<sup>15</sup> Baumgärtel, Treu und Glauben, guteSitten und Schikaneverbotim Erkenntnisverfahren, ZJP 69, S. 103.

<sup>16</sup> Kauper, ZurFrage der Verwertbarkeitrechtswidrigerlangter Beweismittelimdeutschen und schweizerischenZivilprozess, 1965, S. 62 ff.

確信其因違法行為所取得證據，亦得被利用於民事訴訟程序時，則無異於使其獲得克服實體法處罰恐懼之後盾。惟若承認禁止使用違法取得之證據，則將具有一般預防之效果。<sup>17</sup>但就理論上而言，於違法行為之誘發與激勵效果之大小，應視當事人因民事程序所得利益與其因違反實體法所遭受刑事與民事侵權等處罰之不利益為比較。若因民事程序所得利益較小，則誘發違法或所謂犯罪抑制因素之排除效果即屬較低，如此，就此等證據是否亦得依此一理論完全說明，或應轉而為適當修正之問題，自值予探究。

#### 6. 法規保護目的理論

學者亦有認為違法證據取得之可利用性論斷，應自違法行為所觸犯法規之保護目的出發。唯有依該法規之意義與目的認為該證據應予以排除證據利用者，乃認為不得利用該證據。學者並有據此而認為，於隱私領域及書信與電話秘密之違反，即符合證據禁止之要件。<sup>18</sup>據此見解，則因違法行為可能產生二效果，其一乃實體法之損害賠償責任，其二即程序法之證據禁止處罰。且依此見解，則僅限制當事人本人之違法證據取得，於第三者之行為，則非證據禁止之列。<sup>19</sup>應注意者係此一見解，認為證據禁止乃為例外情形，僅於被違反法規保護目的認為應予禁止時始應禁止該證據之利用。此尤其於違反人性尊嚴、隱私領域及人格權時適用。但若有正當防衛、緊急避難等

<sup>17</sup> Kaissis, a.a.O., S. 52 f.

<sup>18</sup> Stein/Jonas/Leipold, ZPO-Komm, 20. Aufl., § 284 VI Rdnr. 56 ff.; Vgl. Auch Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrecht, 2. Aufl., 1974, S. 445; Baumgärtel, Die Verwertbarkeitrechtswidrigerlangter Beweismittelim Zivilprozess, FS. f. Klug, 1983, S. 477 ff.

<sup>19</sup> Grunsky, a.a.O., S. 446.

阻卻違法事由，不在此限。<sup>20</sup>另應注意者乃，此一理論之困難，係在其所謂法規範目的之探求不易，亦即，是否法規範具有指向證據禁止之目的，仍須具體化及提出標準。

#### (四)新近文獻之觀察

在新版之德國教科書及注釋書對違法取得證據之可利用性，有如下之見解：

有認為：目前僅少數學者主張真實發現應優先被考慮，而認為一概排除者，亦屬過度。違法取得證據禁止被利用之情形，亦在證據調查違反憲法所保障之基本權，尤其係人性尊嚴及自由權及德國刑法第二〇一條以下規定。例如未得同意錄音、違反一般人格權所取得之照片、日記及竊錄影帶。聯邦最高法院並禁止密探之傳訊，憲法法院則對於未得對話人同意之電話旁聽者，均加以禁止。<sup>21</sup>

有認為：在嚴格證明原則下，除人證、書證、鑑定、勘驗及當事人訊問外，其他證據方法不得提出。違反保密義務之證詞亦不得利用，違反告知證人拒絕證言權之證詞亦不得利用。若係以侵害當事人憲法保障之基本權而違法取得之證據，原則上亦不能利用，例如竊聽或竊錄所得。聯邦憲法法院對於侵害一造基本權之違法取證，雖加以禁止，但亦開放部分可利用之例外，例如其竊錄乃為確認匿名恐嚇電話者之身分之情形，此時乃為排除現時侵害之防衛行為，優先受保護。<sup>22</sup>

有認為：依實務通說若存在一更高利益時，可正當化利用該違法取得之證據。但若僅係求民事司法之功能利益或證明利益，並不屬之，而應存在一緊急狀態。若違法取證侵害一造當

<sup>20</sup> Vgl. Kaissis, a.a.O., S. 59 f. m.w.N.

