

Viertes Kapitel: Braucht es eine „sekundäre Darlegungslast“?

Schlüssige Behauptungen muss der Gegner, soweit er kann, mit positiven Gegenangaben bestreiten. Eine „sekundäre Darlegungslast“ soll den Gegner zu einem substantiierten Bestreiten verpflichten, wenn die darlegungsbelastete Partei außerhalb des Geschehens steht und daher nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt, während der Gegner sie hat und daher unschwer nähere Angaben machen kann. Dabei wird von dem Gegner natürlich nicht verlangt, gewissermaßen den Anspruch der darlegungsbelasteten Partei schlüssig zu machen und Behauptungen aufzustellen, die eigentlich Sache des Anderen sind;³⁶⁴ ebenso wenig ist damit gemeint, dass der Gegner etwaige Einreden vorbringen soll.³⁶⁵ Von daher ist die „sekundäre“ Darlegungs- oder „Behauptungslast“³⁶⁶ schon ihrem Namen nach verfehlt. Richtiger ist die Bezeichnung als „sekundäre Erklärungslast“ – nachdem sich die darlegungsbelastete Partei erklärt hat, soll sich auch der Gegner erklären. Das steht allerdings so auch schon im Gesetz, vgl. § 138 Abs. 2 ZPO, und das nach dieser Norm der Erklärung bei eigener Kenntnis positive Gegenangaben zu Grunde zu legen sind, wurde oben bereits gezeigt.³⁶⁷ Es stellt sich die Frage, wozu es noch eine „sekundäre Erklärungslast“ braucht.

In der Literatur deutet sich in letzter Zeit ein gewisses Unwohlsein hinsichtlich der Einordnung dieser Kunstschöpfung an. So bemerkt etwa *von Selle*, es werde zwischen den Rechtsinstituten des substantiierten Bestreitens einerseits und der „sekundären Darlegungslast“ andererseits nicht immer genau unterschieden; auch wenn ihre Grenzen im Einzelfall verschwimmen möchten, ließen sie sich jedoch „auf begrifflich-dogmatischer Ebene klar trennen“: Während substantiiertes Bestreiten erforderlich sei, wenn die darlegungsbelastete Partei substantiiert vorträgt, sei es bei der „sekundären Darlegungslast“ genau umgekehrt – der Gegner müsse sich hier erklären, obwohl der darlegungsbelasteten Partei substantiierte Be-

364 So lassen sich allerdings die Formulierungen in BGH, Urt. v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04, II 2b) aa), NJW 2005, 2614, 2616 verstehen.

365 Vgl. auch schon *Musielak*, Beweislast, 1975, S. 54 und 143 Anm. 550.

366 So die prägende Formulierung *Leipolds*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²⁰1983, § 138 Rn. 29; siehe dazu auch Teil II, Kap. 1 A I 4.

367 Teil II, Kap. 1 B VI–VIII.

hauptungen nicht möglich seien.³⁶⁸ Ob diese Unterscheidung eine tatsächliche Grundlage hat, soll im Folgenden geprüft werden.

A. Die Entstehungsgeschichte der „sekundären Darlegungslast“

Der Siegeszug der „sekundären Darlegungslast“ hängt untrennbar mit der Erzählung zusammen, die diese Rechtsfigur begleitet:³⁶⁹ Sie soll eine Schöpfung der Rechtsprechung sein, was ihr gleichsam die besondere Dignität der Praxistauglichkeit verleiht. Für gewöhnlich wird ihr Entstehen mit drei älteren wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen³⁷⁰ in Verbindung gebracht, sie findet jedoch erst in den letzten Jahrzehnten einen „geradezu inflationären“³⁷¹ Gebrauch. Aufschlüsse hinsichtlich des Verhältnisses von substantiiertem Bestreiten und „sekundärer Darlegungslast“ geben diese Entscheidungen nicht. Lohnender ist es, die Überlegungen der Literatur nachzuvollziehen, die der Rechtsprechung teils vorangehen, teils eine dogmatische Einordnung zu geben suchen und das gegenwärtige Verständnis der Rechtsfigur maßgeblich prägen.

I. Leonhards „Aufklärungspflicht“

Ein apokrypher Vorläufer der „sekundären Darlegungslast“ ist die von *Leonhard* im Jahr 1904 konzipierte „Aufklärungspflicht“.³⁷² *Leonhard* meint, im Allgemeinen dürfe der nichtbeweisbelastete Gegner abwarten, ob dem Beweisbelasteten der Beweis gelingen wird „und sich also völlig passiv verhalten.“³⁷³ Ausnahmsweise jedoch könne sich den Umständen nach eine Aufklärungspflicht dergestalt ergeben, dass der Gegner positive

368 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 19.1.

