

Erster Teil: Substantiiertes Behaupten

Die Frage nach dem richtigen Maßstab für das substantiierte Behaupten wird über den gesamten ersten Teil verfolgt. Kapitel 1 führt zur Grundlage der Substantiierungslast hin. Der seitens des BGH entwickelte Maßstab zur Bestimmung der Substantiierungsanforderungen und die alternativen Konzepte in der Literatur werden hier diskutiert. Das 2. Kapitel geht dem Verbot sog. Geratewohl-Behauptungen nach und ist gewissermaßen ein unumgänglicher Exkurs: Bevor sich die Literatur einer Betrachtung der Substantiierungslast als Ganzes öffnete, wurde wie mit einem Brennglas auf einen Teilaspekt dieses Gegenstandes, das sog. Ausforschungsverbot geschaut.¹ Letzteres ist ein im Vergleich zur Substantiierung „nicht minder schillernder Begriff“,² auch mit diesem „vagen Zauberwort“ soll die Beweisaufnahme abgeschnitten werden,³ es handelt sich auch hier um eine „richterliche ‚Waffe‘“,⁴ ein „Instrument aus dem Werkzeugkasten des aufklärungsunwilligen Tatrichters“. ⁵ Hier ist nur die Unzulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen als Teil des amorphen Topos Ausforschungsbeweis von Interesse: Es soll geklärt werden, welche Implikationen das Verbot, eine Behauptung ohne jegliche Anhaltspunkte gewissermaßen ins Blaue hinein aufzustellen, für die Substantiierungslast hat. Das 3. Kapitel greift die Bedenken der Praxis hinsichtlich seitens der Instanzgerichte missbräuchlich überhöhter Substantiierungsanforderungen auf und versucht, sie im Rahmen der Gesetzesauslegung in den dogmatischen Diskurs zu überführen.

1 So etwa *Knichel*, Ausforschungsbeweis, 1959; *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966; *Esser*, Ausforschungsbeweis, 1969.

2 *J. Lang*, Aufklärungspflicht, 1999, S. 39.

3 *Dunz*, NJW 1956, 769, 772.

4 *Ahrens*, Der Beweis, 2015, S. 535 Rn. 42.

5 *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 42013, Vor § 286 Rn. 44.

Erstes Kapitel: Die Grundlage der Substantiierungslast

Im ersten Kapitel soll die Grundlage der Substantiierungslast ermittelt werden. Die Darstellung des Sprachgebrauchs und eine Abgrenzung von dem Begriff der Individualisierung ermöglichen eine erste Annäherung.

A. Sprachgebrauch

Im juristischen Sprachgebrauch ist Substantiierung Tatsachenvortrag, der die begehrte Rechtsfolge begründen soll.⁶ „Der Subsumtionsakt als Erkenntnisvorgang methodisch-rationaler Rechtsanwendung“, führt *von Selle* aus, „setzt notwendig voraus, dass sich die zu subsumierenden Tatsachengriffe nicht in der Wiedergabe der Normbegrifflichkeit erschöpfen“.⁷ In einem weiten Sinn meint Substantiieren daher das Zergliedern einer Rechtsbehauptung in Tatsachen. So kann der abstrakte Tatbestand einer Norm gleichsam in Tatsachen zerlegt werden. Dann wird Substantiieren synonym zum Begriff des Darlegens verstanden. In einem engeren Sinne meint Substantiieren die Zergliederung der Tatsachenbehauptung in Einzeltatsachen.⁸ Sind Tatsachen vorgetragen, die bei Wahrunterstellung den verfolgten Anspruch rechtfertigen, spricht man von Schlüssigkeit.⁹ Unsubstantiiert ist ein Vorbringen, das gar keine Tatsachen enthält, oder die Rechtsbehauptung nicht vollständig in Tatsachen zergliedert,¹⁰ oder wenn die Tatsachenbehauptung nicht konkret genug erscheint, um sie auf ihre Schlüssigkeit hin zu prüfen.¹¹

Verschiedentlich wird versucht, den zwei Verständnismöglichkeiten – Substantiierung im weiteren oder engeren Sinne – auch begrifflich zum Ausdruck zu verhelfen. So soll das erstmalige Zerlegen des Tatbestandes in

6 So schon *Dernburg*, Lehrbuch, Bd. 1, 1875, S. 242.

7 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1.