<sup>21</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, S. 617 f.

<sup>22</sup> Musielak, Grundkurs ZPO, 2010., Rdnr. 415 ff.

事人憲法所保障之基本權，及一般人格權所衍生對話決定權，均被禁止利用。對於審訊公務員之傳訊，若其未告知被訊問者有緘默權利，實務認為應利益衡量決定是否該公務員作證。<sup>23</sup>

有認為聽聞當事人間電話交談之第三人，若僅係偶然間聽聞，例如對話者敞開房門，則可傳訊之。若未使對話者知悉，而透過電子設備竊聽者，則不可利用該等證據。<sup>24</sup>

有認為：違法憲法所保障之基本權時，應予禁止，其餘情形則需為相關法益之衡量。<sup>25</sup>

注釋書上有指出：對於個人基本權侵害之違法取證不能利用，僅違反一般法律之取證則不必然不能利用。就偷錄音而言，原則上不能利用，但若非侵害個人私密領域，則有利益衡量空間。第三人偷聽電話對話，原則上不能利用，除非有更高法益要維護，例如釐清重大刑事犯罪或正當防衛狀態，僅證明上利益不包括在內。第三人竊聽若經明示或默示同意，均可使該證據具可利用性。一般對話之竊聽，原則亦不能被利用，除非在例外情況可以利益衡量加以正當化，例如防衛現在之刑事犯罪侵害。日記及私密書信，違法取得者，因侵害人格權，亦不得利用。偷照相及偷錄影之情形，在私密情形，不得利用，而對於公開活動或工作場合之錄像，亦有侵害人格權之問題，但有個案上利益衡量之餘地。職業上應負保密義務者違反義務而對他人談論應保密之內容，對該第三人亦不能傳訊作證人。基因資訊之保護，二〇一〇年二月一日生效之基因資料法，對此亦予以保護。違反程序法之證據可否利用，則因個案而

<sup>23</sup> Lüke, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2011, Rdnr. 288.

<sup>24</sup> Grunsky, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., 2008, Rdnr. 174.

<sup>25</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2010, Rdnr. 474.

定。<sup>26</sup>

有認為：證據調查及證據取得違法者，不得利用。違反法規之證據方法可否利用應視其為違反之規範及其規範目的，因而偷取及侵占之證據方法具可利用性。在民事或刑事程序中，未告知證人拒絕證言權利，不得利用該證詞（筆錄）。但違法取得證據，若對於舉證人有明顯正當之利益時，例如正當防衛或嚴重證明困難時，仍有正當化可能。單純程序瑕疵，例如未告諭，部分情形可治癒。但若基於違反規範之目的及具嚴重性，例如未告知證人拒絕證言權，則不能利用。對於人格權干預者，例如基因分析、高度個人隱私性紀錄（日記及情書）均不能利用。照片僅在嚴重侵害人格權時不能被利用。對於第三人聽得當事人間電話對話之情形，對於聯邦最高法院見解，似有疑慮。<sup>27</sup>

有認為：雖無法律規定，但學說及實務一致認為違法取得證據得導致證據禁止，當事人證明權並不能排除此一限制，而真實發現亦無優先無其他法原則之適用。一般法原則要求不得利用違法取得狀態，及應回復侵害前狀態。因而對於違法行為，實體法上有回復及排除等類請求，程序法上以證據禁止對應之，亦具此意義。對於當事人實現實體權利需要，此一證明權主張並不能正當化違法取證，得正當化違法取證之可利用性之因素乃是否存在一正當防衛或類似情況。聯邦憲法法院判決（BVerfG NJW 2002, 3619, 3624）就違法取證可利用性，於侵害一般人格權狀況，亦肯認利益衡量於此情形之適用；聯邦最高法院對於在刑事程序中未被充分告諭之情形，對於筆錄或傳訊問人作證之情形，亦以利益衡量決定之。在侵害一般人格

<sup>26</sup> Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., 2012, § 286 Rdnr. 15a ff.

<sup>27</sup> Musielak/Foerste, ZPO, 8. Aufl., 2011, § 286 Rdnr. 6 ff.