369 Vgl. dazu etwa *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, ⁴2018, S. 500–505.

370 Die sog. *Photokopier-Apparate*-Entscheidung RGZ 166, 240, die *Pressediens*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826 und die sog. *Bärenfang*-Entscheidung BGH GRUR 1963, 270. – Zur richtigen Einordnung der *Pressediens*-Entscheidung siehe oben Teil I, Kap. 2 D IV 2 sowie Teil II, Kap. 1 C II 1.

371 *Laumen*, in: FS Prütting, 2018, S. 391, 395.

372 Vgl. *Leonhard*, Die Beweislast, 1904; im Folgenden wird aus der im Wesentlichen unveränderten Zweitaufgabe (1926) zitiert.

373 Vgl. *Leonhard*, Die Beweislast, ²1926, S. 184.

Gegenangaben machen muss.³⁷⁴ Das sei der Fall, wenn er dem Beweisthema erheblich näher steht als der Beweisbelastete, namentlich bei solchen Tatsachen, die allein oder doch hauptsächlich Gegenstand seiner Wahrnehmung sind; in diesem Fall sei er nach Treu und Glauben „zur näheren Darlegung“ verpflichtet.³⁷⁵ Aus Billigkeitsgründen soll dies auch gelten, wenn die Darlegung der eigentlich belasteten Partei nicht zugemutet werden kann, während vom Gegner Angaben erwartet werden dürfen.³⁷⁶ Beispielsweise soll der Gegner gegenüber einer negativen Tatsachenbehauptung zum substantiierten Bestreiten verpflichtet sein,³⁷⁷ etwa der behaupteten Rechtsgrundlosigkeit einen positiven Rechtsgrund entgegenhalten, auf dessen Widerlegung sich der Beweisbelastete dann beschränken darf.³⁷⁸ Aber auch bei positiven Behauptungen müsse der Gegner gleichsam „aushelfen“, wenn er dem Geschehen erheblich näher steht als der Darlegungsbelastete – so müsse er etwa genaue Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen machen.³⁷⁹ Kommt der Gegner seiner Aufklärungspflicht nicht nach, soll diese Untätigkeit im Rahmen der freien richterlichen Verhandlungswürdigung berücksichtigt werden; das „beredete Schweigen“ spreche dann gegen ihn.³⁸⁰ Zum Beweis der näheren Angaben, die im Rahmen der Aufklärungspflicht von ihm erwartet werden können, sei er jedoch im allgemeinen nicht verpflichtet.³⁸¹

Trotz der evidenten Nähe zur „sekundären Darlegungslast“ findet Leonhards „Aufklärungspflicht“ in der nachfolgenden Literatur kaum Erwähnung.³⁸² Immerhin kann mit gewisser Wahrscheinlichkeit eine verdeckte Rezeption seitens der Rechtsprechung, namentlich RGZ 166, 240, vermutet werden;³⁸³ Dort meinte das Reichsgericht in einem *obiter dictum*³⁸⁴, es werde sich häufig ergeben, dass die Partei außerhalb des Geschehens stehe

374 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 184.

375 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 183, 185 f.

376 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 185.

377 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 184.

378 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 185 f.

379 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 186; vgl. auch S. 183.

380 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 185; vgl. auch S. 183 und 186.

381 Leonhard, Die Beweislast, ²1926, S. 186.

382 Vgl. aber von Greyerz, Negative Tatsachen, 1963, S. 54–56; Musielak, Beweislast, 1975, S. 143.

383 So auch schon Musielak, Beweislast, 1975, S. 143.

384 Im konkreten Fall hatten die Klägerinnen ihre Behauptung, die Beklagte bediene sich zu Unrecht des Firmenzusatzes „Vereinigte“ Photokopier-Apparate GmbH, auch ohne Mitwirkung des Gegners an Hand von Handelsregisterunterlagen darlegen und beweisen können; dem Gegner hätte nun die Erbringung

und ihr die genaue Kenntnis der Tatsachen fehle, während der Gegner sie habe und, wenn er wolle, leicht die Aufklärung leisten könne.³⁸⁵ In diesen Fällen sei dem Gegner, auch unter dem Gesichtspunkt der nun – vermeintlich³⁸⁶ – in § 138 Abs. 1 ZPO normierten Mitwirkungspflicht eine wahrheitsgemäße und vollständige Erklärung anzuhängen, widrigenfalls das Gericht aus dem Ausbleiben der Aufklärung nach der Lebenserfahrung ihm ungünstige Schlüsse ziehen dürfe.³⁸⁷