8 Vgl. zu dieser Differenzierung schon *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 33 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61).

9 *Paulus*, ZPR, ⁶2017, S. 106 Rn. 275 f. und S. 187 f. Rn. 507 f.

10 B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 18.

11 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719 f.

Tatsachen die „Anfangsdarlegungslast“¹², „abstrakte Behauptungslast“¹³ oder „allgemeine Substantiierungslast“¹⁴ heißen: Sie besagt, was der Darlegungsbelastete unabhängig von der Reaktion des Gegners an Tatsachen vortragen muss, um seine Behauptung schlüssig zu machen.¹⁵ Inwieweit die Partei dann ihren Vortrag auf Grund von Einlassungen des Gegners weiter zergliedern muss, kann als Frage der „konkreten Behauptungslast“¹⁶ oder „besonderen Substantiierungslast“¹⁷ aufgefasst werden. Auf diese begrifflichen Differenzierungen wird hier jedoch verzichtet; sowohl das weite als auch das engere Verständnis der Substantiierungslast haben dem gleichen Maßstab gerecht zu werden: Die Tatsachen müssen in jeder Lage des Prozesses so bestimmt sein, dass eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist. Bevor das Verhältnis von Schlüssigkeit und Substantiierung näher in den Blick genommen wird, soll hiervon der Begriff der Individualisierung abgegrenzt werden.

B. Substantiierung und Individualisierung

Die Klageschrift muss gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Klagegrund ist der Lebenssachverhalt, auf den der Klageantrag gestützt werden soll.¹⁸ Erforderlich sind Angaben, die den Streit unverwechselbar¹⁹ und den geltend gemachten prozessualen Anspruch als solchen identifizierbar machen.²⁰

Ob in der Klageschrift der Anspruch bereits *schlüssig* dargelegt werden muss, war Gegenstand des Streits zwischen Anhängern der sog. Substantiierungstheorie einerseits und den Verfechtern der sog. Individualisierungstheorie anderseits. Die Substantiierungstheorie sah vor, dass der verfolgte Anspruch bereits bei Klageerhebung schlüssig dargelegt sein sollte; die Individualisierungstheorie wird häufig so wiedergegeben, es genüge, wenn bei Klageerhebung das Rechtsverhältnis bezeichnet sei, z. B. „2000 Mark

12 *Seutemann*, MDR 1997, 615, 616.

13 *Prütting*, Beweislast, 1983, S. 44.

14 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 26 f.

15 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 26.

16 *Prütting*, Beweislast, 1983, S. 44.

17 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 27.

18 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 253 Rn. 25.

19 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 253 Rn. 25.

20 *Bacher*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 253 Rn. 53.

aus Kauf“.²¹ Dieser Streit ist jedoch seit langem erledigt.²² Nach heutigem Verständnis genügt es in der Klageschrift, den jeweiligen Lebenssachverhalt eindeutig kenntlich zu machen, hiervon streng zu trennen ist die Schlüssigkeit des materiell-rechtlichen Anspruchs.²³ Der Klagegrund muss, in den Worten des BGH, „unterhalb der Stufe der Substantiierung“ individualisiert sein.²⁴ Damit setzt der BGH Substantiierung und Schlüssigkeit gleich und grenzt letztere von der Individualisierung ab.

Der Umfang der zur Individualisierung erforderlichen Angaben hängt vor allem von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des verfolgten Anspruchs ab.²⁵ Eine knappe Kennzeichnung des geltend gemachten Anspruchs kann insbesondere dann genügen, wenn zwischen den Parteien keine weitere Rechtsbeziehung besteht.²⁶ Maßgeblich ist, ob der Gegner den dahinterstehenden Sachverhalt erkennen kann.²⁷ Die Schilderung des Sachverhalts, aus dem die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird, kann sich dann im Einzelfall auch in der Angabe des Rechtsverhältnisses selbst erschöpfen, z. B. bei Geltendmachung einer Forderung „aus Beförderungsvertrag“.²⁸ Unzureichend ist dagegen etwa die pauschale Behauptung einer „unerlaubten Handlung“.²⁹ Gerade noch ausreichend mag die dürftige Kennzeichnung als „Unfall/Vorfall“ erscheinen, wenn zwischen den Parteien keinerlei andere rechtliche Beziehungen bestehen.³⁰

