

Einleitung

Geht ein Prozess verloren oder wird er gewonnen, ist dies nicht immer allein davon abhängig, wie die Rechtsfrage beantwortet wird. Auch die richterliche Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache oder das Fehlen einer solchen Überzeugung determiniert den Ausgang eines Rechtsstreits nur zum Teil. Zahlreiche Verfahren werden bereits auf der Ebene des Tatsachenvortrags entschieden, an Hand der Qualität, die das Gericht den Behauptungen und dem Bestreiten der Parteien beimisst. Gegenstand der Arbeit sind die Anforderungen, die an die Substantiierung des Vorbringens im Zivilprozess zu stellen sind. Ziel ist es, dieser für die Praxis der Prozessführung bedeutsamen¹ Frage durch eine wissenschaftliche Betrachtung Antworten abzugewinnen. Damit soll den Regeln, die sich die Praxis in diesem Bereich geschaffen hat und die sich oft von intuitiver Richtigkeit erweisen, die aber ebenso oft letzte Klarheit und eine zwingende Begründung vermissen lassen, ein fester Boden bereitet werden.

Die Substantiierung ist ein „schillernder Begriff, den die ZPO nicht kennt“.² Der BGH hat ihn schon einmal in Anführungszeichen gesetzt³ und mit diesem typographischen Innuendo seine Skepsis zum Ausdruck gebracht,⁴ auch wenn diese Spitze weniger der Substantiierung als solcher galt, sondern sich gegen bestimmte, mit diesem „Blankettbegriff“⁵ verbundene Vorstellungen richtete. Substantiierung meint, soweit es um das Aufstellen von Behauptungen geht, *wie genau* Tatsachen vorzutragen sind, damit der Richter sagen kann, was Recht ist.⁶ Bei einer unbefangenen Herangehensweise könnte man sich weiteren Aufschluss aus § 138 ZPO erhoffen. Nach Abs. 1 dieser Norm haben die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Jede Partei hat sich nach Abs. 2 über die von dem Gegner behaupteten Tatsa-

1 Schlosser sieht die Substantiierung des Parteivortrags als das „wohl größte praktische Problem im Rahmen der Verhandlungsmaxime kontinentaleuropäischer Prägung“, vgl. ZPR I, ²1991, S. 124 Rn. 160a.

2 Hök, MDR 1995, 773.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, II 1, NJW 1984, 2888, 2889; so auch schon BGH, Urt. v. 8.2.1984 – IV a ZR 49/82, I, NJW 1984, 2579.

4 Stürmer, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

5 Scheuerle, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

6 Vgl. auch Frohn, JuS 1996, 243, 247.

chen zu erklären, widrigenfalls das gegnerische Vorbringen gem. Abs. 3 als zugestanden gilt. Abs. 4 bestimmt, dass eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig ist, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. „Das mit § 138 errichtete rechtliche Gebäude“, schreibt *Schlosser*, „nimmt sich klar und überschaubar aus. Es hat sich aber als unzulänglich erwiesen, um den Gerichten den zu ihrer Entscheidung nötigen Tatsachenstoff zu garantieren.“⁷ Diese Bemerkung, auf die Substantiierungslast im Rahmen des Behauptens und des Bestreitens gleichermaßen bezogen, bringt die disparate Behandlung durch das Gesetz treffend zum Ausdruck: § 138 ZPO, dem „zentral(en) Nervensystem“ des Zivilprozesses,⁸ lässt sich hierzu nichts Unmittelbares entnehmen. Erschwerend kommt hinzu, dass eine isolierte Betrachtung der Substantiierungslast im Rahmen des Behauptens einerseits, und des Bestreitens andererseits, nicht möglich ist. Es handelt sich, wie *von Selle* bemerkt, „der komplexen Struktur des Zivilprozesses geschuldet“ um ein „*fein ausziseliertes Programm von Pflichten*, die die Partei gegenüber Gericht und Gegner oder sich selbst hat.“⁹ Geprägt ist das Verhältnis dieser Pflichten und Lasten durch eine wechselseitige Abhängigkeit, die sich mit einem System untereinander verbundener Hebel vergleichen lässt: Bewegt man einen Teil, bewegt sich der andere mit.

Die Gliederung der Arbeit in drei Teile ist daher eher formaler Natur. Teil I behandelt das substantiierte Behaupten, Teil II das substantiierte Bestreiten. Im dritten Teil werden weitere, im Zusammenhang stehende Aspekte des Tatsachenvortrags aufgegriffen.