II. Das Stufenmodell nach Lüderitz

Lüderitz schlug ein Modell vor, bei dem sich die Einlassungslast des Gegners gegenüber dem Normalfall verstärken soll, nämlich dann, wenn eine bloß vermutungsweise erfolgende Behauptung zwar keine Angaben enthält, die dem Gegner eine interessengerechte Verteidigung mittels Gegenbeweisen³⁸⁸ ermöglichen, sie sich jedoch auf tatsächliche Anhaltspunkte stützen kann, also nicht aufs Geratewohl aufgestellt wird.³⁸⁹ Der Gegner muss dann auch solche Angaben machen, die ihm ungünstig sind.³⁹⁰ Auf einer weiteren Stufe soll die Behauptungslast auf den Gegner verlagert werden, wenn der Darlegungsbelastete nicht in der Lage sei, eine schlüssige Behauptung aufzustellen – dafür brauche es jedoch schwerer wiegende Anhaltspunkte.³⁹¹ Als Beispiel hierfür wird die sog. *Bärenfang*-Entscheidung angegeben:³⁹² Dort behauptete die Klägerin, die beklagte Konkurrentin verfüge in Wahrheit nicht über das beworbene alte, ostpreußische Familienrezept für ihren *Bärenfang*-Likör. Dass die Beklagte stets in Köln ansässig war und über keine unmittelbaren Beziehungen nach Ostpreußen verfügte, genügte nach Auffassung des Senats als tatsächlicher Anhaltspunkt, um an der Richtigkeit der Werbung Zweifel zu wecken.³⁹³ Der Se-

des Gegenbeweises oblegen, vgl. RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

385 RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

386 Siehe oben Teil II, Kap. 1 B I.

387 RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

388 Lüderitz, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 15.

389 Lüderitz, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 29 f.

390 Lüderitz, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 29.

391 Lüderitz, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 30 f.

392 Vgl. Lüderitz, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 31.

393 BGH, Urt. v. 13.7.1962 – I ZR 43/61, II 3, GRUR 1963, 270, 271.

nat nahm hier eine sich aus Treu und Glauben ergebende eigene Darlegungslast der Beklagten an.³⁹⁴

Anders als etwa noch *Leonhard*, dem zufolge sich der Gegner im Grundsatz „völlig passiv“ verhalten darf, geht *Lüderitz* davon aus, dass gegnerische Tatsachenbehauptungen substantiiert bestritten werden müssen. Das Problem wird von der Behauptungsseite her aufgebaut: Der Gegner soll sich auch zu Vermutungen des Darlegungbelasteten erklären müssen, obwohl ihm eine interessengerechte Verteidigung durch Antritt von Gegenbeweisen angesichts der wenig konkreten Behauptung nicht möglich ist.

III. *Stürners* Erklärungspflicht gegenüber Pauschalbehauptungen

Noch deutlicher wird dieser Ansatz in der Darstellung *Stürners*: Im Ausgangspunkt steht für ihn die Frage, ob an der Substantiierung der Tatsachenbehauptungen streng festgehalten werden soll.³⁹⁵ Schon in der Vergangenheit habe die Rechtsprechung statt Tatsachen auch „Pauschalbehauptungen“ genügen lassen.³⁹⁶ Mit den „Pauschalbehauptungen“ sind Vermutungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte gemeint,³⁹⁷ denen es eigentlich an Substantiierung fehle,³⁹⁸ die jedoch auf Grund einer „teleologischen Reduktion des Substantiierungsgrundsatzes“³⁹⁹ als ausreichend anzusehen sein sollen. Das Gesetz gehe eigentlich von einer gut informierten Partei aus,⁴⁰⁰ jedoch entspreche es dem „funktionsbestimmten Kern“ der Substantiierung, auch Vermutungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte zuzulassen.⁴⁰¹ Daher soll im Wege einer weiten Auslegung des § 138 Abs. 2 ZPO der Gegner auch solche Behauptungen substantiiert bestreiten.⁴⁰²

Die Literatur hat den Gedanken einer Ermäßigung der strengen Substantiierungsanforderungen auf gewisse Anhaltspunkte im Falle von Informationsasymmetrie aufgegriffen und mehrheitlich als Wesensgehalt der

394 BGH, Urt. v. 13.7.1962 – I ZR 43/61, II 2 f., GRUR 1963, 270, 271.

395 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 14.

396 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 16 und 98 f.

397 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 110 f., 119–121.

398 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 67.

399 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 119 f.

400 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 7.

401 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 120.

402 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 99.