Um den Klagegrund kenntlich zu machen, muss der verfolgte Anspruch also nur in einem sehr begrenzten Maße durch Tatsachen gekennzeichnet sein. Die Individualisierung kann sich, wie gezeigt, unter Umständen sogar in der abstrakten Benennung des Rechtsverhältnisses erschöpfen. Wenn hinsichtlich der Klagerhebung heute dennoch zum Teil von Substantiierung die Rede ist,³¹ so ist damit gemeint, dass die Angaben bestimmt genug sein sollen, um eine Individualisierung zu ermöglichen;

21 Vgl. etwa *Bruns*, ZPR, ¹1968, S. 219 f. § 26 IV.

22 So bereits *Bruns*, Grundriss, 1949, S. 77.

23 *Paulus*, ZPR, ⁶2017, S. 74 Rn. 188.

24 BGH, Urt. v. 17.10.2000 – XI ZR 312/99, II 2c) cc), NJW 2001, 305, 307.

25 BGH, Urt. v. 5.12.1991 – VII ZR 106/91, II 2a, NJW 1992, 1111.

26 BGH, Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 211/09, II 2b) aa), NJW 2011, 613, 614.

27 BGH, Urt. v. 18.11.1982 – VII ZR 118/81, 2c, WM 1983, 95 f.

28 BGH, Urt. v. 28.11.1969 – I ZR 6/68, IV 2, VersR 1970, 151.

29 BGH, Urt. v. 16.11.2016 – VIII ZR 297/15, II 2b, NJW-RR 2017, 380, 381.

30 BGH, Urt. v. 30.11.1999 – VI ZR 207/98, II 1b, NJW 2000, 1420 f.

31 So etwa BGH, Urt. v. 17.7.2008 – IX ZR 96/06, II, NJW 2008, 3142 f.

Substantiierung ist dann also ein bloßes Synonym für Bestimmtheit.³² Roth weist darauf hin, dass „zur Vermeidung von Begriffsverwirrung“ im Rahmen der Klageerhebung nicht von Substantiierung gesprochen werden sollte.³³

C. Substantiierung und Schlüssigkeit

Bei Klageerhebung genügt die Individualisierung des Anspruchs. Erfolg kann dem Begehren aber im Weiteren nur beschieden sein, wenn der verfolgte Anspruch schlüssig dargelegt wird. Da es sich für die Partei um ein Gebot im eigenen Interesse handelt, die notwendigen Tatsachen beizubringen, spricht man von einer Substantiierungslast.³⁴ Die Tatsachen müssen so genau bezeichnet werden, dass eine Schlüssigkeitsprüfung möglich ist. Fischer bemerkt dazu in seinem Lehrbuch aus dem Jahr 1918:³⁵ „Das damit erforderte Maß der Genauigkeit hängt aber von der Lage des Falls und namentlich auch von dem Verhalten des Gegners ab.“ Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat diese Gedanken erst spät aufgegriffen und konkretisiert: Erstmals hat der BGH³⁶ sich in der Entscheidung WM 1962, 719 ausführlich mit den Anforderungen an die Substantiierung auseinandergesetzt und die Maßstäbe formuliert, denen die Substantiierung zu genügen hat.

I. Die Leitentscheidung BGH WM 1962, 719

BGH WM 1962, 719 zufolge ist es im Grundsatz ausreichend, wenn das Vorbringen seitens des Klägers schlüssig und das Verteidigungsvorbringen des Gegners erheblich ist.³⁷ Eine weitere Zergliederung kann unter Umständen nach den Einlassungen des Gegners geboten sein; das bedeutet jedoch nicht, dass der Darlegungsbelastete allein schon deshalb, weil der

32 Paulus, ZPR, ⁶2017, S. 74 Rn. 181.

33 Vgl. Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016 § 253 Rn. 53; kritisch auch Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, Vor §§ 253–299a, Rn. 24.