Der erste Teil widmet sich ausschließlich *einer* Frage: Es geht um den richtigen Maßstab für das substantiierte Behaupten. Das vermeintliche Fehlen der Substantiierung gilt in der Praxis als „lästiges Dauerproblem“¹⁰. Zum Teil entsteht der Eindruck, dass der Richter zum „Zauberschwert“ der Substantiierung greift, um die „Akte mit einem Termin vom Tisch zu bekommen“.¹¹ Wenn die Arbeitslast besonders drückend ist, wird eine „brutale Schlüssigkeitsprüfung“ gemacht;¹² der Vorwurf fehlender Substantiierung dient dann als „Schere“¹³, um der Partei die Beweisaufnahme

7 Vgl. *Schlosser*, ZPR I, ²1991, S. 124 Rn. 160a.

8 *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, Vor §§ 138, 139 Rn. 1.

9 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 2 (Hervorhebungen im Original sind hier und im Folgenden kursiv gesetzt).

10 *Eschelbach/Geipel*, ZAP Fach 13 (2010), 1669, 1680.

11 *Riemer*, DRiZ 1997, 259.

12 *Hendel*, Recht und Politik, 1977, 155.

13 *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 27 Rn. 16.

abzuschneiden, oder auch als „Keule“¹⁴, kurz: als „Mehrzweckwaffe“¹⁵, mit welcher der missliebige Tatsachenvortrag ausgeschnitten,¹⁶ abgebürstet¹⁷ und abgewürgt¹⁸ wird. Andererseits wird aber auch konstatiert, dass die Parteien sich angesichts großzügiger Substantiierungsanforderungen des BGH, die sich „an der Front“ noch nicht herumgesprochen hätten,¹⁹ nun nicht einmal mehr besondere Mühe beim Lügen geben müssten²⁰ und die Beweisaufnahme für ihre unwahrscheinlichen Behauptungen missbrauchen können.²¹ Das Gewaltempfinden, welches sich in diesen Berichten aus dem Gerichtsalltag sprachlich Bahn bricht, veranschaulicht, dass es hier um etwas Essentielles geht: In Frage stehen die Grundregeln, nach denen gleichsam der Kampf ums Recht ausgetragen werden soll.

In der Prozesswissenschaft wird die Frage nach dem richtigen Substantiierungsmaßstab so formuliert: Darf der Richter eine schlüssige, angesichts fehlender Anhaltspunkte für ihre Richtigkeit jedoch wenig wahrscheinliche Behauptung als unsubstantiiert zurückweisen? Die wesentlichen Argumente für und wider einer solchen „Plausibilitätskontrolle“ sind in den Habilitationsschriften von *Rolf Stürmer*²² einerseits und *Wolfgang Brehm*²³ andererseits ausgetauscht worden. Sie sollen unter Einschluss der nachfolgenden Entwicklung in Literatur und Rechtsprechung nachgezeichnet, auf ihre Richtigkeit hin untersucht, und um einige Überlegungen ergänzt werden.

Der zweite Teil der Arbeit behandelt die Reaktion des Gegners auf substantiierte Behauptungen der darlegungsbelasteten Partei. Die Betrachtung dieses Gegenstandes ist unter einer Vielzahl an Gesichtspunkten möglich und wird hier in vier eigenständige Kapitel unterteilt. Nach § 138 Abs. 2 ZPO muss der Gegner sich zu den behaupteten Tatsachen der anderen Seite erklären und kann das tun, indem er sie bestreitet. Beschränkt er sich nicht darauf, die Behauptung durch ein „einfaches“ Be-

14 *Betzga*, IBR 2013, 586 (Anm. zu OLG Naumburg, Urt. v. 8.1.2013 – 1 U 57/12).

15 *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

16 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

17 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233.

18 Vgl. *Stürmer*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

19 *Gremmer*, MDR 2007, 1172.

20 *F. Fischer*, JuS 2015, 223, 224.

21 *Stürmer*, JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

22 *Stürmer*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976.