„sekundären Darlegungslast“ ausgegeben.⁴⁰³ *Abrens* etwa erklärt, grundsätzlich habe dem substantiierten Bestreiten eine substantiierte Behauptung vorauszugehen; „In Fällen der sekundären Darlegungslast fehlt es an einer solchen vorangegangenen substantiierten Behauptung; die Substantiierung erfolgt vielmehr erstmals durch den Bestreitensvorgang der gegnerischen Partei.“⁴⁰⁴ Und *Prütting* führt aus, eine „erweiternde Auslegung“ des § 138 Abs. 2 ZPO ergebe, dass im Einzelfall auch eine „nicht näher substantiierte“ Behauptung die Erklärungslast des Gegners auslösen kann.⁴⁰⁵

B. Die Kritik an der „sekundären Darlegungslast“

Für eine „sekundäre Darlegungslast“ gibt es demnach zwei alternative Prämissen: Eine Prämisse lautet, grundsätzlich dürfe der Gegner jede schlüssige Behauptung „einfach“ bestreiten; steht der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens, soll jedoch ausnahmsweise ein substantiiertes Bestreiten erforderlich sein (so etwa *Leonhard*, und auch heute noch ein Teil der Literatur⁴⁰⁶). Die andere Prämisse lautet: Substantiierte Behauptungen müssen grundsätzlich substantiiert bestritten werden. Kann der außerhalb des Geschehens stehende Darlegungsbelastete nicht substantiiert vortragen, soll der Gegner ausnahmsweise auch die „an sich“⁴⁰⁷ unsubstantiierte Behauptung substantiiert bestreiten müssen (*Lüderitz*, *Stürner* und ihnen folgend die herrschende Lehre). Beide Prämissen sind indessen, wie zu zeigen sein wird, hinfällig, sodass es der „sekundären Darlegungslast“ an einer Existenzberechtigung fehlt.

Grundlage für die Widerlegung ist die Zusammenführung der bisher gesammelten Erkenntnisse zur Substantiierungslast: Substantiiert ist eine Behauptung bereits dann, wenn eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist.⁴⁰⁸ Die Einlassungsfähigkeit ist für die Substantiierung kein maßgebliches Kriterium.⁴⁰⁹ Vermutungsweise aufgestellte Behauptungen sind zulässig, wenn es nach dem Vortrag der Partei tatsächliche Anhaltspunkte für die

403 Vgl. statt vieler *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, ⁴2018, S. 499 Rn. 2.

404 Vgl. *Abrens*, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 43;

405 Vgl. *Prütting*, in: FS Krüger, 2017, S. 433, 435 f.

406 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 47–50, Rn. 58–61; siehe auch Teil II, Kap. 1 A I 4.

407 *Laumen*, in: FS Prütting, 2018, S. 391, 396.

408 Teil I, Kap. 1 C III.

409 Teil I, Kap. 1 C II 1, D III.

Behauptung gibt.⁴¹⁰ Schließlich muss sich der Gegner gegenüber schlüssigen Behauptungen grundsätzlich mit positiven Gegenangaben erklären, wenn er über entsprechendes Wissen zum Geschehen verfügt.⁴¹¹

I. „Sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme zu einem regelmäßig zulässigen „einfachen“ Bestreiten?

Die Widerlegung der Annahme, ein „einfaches“ Bestreiten sei regelmäßig genügend, nur in Fällen von Informationsasymmetrie sei ein substantiiertes Bestreiten geboten, kann sich hier auf einen Verweis beschränken: Es wurde bereits gezeigt, dass schlüssige Behauptungen substantiiert bestritten werden müssen, wenn der Gegner über entsprechendes Wissen verfügt.⁴¹² Eine „sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme zu einem – vermeintlich – sonst stets zulässigen „einfachen“ Bestreiten kann es daher nicht geben.

II. „Sekundäre Darlegungslast“ als Ausnahme von einem Grundsatz, wonach nur substantiierte Behauptungen substantiiert bestritten werden müssen?

Die zweite Prämisse besagt, der Gegner müsse grundsätzlich substantiierte Behauptungen ebenso substantiiert bestreiten. Gegenüber „pauschalen“ Behauptungen soll hingegen ein „einfaches“ Bestreiten genügen, es sei denn, es liegt ein Fall von Informationsasymmetrie und damit der „sekundären Darlegungslast“ vor.

Es ist schon oft bemerkt worden, dass die „pauschale“ Behauptung dennoch schlüssig sein muss.⁴¹³ Andernfalls könnte sich der Gegner gar nicht erklären, ohne dass sich die Zugrundelegung des unschlüssigen Vortrags zu seinen Ungunsten auswirkt. Das folgt schon daraus, dass er bei unschlüssigem Vorbringen der Verhandlung auch ganz fernbleiben könnte, vgl. § 331 Abs. 2 ZPO.