34 Vgl. Goldschmidt, ZPR, ²1932, S. 107 § 35.

35 Vgl. O. Fischer, Lehrbuch, 1918, S. 167.

36 Deutlich knapper auch schon RG, Urt. v. 1.6.1938 – II ZR 225/37, JW 1938, 2367.

37 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719.

Gegner bestreitet, gezwungen wäre, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben.³⁸ Der BGH führt aus:³⁹

„Dem Grundsatz, dass der Umfang der Darlegungspflicht sich nach der Einlassung des Gegners richtet, liegt daher nicht etwa der Gedanke zugrunde, ein Kläger sei zur Förderung der Wahrheitsermittlung und zur Prozessbeschleunigung verpflichtet, den bestreitenden Gegner in die Lage zu versetzen, sich möglichst eingehend auf die Klagebehauptungen einzulassen. Der Grundsatz besagt nur, dass dann, wenn infolge der Einlassung des Gegners der Tatsachenvortrag unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechtes zulässt, es seiner Ergänzung bedarf.“

Die Substantiierung soll also ausschließlich eine Schlüssigkeitsprüfung ermöglichen. Nur eine Einlassung des Gegners, die den Tatsachenvortrag in Hinblick auf die Schlüssigkeit „unklar“ erscheinen lässt, nötigt zu einer Ergänzung. Unklar und ergänzungsbedürftig wird nach der Überlegung des BGH der Tatsachenvortrag in folgendem Fallbeispiel:⁴⁰

„Will beispielsweise eine Partei mit der anderen eine Abrede getroffen haben und bringt diese daraufhin vor, es sei zu wiederholten Verhandlungen gekommen, so kann die Partei, die aus der behaupteten Vereinbarung Rechte herleitet, allerdings genötigt sein, zur Schlüssigkeit ihres Vortrages im einzelnen anzugeben, bei welcher dieser Verhandlungen und in welcher Weise die Einigung erfolgt ist.“

Das Beispiel ist etwas missverständlich;⁴¹ gemeint ist, dass der Gegner einwendet, es habe keine Einigung, sondern nur Verhandlungen gegeben.⁴² Dann ist *unklar*, ob dem wertenden Begriff der „Vereinbarung“ die notwendigen Einzeltatsachen mit Blick auf die rechtlichen Voraus-

38 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719.

39 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

40 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 719.

41 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 84 f., versteht das Beispiel so, dass nicht der Abschluss als solcher fraglich ist, sondern dass unklar bleibt, aus welcher von mehreren Vereinbarungen geklagt wird: „Bei einer Klage aus Darlehen kann der Beklagte z. B. behaupten, der Kläger habe ihm mehrere Darlehen gegeben. Dann muß der Kläger durch weitere Umstände seinen Vortrag präzisieren, da sonst nicht feststehen würde, welcher prozessuale Anspruch geltend gemacht wird.“ – Das betrifft aber die Individualisierung, nicht die Schlüssigkeit des Anspruchs; auf letztere hebt der BGH jedoch ausdrücklich ab.

42 Richtig *Söllner*, Beweisantrag, 1972, S. 52; vgl. auch *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 84.

setzungen – korrespondierende Willenserklärungen, hier insbesondere Rechtsbindungswille, Rechtzeitigkeit der Annahme, kein neues Angebot nach § 150 Abs. 2 BGB – zu Grunde gelegt worden sind. Der BGH konstruiert dieses Beispiel für ein Unklar-Werden in Abgrenzung zu dem von ihm selbst zu entscheidenden Sachverhalt: Dort klagte eine Bank auf Zahlung aus einem im September 1957 erfolgten Vergleich, in welchem der Beklagte ein Schuldsaldo von rund 40.000 DM anerkannt hatte.⁴³ Der Beklagte behauptete jedoch, er habe mit der Bank Ende des Jahres 1957 oder Anfang des Jahres 1958 eine mündliche Zusatzvereinbarung dahingehend geschlossen, dass eine Gutschrift in Höhe von 27.500 DM von dem Vergleich ausgenommen sein solle.⁴⁴ Die Klägerin bestritt, eine solche Vereinbarung geschlossen zu haben, geschweige denn nach dem Vergleich überhaupt mit dem Beklagten zusammengetroffen zu sein.⁴⁵ Das Berufungsgericht hielt die Behauptung des Beklagten zur angeblich mündlich erfolgten Zusatzvereinbarung für unsubstantiiert; Zeit, Ort und Gelegenheit der von dem Vergleich abweichenden Vereinbarung seien anzugeben gewesen.⁴⁶