23 *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982.

streiten schlicht zu verneinen, sondern gibt er eine eigene, auf positive Angaben gestützte Gegendarstellung, ist von einem substantiierten Bestreiten die Rede.²⁴ Auch insoweit kann man von einer Substantiierungslast sprechen.²⁵ Ob die Partei „einfach“ oder substantiiert zu bestreiten hat, ist eine „nicht ganz einfach zu beantwortende Frage“.²⁶ Das 1. Kapitel des zweiten Teils sucht hier eine Antwort zu geben. Ausgangspunkt ist die Darstellung der Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des BGH: Zum einen heißt es, ein substantiiertes Bestreiten sei „grundsätzlich“ erforderlich,²⁷ zum anderen, ein „einfaches“ Bestreiten sei „in der Regel“ ausreichend.²⁸ Die historische Auslegung des § 138 Abs. 2 ZPO offenbart, dass der Gesetzgeber sich bewusst nicht festlegen wollte und die Praxis gleichsam sich selbst überlassen wurde.²⁹ Im Folgenden wird der Versuch unternommen, das grundsätzliche Erfordernis des substantiierten Bestreitens an Hand zweier systematischer Überlegungen als Gebot der ZPO nachzuweisen. Wie sich das nach der ZPO grundsätzlich gebotene substantiierte Bestreiten mit der Rechtsprechungslinie verträgt, „in der Regel“ sei ein „einfaches“ Bestreiten ausreichend, soll durch eine Analyse der einschlägigen Entscheidungen geklärt werden.

Die Kehrseite zum substantiierten Bestreiten ist die in § 138 Abs. 4 ZPO genannte Erklärung mit Nichtwissen. Die Untiefen des nur vordergründig eindeutigen § 138 Abs. 4 ZPO veranlassen manchen zu der Feststellung, die Erklärung mit Nichtwissen erweise sich in der Praxis oft als „Substantiierungs-“ und „Haftungsfalle“.³⁰ Lange Zeit führte die Norm ein Schatten-

24 Weismann, Lehrbuch, 1903, S. 111 f. § 35 III 2.

25 Schlosser, ZPR I, ²1991, S. 125 Rn. 160a.

26 Lent, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56.

27 So etwa BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60.

28 So etwa BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3a, NJW 1993, 1782, 1783.

29 Es handelt sich dabei an sich nicht um eine neue Erkenntnis, vgl. nur Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 238 und Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 142. Überraschend ist allerdings, das bisher nur eine eher dunkle Stelle im sog. Nord-deutschen Entwurf und ihre Fortschreibung in den späteren Entwürfen zur ZPO herangezogen wurde, vgl. Prot. (NE), 1868, S. 287 f. Dabei geben bereits die Vorarbeiten zum sog. Hannoverschen Entwurf ein klares Bild und bieten gewissermaßen die Blaupause einer Argumentation Für und Wider des substantiierten oder „einfachen“ Bestreitens, vgl. Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87–89. Dem dort geäußerten Wunsch eines Abgeordneten, zumindest das Protokoll möge für die dereinstige Auslegung einen Anhaltspunkt bieten, soll hier insoweit erstmals Rechnung getragen werden.

30 Balzer/Walther, Beweisaufnahme, ⁴2018, S. 35 Rn. 33; Dötsch, MDR 2014, 1363 und 1364.

dasein und ist erst in den letzten Jahrzehnten monographisch³¹ erschlossen worden. Daran anknüpfend gibt das 2. Kapitel eine ergänzende Darstellung, in der insbesondere die in der jüngeren Rechtsprechung hervorgetretenen Entwicklungen Berücksichtigung finden. Die zu beantwortenden Fragen sind die gleichen, die in Literatur und Rechtsprechung hierzu nun vermehrt gestellt werden: Ist eine Erklärung mit Nichtwissen zulässig, wenn die Partei zwar Wahrnehmungen gemacht hat, sich jedoch nicht mehr erinnern kann? Muss die Partei Nachforschungen anstellen, wenn sie keine Wahrnehmungen gemacht hat, die behauptete Tatsache sich jedoch in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben soll? Hat sie auch hinsichtlich der Wahrnehmungen Dritter Erkundigungen einzuziehen, wenn jene Personen ihrem eigenen Lebens- und Geschäftsbereich zuzuordnen sind? Muss sie gar Auskunftsansprüche gegen die Dritten geltend machen und gerichtlich durchsetzen? Sind die Ergebnisse der Nachforschungsmaßnahmen dem Gericht glaubhaft zu machen oder gar zu beweisen? Und schließlich: Wie ist mit einer Partei zu verfahren, die ihr Nichtwissen leichtfertig oder mutwillig selbst verschuldet hat, etwa durch Missachtung von Dokumentationsobliegenheiten?