Die Behauptungen sollen also, wenn auch „pauschal“, zumindest schlüssig sein. Das impliziert eine Art Stufenverhältnis: Auf der unteren Stufe

410 Teil I, Kap. 2 D II.

411 Teil II, Kap. 1 B VI–VIII.

412 Teil II, Kap. 1 B VI–VIII.

413 Statt vieler *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 132.

würden demnach Behauptungen stehen, die „nur“ schlüssig sind; darüber stehen Behauptungen, die nicht nur schlüssig, sondern „auch“ substantiiert sind. Lüderitz, der eine solche Abstufung ausdrücklich vorgesehen hat, ging von der Annahme aus, Substantiierung sei daran zu messen, ob der Gegner sich interessengemäß verteidigen könne.⁴¹⁴ Im ersten Teil der Arbeit wurde jedoch gezeigt, dass es ein solches Stufenverhältnis nicht geben kann:⁴¹⁵ Ausreichend ist ein Tatsachenvortrag, der bei Wahrunterstellung den fraglichen Rechtssatz rechtfertigt. Substantiierung kann nicht mehr erfordern, als zu einer Schlüssigkeitsprüfung notwendig ist.

Eine ähnliche Form des Stufenverhältnisses ergibt sich aus den Überlegungen Stürners und der herrschenden Lehre: Im Normalfall sei von der gut informierten Partei auszugehen, die einen konkreten Sachverhalt und nicht bloß Vermutungen vorbringen könne; dass sei die Grundvorstellung des Gesetzes.⁴¹⁶ Solche Behauptungen sollen substantiiert, Vermutungen hingegen „pauschal“⁴¹⁷ und „an sich“ unsubstantiiert⁴¹⁸ sein. Die Vermutung, welche die außerhalb des Geschehens stehende Partei aufstellt, wird gleichsam als eine Art weniger substantiierte Behauptung zweiter Klasse empfunden, auf die der Gegner dennoch substantiiert zu antworten hat, so, als müsse er auf einen „fiktiv vollständigen“⁴¹⁹ Vortrag erwidern. Dass die Vermutungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte sich dann nach einer teleologischen Reduktion auch bei Stürner im „Kern“ als substantiiert erweisen,⁴²⁰ legt allerdings nahe, dass die Unterscheidung von vornherein nicht sonderlich zwingend ist. Man muss sich auch vor Augen halten, dass die Abstriche, die Stürner bei den vermutungsweisen Behauptungen machen will, sich in Abgrenzung zu den überschießenden Anforderungen verstehen, die nach seiner Auffassung an einen Vortrag auf Grund sicheren Wissens zu stellen sind: So sollen etwa bei der Behauptung einer Abrede, an der die Partei selbst beteiligt gewesen sein will, schlüssigkeitsfremde Modalitäten zu Zeit, Ort und Umständen derselben erforderlich sein.⁴²¹ Nur bei diesem Verständnis der „Plausibilitätskontrolle“ als Normalfall lässt sich sinnhaft von einer Ermäßigung der Substantiierungsanforderungen bei vermutungsweisem Vorbringen sprechen.

414 Vgl. Lüderitz, Ausforschungsverbot, 1966, S. 15.

415 Teil I, Kap. 1 C III, D II.

416 Vgl. Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 7.

417 So etwa auch Laumen, in: Hdb. d. Beweislast, 42018, S. 507 Rn. 31.

418 So etwa Ahrens, Der Beweis, 2015, S. 260 Rn. 37.

419 Adloff, Vorlagepflichten, 2007, S. 178.

420 Vgl. Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 119 f.

421 Vgl. Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 119, 127.

Richtigerweise ist dem Gesetz eine unterschiedliche Behandlung schlüssiger Tatsachenbehauptungen abhängig davon, ob sie auf Vermutungen oder sicherem Wissen beruhen, nicht zu entnehmen. An der Zulässigkeit von vermutungsweisen Behauptungen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte gibt es in Literatur und Rechtsprechung keine Zweifel.⁴²² Eine darüberhinausgehende „Plausibilitätskontrolle“ wird zu Recht ganz mehrheitlich abgelehnt.⁴²³ Eine Ermäßigung kann es daher nicht geben, weil der Maßstab von vornherein alleine die Schlüssigkeit der Behauptung ist. Für eine folgenlose Differenzierung zwischen schlüssigen Behauptungen, die auf sicherem Wissen beruhen und solchen, die vermutungsweise vorgetragen werden, besteht keine Notwendigkeit.