Vor diesem Hintergrund erfolgen die Ausführungen des BGH zum Unklar-Werden, dass hier gerade *nicht* gegeben war: Die angeblich mündliche Zusatzabrede wird mit Blick auf die Schlüssigkeit nicht dadurch unklar, dass ihr Zustandekommen als solches bestritten wird. Hier ist nicht zweifelhaft, ob der Beklagte zutreffend von den relevanten Einzeltatsachen auf das Vorliegen einer solchen Vereinbarung gefolgert hat, sondern ob seine Darstellung der Ereignisse *wahr* ist. Anders als in dem Beispielfall, wo gegenüber der behaupteten Abrede eingewandt wird, man habe verhandelt, sich aber nicht geeinigt, bestehen keine Unklarheiten hinsichtlich der rechtlichen Wertung „Abrede“: Die Klägerin hatte schon bestritten, überhaupt mit dem Beklagten zusammengetroffen zu sein, sodass kein Raum für Missverständnisse verbleibt. Ort, Gelegenheit oder eine genauere zeitliche Eingrenzung sind für die Schlüssigkeit der angeblichen Zusatzvereinbarung ebenso unerheblich wie die Tatsache, dass es im Bankgeschäft unüblich ist, solche Abreden mündlich zu treffen.⁴⁷ Da die Behauptung der Zusatzabrede zwar bestritten wurde, jedoch an der Schlüssigkeit der Behauptung bei Wahrunterstellung keine Zweifel bestehen konnten, war le-

43 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, WM 1962, 719.

44 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 1, WM 1962, 719.

45 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720

46 Vgl. BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, I, WM 1962, 719.

47 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

diglich im Rahmen der Beweisaufnahme zu klären, welche Sachverhaltsdarstellung der Wahrheit entsprach. Ergänzend führt der BGH aus, dass es auf die Wahrscheinlichkeit des unter Beweis gestellten Vortrags nicht ankommen soll, denn eine solche Prüfung würde auf eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung hinauslaufen.⁴⁸ Es bleibe dem Gericht unbenommen, in der Beweisaufnahme selbst die Zeugen nach Einzelheiten, soweit sie für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Aussagen erforderlich erscheinen, zu befragen.⁴⁹

II. Die Rezeption von BGH WM 1962, 719

BGH WM 1962, 719 ist unter zwei Gesichtspunkten rezipiert worden: Zum einen, dass es anderer Angaben, als zu einer Schlüssigkeitsprüfung notwendig sind, nicht bedarf, insbesondere nicht, um die Wahrscheinlichkeit des Vortrags vorab zu prüfen. Zum anderen, dass die nähere Zergliederung einer schlüssigen Behauptung erst dann erforderlich ist, wenn das Bestreiten des Gegners die Behauptung unklar erscheinen lässt.

1. Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung als alleiniger Maßstab

Die Literatur hat sich überwiegend dafür ausgesprochen, dass die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung den alleinigen Maßstab zur Beurteilung des Sachvortrags vor der Beweisaufnahme bilden soll;⁵⁰ soweit jedoch die Entscheidung BGH WM 1962, 719 in Teilen der Literatur Ablehnung erfahren hat und stattdessen eigene Maßstäbe entwickelt worden sind, soll die Darstellung dieser alternativen Konzepte zunächst zurückgestellt werden.

Aus der nachfolgenden Rechtsprechung ist BGH NJW 1984, 2888 hervorzuheben:⁵¹ Auch dort ging es in der Sache um die Darlegung einer Abrede, deren Substantiierung das Berufungsgericht mangels näherer Angaben seitens des Klägers zu Zeit, Ort und etwaigen weiteren Personen, die neben den Vertragsschließenden bei der Vereinbarung zugegen gewesen sein könnten, vermisste. Eine Prüfung und Auseinandersetzung sei dem

48 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

49 BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

50 Vgl. statt vieler *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 48 und 84 f.

51 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, I, NJW 1984, 2888, 2889.