Weitgehend alleinstehend ist das 3. Kapitel zum Bestreiten sog. negativer Tatsachen. Es handelt sich um einen in der jüngeren Literatur eher vernachlässigten Gegenstand.³² Die herrschende Doktrin hält den Beweis eines Nichtgeschehens für besonders schwierig.³³ Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast soll es zwar nicht geben, jedoch wird dem Beweis und dadurch bedingt auch dem Bestreiten negativer Tatsachen eine Sonderrolle zugeschrieben, deren Berechtigung hier hinterfragt wird. Eine Reihe von Gerichtsentscheidungen der letzten Jahre,³⁴ die zu einer faktischen Umkehr der Darlegungslast führen, lässt einen kritischen Blick auf die tradierten Glaubenssätze angezeigt erscheinen.

31 *Morhard*, Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen, 1993; *Hackenberg*, Die Erklärung mit Nichtwissen, 1996; *Ambis*, Bestreiten mit Nichtwissen, 1997. – Namentlicher Erwähnung bedarf hier auch der Beitrag von *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233–3240, der gleichsam das Programm für die nachfolgenden Arbeiten vorgezeichnet hat.

32 Die Arbeit von *Greger*, Der Beweis negativer Tatsachen, 1963, gibt eine nach wie vor aktuelle Zusammenfassung der tradierten Ansichten hierzu.

33 Vgl. statt vieler *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 73. Aufl., § 284 Rn. 13.

34 Namentlich die sog. *Montezuma*-Entscheidung BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942; vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, BeckRS 2016, 17035; v. 26.1.2017 – 11 U 96/16, EWiR 2017, 431, 432; v. 22. 6.2017 – 11 U 147/16, BeckRS 2017, 114249; v. 27.7.2017 – 11 U 142/16, BeckRS 2017, 118863.

Im 4. Kapitel laufen gleichsam die Handlungsstränge der Arbeit zusammen. Dort geht es um die sog. „sekundäre Darlegungslast“ der bestreiten- den Partei. Diese soll bestehen, wenn sich der eigentlich Darlegungsbelas- tete in Informationsnot befindet und daher „an sich“³⁵ nur unsubstantii- ert vortragen kann, der Gegner hingegen über die relevanten Informatio- nen verfügt und ihm eine substantiierte Gegenerklärung zumutbar ist. Zu- letzt wurde versucht, dieser von der Rechtsprechung kreierten Figur ein dogmatisches Fundament zu verschaffen.³⁶ Hier wird die Frage aufgewor- fen, ob es diese Rechtsfigur überhaupt braucht – oder ob sich die gleichen Ergebnisse nicht ohne Weiteres aus den herkömmlichen Grundsätzen zum substantiierten Behaupten und Bestreiten ergeben.

Das Résumé der gesammelten Erkenntnisse zum substantiierten Be- haupten und Bestreiten soll im dritten Teil um einige besonders praxisrele- vante, im Zusammenhang mit der Substantiierungslast stehende „Brenn- punkte“³⁷ des Zivilprozessrechts ergänzt werden. Rechtsschutz gegenüber Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, geordneter Parteivor- trag und Anlagen, Privatgutachten sowie die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO werden unter Einschluss der aktuellen rechtspolitischen Entwicklungen in diesen Bereichen näher in den Blick genommen.

Offengelegt werden soll an dieser Stelle noch, wie im Rahmen der Ar- beit Ergebnisse ermittelt wurden und welchem Grundgedanken ihre Dar- stellung folgt. Die Methode entspricht den gängigen Regeln der Gesetzes- auslegung und ist im Übrigen im Text näher ausgeführt. Ein Wort gilt es allerdings darüber zu verlieren, was *nicht* die Methode sein kann: Das Feh- len einer ausdrücklichen Regelung verleitet manchen zu der Annahme, der Gesetzgeber habe der Praxis einen weiten Spielraum eröffnen wollen, den es unter Berücksichtigung der – im Auge des Betrachters liegenden – Interessen auszuschöpfen gelte.³⁸ So kommt es, dass zu vielen in dieser Ar- beit behandelten Punkten Ansichten vertreten werden, die sich auf be- stimmte Gerechtigkeitsvorstellungen berufen³⁹ oder „praktische(n) Beden- ken“⁴⁰ Rechnung tragen wollen und dabei die Frage, was nach der ZPO geboten ist, zuweilen in den Hintergrund tritt. Richtigerweise muss aber

35 *Abrens*, Der Beweis, 2015, S. 535 Rn. 42.