Festzuhalten ist, dass schlüssige Behauptungen nicht weniger substantiiert sind, wenn sie den Gegner nicht in seiner Einlassungsfähigkeit stärken oder auf Vermutungen an Hand tatsächlicher Anhaltspunkte beruhen. Solche Behauptungen sind vielmehr, wie alle anderen schlüssigen Behauptungen auch, mittels positiver Gegenangaben substantiiert zu bestreiten, soweit der Gegner über entsprechendes Wissen verfügt.

III. Rat zur Aufgabe der Rechtsfigur

Substantiierung setzt lediglich voraus, dass eine Schlüssigkeitsprüfung an Hand des Tatsachenvortrags möglich ist. Gegenüber substantiierten Behauptungen sind bei entsprechendem Wissen positive Gegenangaben notwendig. Nur wer eine dieser Erkenntnisse leugnet, kann eine Daseinsbeurteilung der „sekundären Darlegungslast“ bejahen.

Wer indessen auf dem Boden der oben genannten Grundsätze steht, also ein substantiiertes Bestreiten gegenüber schlüssigen Behauptungen für geboten hält, auch mit der Rechtsprechung und entgegen der Auffassung von *Lüderitz* und *Stürmer* allein die Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung als Maßstab des substantiierten Behauptens anerkennt, und dennoch eine „sekundäre Darlegungslast“ bemüht, schafft eine Parallelkonstruktion ohne Mehrwert, dafür aber mit erheblichem Missverständnispotential. Die „sekundäre Darlegungslast“, wie sie gegenwärtig von der herrschenden Ansicht aufgefasst wird, ist eine einzige – redundante – Umschreibung, dass schlüssige Behauptungen auf Grund von Vermutungen zulässig sind, und sich der Gegner, wie sonst auch, gegenüber schlüssigen Behauptungen zu

422 Teil I, Kap. 2 B III, C.

423 Siehe dazu Teil I, Kap. 1 C II, D III und Kap. 2 D III.

erklären hat. In der Redundanz liegt zugleich das Missverständnispotential dieser Rechtsfigur: Da die „sekundäre Darlegungslast“ ihren Voraussetzungen nach eine Ausnahme sein soll – substantiiertes Bestreiten bei Informationsasymmetrie – liegt es nahe, dass sich Fehlschlüsse wie in BGH NJW 1993, 1782⁴²⁴ – substantiiertes Bestreiten „nur“ bei Informationsasymmetrie – wiederholen. Schon jetzt werden in Kommentierungen, die seit jeher positive Gegenangaben bei entsprechendem Wissen grundsätzlich für geboten hielten, „substantiiertes Bestreiten“ und „sekundäre Darlegungslast“ begrifflich gleichgesetzt⁴²⁵ und damit der Umkehrung des Grundsatzes zu einer Ausnahme Vorschub geleistet. Die Aufgabe der Rechtsfigur erscheint daher nicht nur ratsam, um gleichsam unnötigen Ballast abzustreifen, sondern auch, um eine Quelle für zukünftige Missverständnisse zu beseitigen.

IV. Exkurs: Die Billigkeitsjudikatur des BGH im Bereich der Anschluss- und Halterhaftung

Wie bisher gezeigt wurde, sind substantiiertes Bestreiten und „sekundäre Darlegungslast“ inhaltsgleiche Umschreibungen der Erklärungslast, die den Gegner bei Kenntnis des Geschehens gegenüber den vermutungsweisen Behauptungen des Darlegungsbelasteten, so wie auch sonst gegenüber Behauptungen auf Grund sicheren Wissens trifft. Die „sekundäre Darlegungslast“ erweist sich insoweit als redundant. Eine ganz neue, eigenständige Bedeutung erlangt die „sekundäre Darlegungslast“ jedoch zuletzt in der Rechtsprechung des BGH⁴²⁶ zur Anschluss- und Halterhaftung. Mit Anschlusshaftung sind hier Fälle gemeint, in denen von einem Internetanschluss aus Urheberrechtsverletzungen begangen werden. Die Halterhaftung meint im Folgenden Konstellationen, in denen der Fahrzeughalter auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Überschreitung der Nutzungsdauer eines privaten Parkplatzes in Anspruch genommen wird, ohne das sich

424 Vgl. Teil II, Kap. 1 C II 4.

425 So etwa seit der 60. Aufl. 2002 B/L/A/Hartmann, ZPO, § 138 Rn. 29. – Hartmann hielt ursprünglich ein substantiiertes Bestreiten auch dann für geboten, wenn beide Parteien, wie etwa im *Stahlgeschäfte*-Fall BGHZ 12, 49 (vgl. dazu Teil II, Kap. 1 A IV) gleichermaßen gut informiert sind; deutlich insoweit etwa noch die 39. Aufl. 1981, § 138 B 4a.