Beklagten so nicht möglich.⁵² Es seien u. a. solche Angaben zur Substantiierung erforderlich, die dem Gegner die Einholung von Auskünften ermöglichen.⁵³

„Es genügt also nicht eine Bezeichnung dessen, *was* sich als anspruchsbegründend zugetragen hat. Erforderlich ist vielmehr die Schilderung der – für das Entstehen des Anspruchs selbst unerheblichen – Modalitäten des Geschehens, d. h. *wann*, *wo*, und *wie* es sich zugetragen hat.“⁵⁴

Das Berufungsgericht stellt damit an die Beurteilung des Sachvortrags ausdrücklich weitergehende Voraussetzungen, als zu einer bloßen Schlüssigkeitsprüfung notwendig wären; gestärkt werden soll die Einlassungsfähigkeit des Gegners. Der BGH hat dieser Ansicht – passagenweise unter wörtlicher Wiedergabe der Erwägungen aus BGH WM 1962, 719 – eine Absage erteilt: Ist die Klage ausreichend individualisiert, kommt es in der Folge nur auf die Schlüssigkeit des Vortrags an.⁵⁵

Zutreffend bemerkt allerdings *Stürner*, dass der mögliche Eindruck einer dahingehend ständigen Rechtsprechung zu diesem Zeitpunkt täuscht.⁵⁶ Denn noch im Jahr 1982 urteilte der gleiche Senat gerade im entgegengesetzten Sinne: Dort klagte ein Geschäftsführer auf Feststellung des Fortbestehen seines Dienstvertrages; seitens des beklagten Unternehmens wurde behauptete, der Kläger sei mit seiner Kündigung einverstanden gewesen.⁵⁷ Die angebliche Einverständniserklärung hielt der Senat für substanzlos, weil er „Ort, Zeit, Benennung der Gesprächspartner und Inhalt der in Frage stehenden Erklärungen“ vermisste.⁵⁸ Diese Angaben seien von besonderer Bedeutung, weil sich das beklagte Unternehmen auf das angebliche Einverständnis zunächst nicht berufen habe, welches auch in deutlichem Widerspruch zur Feststellungsklage des Geschäftsführers stehe.⁵⁹ Ganz un-

52 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, I, NJW 1984, 2888, 2889.

53 KG, Urt. v. 1.3.1983 – 4 U 1049/82, I 3 (unveröffentlicht).

54 KG, Urt. v. 1.3.1983 – 4 U 1049/82, I 3 (unveröffentlicht; Hervorhebungen im Original).

55 Vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, I 1, NJW 1984, 2888, 2889.

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

57 BGH, Urt. v. 22.4.1982 – VII ZR 160/81, NJW 1982, 1708; vgl. auch *Stürner*, JZ 1985, 183, 185 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

58 BGH, Urt. v. 22.4.1982 – VII ZR 160/81, NJW 1982, 1708, II 3b, NJW 1982, 1708, 1710.

59 BGH, Urt. v. 22.4.1982 – VII ZR 160/81, NJW 1982, 1708, II 3b, NJW 1982, 1708, 1710.

verhohlen praktizierte der Senat hier noch eine Wahrscheinlichkeitskontrolle.⁶⁰

Aber auch während die Auffassung, nach der es ausschließlich auf die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung ankommt, sich im Anschluss an BGH NJW 1984, 2888 allmählich gefestigt hat⁶¹ und schließlich zur ständigen Rechtsprechung erstarkt ist,⁶² finden sich Entscheidungen, die neben der Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung zusätzliche Voraussetzungen an den Sachvortrag stellen, namentlich auf die Einlassungsfähigkeit desselben abheben.⁶³ Umfangreiche Gefolgschaft erfährt etwa der amtliche Leitsatz in BGH NJW 1992, 1967, wonach ein Beweisantritt nicht unterbleiben darf, wenn der Sachvortrag – in Ergänzung zur Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung – dem Gegner auch eine *sachliche Stellungnahme* ermöglicht.⁶⁴ Häufig bleibt unklar, welche Angaben jenseits der ohnehin erforderlichen Individualisierung geboten sein sollen, um dem Gegner eine Überprüfung⁶⁵ zu ermöglichen.⁶⁶ Zum Teil wird jedoch ausdrücklich gefordert, die Substantiierung solle dem Gegner die Nachprüfung der behaupteten Tatsachen und den Antritt von *Gegenbeweisen* ermöglichen.⁶⁷ Wenig überraschend ist es daher, wenn das OLG Brandenburg unter Berufung auf diese Rechtsprechung und in offenem Widerspruch zu BGH WM