36 *Papanikolaou*, Die Sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess, 2018.

37 *Geipel/Prechtel*, MDR 2011, 336.

38 So etwa *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, Vor §§ 138, 139 Rn. 1, 5 f.

39 Bezug auf die Gerechtigkeit nehmen etwa *Eschelbach/Geipel*, ZAP Fach 13 (2010), 1669, 1677.

40 Vgl. etwa die gleichlautende Abschnittsüberschrift bei *Brehm*, Bindung des Rich- ters, 1982, S. 121.

auch dort, wo der Gesetzgeber keine konkrete Vorstellung geäußert hat, die Suche einer Antwort aus dem Gesetz heraus gelten, statt letztere ins Belieben⁴¹ des jeweiligen Betrachters zu stellen. Diesem Vorverständnis entspricht es, streng danach zu fragen, welche Wertungen der Gesetzgeber an anderer Stelle getroffen hat, diese für das Schließen einer Lücke nach Möglichkeit fruchtbar zu machen und Ansichten, die keine Stütze im Gesetz haben, eine Absage zu erteilen.

In den Kernbereichen der Arbeit wird der Versuch einer dogmengeschichtlichen Darstellung unternommen. Dazu wurde das gesichtete Material⁴² so aufbereitet, dass die Überlegungen von Literatur und Rechtsprechung in ihrer Entwicklung nachvollzogen werden können. Dem Leser könnte es andernfalls merkwürdig erscheinen, dass es auch 140 Jahre nach Inkrafttreten der ZPO einem derart zentralen Bereich des Verfahrens noch an einer wissenschaftlichen Bearbeitung bedarf. Die häufig mehrgleisigen, nicht selten widersprüchlichen Erwägungen der Rechtsprechung,⁴³ die späten⁴⁴ Erklärungsversuche der Literatur samt Rezeptionslücken und Fehlzuschreibungen legen eine brüchige Entwicklung offen, die zudem lange Zeit von Stillstand geprägt war. So mag es verständlicher werden, wenn etwa selbst in jüngerer Vergangenheit konstatiert wird, der Maßstab des BGH zu den Anforderungen des substantiierten Behauptens habe sich noch nicht überall herumgesprochen⁴⁵ oder das eine praxisrelevante Norm wie § 138 Abs. 4 ZPO vor drei Jahrzehnten im Schrifttum noch weitgehend *Terra incognita* war.⁴⁶ Die Informationsfunktion dieser Darstellung

41 E. Schmidt (Anm. 38) meint zwar, dass die Ermittlung der Interessenlage „nicht allein“ im Wege einer von ihm gewünschten „alternativen“ Dogmatik determiniert werden solle; durch Betrachtung des Prozessgeschehens sei ihr eine *tatsächliche* Grundlage zu bereiten, vgl. AK-ZPO, 1987, Vor §§ 138, 139 Rn. 6. Beim Wort genommen hätte diese Vorgehensweise den gleichen Wert, wie etwa von einer Beobachtung des Straßenverkehrs auf die Regeln der StVO schließen zu wollen. Das erkennt auch E. Schmidt, der die evident gegenläufigen Interessen der Verfahrensbeteiligten durch „Partizipation“, „Transparenz“ sowie eine „soziale Sinnhaftigkeit der Entscheidung“ zu korrigieren sucht, vgl. dort Rn. 8, 16–20, und sich damit gleichsam zu seinem Ausgangspunkt, der „alternativen“ Dogmatik zurückbewegt.

42 Neben den einschlägigen Gesetzesmaterialien sind Literatur sowie die Rechtsprechung des BGH vollständig berücksichtigt; die Rechtsprechung der Instanzgerichte wurde kursorisch ausgewertet.

43 Vgl. Stürner, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

44 Vgl. Scheuerle, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

45 Gremmer, MDR 2007, 1172; ebenso F. Fischer, JuS 2015, 223, 224.

46 Vgl. dazu nur H. D. Lange, NJW 1990, 3233–3240.

kann sich im Übrigen auch dem Diskurs dadurch dienlich erweisen, dass missverständliche Aussagen ins rechte Licht gerückt werden und so als Anlass für zukünftigen Streit ausscheiden.