426 Zu ähnlichen Entwicklungen in der unterinstanzlichen Rechtsprechung bereits B. Ackermann, in: FS Vorwerk, 2019, S. 1, 9 f., die gleich der Cassandra nachdrücklich vor den Gefahren einer Verselbstständigung der Rechtsfigur hin zu einer reinen Billigkeitsjudikatur warnte.

sagen lässt, ob der Halter (als Fahrer) oder ein Dritter den Mietvertrag durch Benutzung der Parkfläche mit dem Kraftfahrzeug des Halters eingegangen ist.

Im Prozess ist die Verteidigung des beklagten Anschlussinhabers respektive Halters in beiden Fällen gleich – der Beklagte beschränkt sich sinngemäß auf die Erklärung: „Ich war’s nicht“, ohne anzugeben, wer statt seiner die Urheberrechtsverletzung begangen haben soll oder den Mietvertrag durch Benutzung des Parkplatzes mit dem Fahrzeug des Halters abgeschlossen haben könnte. Hierzu hält der BGH den Beklagten jedoch jeweils nach den Grundsätzen der „sekundären Darlegungslast“ für verpflichtet.⁴²⁷ Auf den ersten Blick mag es so erscheinen, als seien die Voraussetzungen für eine substantiiertes Bestreiten tatsächlich gegeben: Hat sich die behauptete Tatsache im Wahrnehmungsbereich des Beklagten ereignet, soll dieser sich hierzu erklären. Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Erklärung, es nicht gewesen zu sein, bereits ausreichend ist. Damit wird die Behauptung des Gegners in erheblicher Weise vollständig bestritten.⁴²⁸ Eine (antizipierte) Beweisvereitelung kann in dem Verschweigen der Person des Dritten nicht gesehen werden: Der Beklagte zwingt den Darlegungs- und Beweisbelasteten nicht zum Beweis von Tatsachen, die er bereits für richtig hält.⁴²⁹ Vereitelt wird die Inanspruchnahme eines Dritten, nicht die des Beklagten. Es gibt aber keine prozessuale Norm, aus der sich eine Last oder Pflicht des Beklagten ergeben könnte, auf den richtigen Anspruchsgegner hinzuweisen.

Im Urheberrecht hat die Literatur bereits auf Unstimmigkeiten in der Begründung des BGH aufmerksam gemacht: Die „sekundäre Darlegungslast“ wird „zweckentfremdet [...], um (irgend-)einen Haftungsadressaten als Täter sicherzustellen“.⁴³⁰ Eine Stütze in der Prozessordnung gibt es hierfür nicht. Der Sache nach handelt es sich vielmehr um eine richterliche Rechtsfortbildung des materiellen Rechts hin zu einer Art Gefährdungshaftung des Anschlussinhabers.⁴³¹ Ob sich eine solche verschuldensunabhängige Haftung allein aus der Inhaberschaft eines Internetanschlus-

427 So etwa im Urheberrecht BGH, Urt. v. 30.3.2017 – I ZR 19/16 – *Loud*, II 1 c), NJW 2018, 65 f.; vgl. dazu auch *Köhler*, ZUM 2018, 27–33. In den Parkplatzfällen BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, NJW 2020, 755.

428 Vgl. auch Teil II, Kap. 1 C I.

429 Vgl. auch Teil II, Kap. 1 B VIII.

430 *Köhler*, ZUM 2018, 27; vgl. auch *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225, 239.

431 *Köhler*, ZUM 2018, 27, 29 f.; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225, 239; *ders.*, GRUR 2019, 1, 7 f. – Um eine Gefährdungshaftung im herkömmlichen Sinn handelt es sich jedoch nicht, da der Beklagte die Wahl haben soll, entweder

ses begründen lässt, kann hier nicht weiter vertieft werden; jedenfalls ist es unbefriedigend, dass unter dem Deckmantel einer prozessualen (Schein-)Begründung dem materiellen Recht vorbehaltene Wertungen getroffen werden.