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

61 Vgl. BGH, Urt. v. 23.4.1991 – X ZR 77/89, LS 3, II 4b, NJW 1991, 2707 2709; BGH, Urt. v. 29.9.1992 – X ZR 84/90, II 1, NJW-RR 1993, 189; BGH Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 160/91, II 1b, NJW-RR 1993, 626, 627.

62 Vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1994 – VII ZR 140/93, 1b, NJW-RR 1995, 722; BGH, Urt. v. 1.2.1995 – IV ZR 265/93, 2c, NJW-RR 1995, 724, 725; BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 154/96, II 2b, WM 1997, 1666, 1168.

63 Vgl. auch Brögelmann, JR 2005, 309, 311.

64 BGH, Urt. v. 25.2.1992 – X ZR 88/90, 2. LS und II 3b, NJW 1992, 1967, 1968. – Nachfolgend etwa BGH, Urt. v. 28.10.1993 – VII ZR 192/92, II 3a, NJW-RR 1994, 280, 281; BGH, Urt. v. 5.7.1995 – XII ZR 246/93, LS und 2, NJW-RR 1996, 56; BGH, Urt. v. 22.11.1996 – V ZR 196/95, II 2, 3b, NJW-RR 1997, 270; BGH, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 95/93, I 2e, WKRS 1996, 15653; BGH, Urt. v. 19.11.2008 – VIII ZR 138/07, II 3b) aa), BGHZ 178, 362, 376; BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – XII ZR 87/11, I 2, DS 2012, 318 f.; BGH, Beschl. v. 8.11.2012 – VII ZR 199/11, II 2b) aa), BeckRS 2012, 24271.

65 Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1992 – X ZR 88/90, II 3b, NJW 1992, 1967, 1968.

66 So auch Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 23.

67 Vgl. BGH, Urt. v. 26.5.1999 – VIII ZR 123/98, II 4a, NJW-RR 1999, 1481, 1483; BGH, Urt. v. 29.3.2001 – IX ZR 20/00, II 2a, NJW-RR 2002, 343, 344; BGH, Urt. v. 30.9.2003 – XI ZR 232/02, II 1a) aa), NJW-RR 2004, 45; BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – VIII ZR 219/07, B 2b, BeckRS 2010, 23910; vgl. auch BGH, Urt. v. 22.6.2010 – VI ZR 337/09, II 3, NJW 2010, 2725, 2726 f.

1962, 719 in einer Entscheidung meint, um dem Gegner den Antritt von Gegenbeweisen zu ermöglichen, seien Angaben zu Ort und Zeit des Vertragsschlusses erforderlich.⁶⁸ Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhebt diese von BGH WM 1962, 719 abweichende Rechtsprechungslinie indessen nicht; sie scheint vielmehr Ausdruck eines Verständnisses des Prozessrechts zu sein, nach welchem Verzicht auf vollständige Geschlossenheit und Widerspruchsfreiheit eine gewisse Flexibilität im Einzelfall sichern soll.⁶⁹

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung als alleiniger Maßstab für die Substantiierung sich zwar in der Rechtsprechung des BGH trotz gelegentlicher Abweichungen ganz überwiegend⁷⁰ durchgesetzt hat, es sich dabei jedoch um eine vergleichsweise junge Entwicklung der letzten Jahrzehnte handelt. Wenn es in OLG Köln NJW-RR 1999, 1155 heißt:⁷¹

„Die Auffassung einzelner Kammern des LG, der Klagevortrag sei unsubstantiiert, weil der Kläger nicht angegeben habe, wer – wann – wo – mit wem – warum usw. etwas getan oder unterlassen habe, ist falsch und war immer falsch, findet in der Rechtsprechung des BGH keine Stütze, ist aber bisher nicht auszurotten“,

dann übertönt der Theaterdonner gleichsam die Dissonanzen in der Rechtsprechung des BGH.