In jüngster Vergangenheit hat sich diese Verselbständigung der „sekundären Darlegungslast“ in weitere Rechtsgebiete perpetuiert. In den Parkplatzfällen hat es der XII. Senat zuletzt für billig empfunden, dass der *Halter* eines Kfz die Vertragsstrafe (!) für das Überschreiten eine Stellplatzmiete zu zahlen habe, selbst wenn der Halter unter Beachtung seiner Wahrheitspflicht bestreitet, den Vertrag geschlossen zu haben und die Identität des Vertragsschließenden unbewiesen bleibt. Auch hier ersetzt die apodiktische Bezugnahme auf das Prozessrecht eine materiell-rechtliche Begründung. Letztere würde sich wohl auch als diffizil erweisen, denn wann hätte man je etwas von einer Halterhaftung im Vertragsrecht gehört? Die bloße *occupatio* des Senats, es handle sich nicht um eine Halterhaftung,⁴³² lässt die Begründungsschwierigkeiten allzu deutlich werden. Ein Auskunftsanspruch des Vermieters gegen den Fahrzeughalter kommt ebenfalls nicht in Betracht – es fehlt schon einer Sonderverbindung zwischen Vermieter und Halter, aus der sich ein solcher Anspruch nach Treu und Glauben ergeben könnte.⁴³³ Die Entscheidung des BGH zu den Parkplatzfällen läuft – wie schon im Urheberrecht – darauf hinaus, dass der Beklagte haftbar gemacht werden soll, wenn er die Inanspruchnahme des *richtigen* Anspruchsgegners verhindert. Aus der Prozessordnung lässt sich dies nicht begründen. Der klagende Vermieter verliert den Prozess, wenn er nicht beweisen kann, dass es der Beklagte war, mit dem er den Mietvertrag abgeschlossen hat. Hat der Beklagte die Behauptung, selbst den Vertrag geschlossen zu haben, wahrheitsgemäß verneint, ist sein Bestreiten in Hinblick auf die geltend gemachte Behauptung des Vertragsschlusses erheblich;⁴³⁴ er zwingt den Kläger nicht zum Beweis von Tatsachen, die er für richtig hält.

In der Begründung des Senats wird indessen die Erheblichkeit des Bestreitens gegenüber der klägerischen Behauptung, der Beklagte sei gefahren, nicht als ausreichend angesehen, um der Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO zu genügen: Es sei dem Halter möglich und zumutbar, den

selbst zu haften oder ein anderes Haftungssubjekt beizubringen; vgl. auch die pointierte Zusammenfassung *Köhlers* in ZUM 2018, 27, 31 f.: „Geld oder Verat“.

432 BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2b, NJW 2020, 755, 757.

433 So auch BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

434 Vgl. auch *Streyll*, NZM 2020, 283, 287 (Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19).

Fahrer zu benennen, „da er es regelmäßig in der Hand hat, wem er das Fahrzeug überlässt.“⁴³⁵ Es geht nicht darum, dass der Beklagte der klägerischen Behauptung, selbst den Vertrag abgeschlossen zu haben, nicht ausreichend entgegengetreten wäre.⁴³⁶ Ungeachtet einer weiteren *occupatio* des Senats⁴³⁷ wird vielmehr aus der Tatsache, dass jemand über einen Sachverhalt informiert ist, der andere aber nicht, eine Auskunftspflicht der informierten Partei kreiert, deren Voraussetzung ausweislich des Zitats eben doch kaum verholen an die Haltereigenschaft anknüpft.⁴³⁸ Die Entscheidung des Senats ist damit Ausdruck einer reinen Billigkeitsjudikatur, die mit dem das Zivilrecht beherrschende Anspruchsdenken bricht, um zu einer vermeintlich gerechten Entscheidung zu gelangen. Es steht kaum zu erwarten, dass diese Rechtsprechung dauerhaft Bestand haben wird, denn ihre Folgen wären unabsehbar: Um zur gewünschten Auskunft zu gelangen, würde es stets genügen, einen gut informierten Dritten zu verklagen, wenn die Umstände es billig erscheinen lassen, dass der Dritte diese Information preisgibt. Damit würde die Existenz der unter strengeren Voraussetzungen stehenden materiell-rechtlichen Auskunftsansprüche *ad absurdum* geführt. Immerhin bietet die Entscheidung Anlass, die Leerformel der „sekundären Darlegungslast“ zu hinterfragen, weil sich hier deutlich zeigt, dass eine solche Begriffshülse über kurz oder lang mit gerade dem Inhalt gefüllt wird, der dem Betrachter beliebt.

435 BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

436 So auch der Senat selbst, wenn zur Benennung des Dritten ausgeführt wird, damit werde dem beklagten Halter nicht die Pflicht auferlegt, dem Vermieter alle für dessen Prozesserfolg – gegen den Beklagten selbst – benötigten Informationen zu verschaffen (sondern für den künftigen Prozess gegen den Fahrer), vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

437 Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19, II 2c, NJW 2020, 755, 757.

438 Ebenso *Streyl*, NZM 2020, 283, 287 (Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2019 – XII ZR 13/19): „Wie man es dreht und wendet: Eine sekundäre Darlegungslast des in Anspruch genommenen Halters gibt es nicht, so dass sich das Urteil des BGH als Versuch darstellt, über das Prozessrecht einen verkappten [...] Auskunftsanspruch zu generieren.“ (Hervorhebung im Original).