2. Unklar-Werden auf Grund der Einlassung des Gegners

Die zweite zentrale Erkenntnis in BGH WM 1962, 719 ist, dass der Darlegungsbelastete seine schlüssige Behauptung nicht schon deshalb weiter zergliedern muss, weil der Gegner bestreitet, sondern nur dann, wenn infolge der Einlassung die Behauptung nunmehr unklar erscheint. In späteren Entscheidungen hat der BGH sich auch der Formulierung bedient,

68 Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 4.6.2007 – 3 U 29/07, II 1b, BeckRS 2008, 9690.

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

70 Einen Sonderweg beschreitet der VIII. Senat bei den Anforderungen an die Darlegung des Eigenbedarfsinteresses im Mietrecht: Dieses soll „substantiiert und plausibel“ dargelegt werden, wobei mit Plausibilität ein „stimmiger“ Vortrag gemeint ist, vgl. BGH, Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 44/16, II 2b, NJW 2017, 2819, 2820 m. w. N.

71 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 4.2.1999 – 19 W 4/99, NJW-RR 1999, 1155 (red. LS; die Entscheidung wurde durch *Lothar Jaeger* mitgeteilt).

Substantiierung sei notwendig, wenn der Parteivortrag in seiner Schlüssigkeit durch das gegnerische Vorbringen „unvollständig, mehrdeutig oder sonst unklar ist oder wird“.⁷²

In der Literatur wird diesem Gedanken nicht immer hinreichend Rechnung getragen. Dort wird das Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag zum Teil so verstanden, dass zunächst eine „pauschale“, wenn auch schlüssige Behauptung genüge, die jedoch konkretisiert werden müsse, sobald der Gegner sie „einfach“, d. h. ohne nähere Angaben bestreitet.⁷³ Als Beispiel wird häufig die Behauptung eines Vertragsschlusses genannt, der – in Übereinstimmung mit den äußert niedrigen Anforderungen des BGH hierzu – zunächst „pauschal“, d. h. ohne nähere Wiedergabe der zu Grunde liegenden Willenserklärungen, behauptet werden kann; wenn der Gegner den Abschluss dann ebenso pauschal bestreitet, soll der Darlegungsbelastete den Vertragsschluss näher substantiieren müssen.⁷⁴ Dieser Auffassung steht die Unklarheitsformel im Sinne von BGH WM 1962, 719 diametral entgegen: Ein „einfaches“ Bestreiten nötig demnach gerade *nicht* zur weiteren Zergliederung der Behauptung; erforderlich ist es, dass der Gegner einen Geschehensablauf vorträgt, aus dem sich Zweifel an Richtigkeit der Wertung „Vertragsschluss“ ergeben, so etwa, wie in BGH WM 1962, 719 beschrieben, durch die Erklärung, man habe nur verhandelt.⁷⁵ Erst dann erscheint es fraglich, ob der Darlegungsbelastete aus dem Geschehen die richtigen Schlussfolgerungen gezogen hat. Im Falle eines „einfachen“ Bestreitens wird dagegen die Behauptung nicht unklar, sondern nur beweisbedürftig.⁷⁶

72 BGH, Urt. v. 19.11.1987 – VII ZR 252/86, II, ZfBR 1988, 85; BGH, Urt. v. 24.3.1988 – VII ZR 232/86, 2a, NJW-RR 1988, 915, 916; BGH, Beschl. v. 27.9.2006 – IV ZR 143/05, I 2, BeckRS 2006, 12676; vgl. auch BGH, Beschl. v. 23.9.2009 – IV ZR 152/08, II 2, BeckRS 2009, 27898.

73 Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 8a; H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 248; E. Schmidt, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 60.

74 So etwa Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 8a; Hansen, JuS 1991, 558, 589; Frohn, JuS 1996, 243, 248; Brögelmann, JR 2005, 309, 311; Borck, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 124; Arz/Gemmer, JuS 2020, 935, 936 f.

75 Richtig daher Bruns, ZPR, ¹1968, S. 248 f. § 29 II 1; vgl. auch Geipel, Beweiswürdigung, ³2017, S. 976 Rn. 74; Seidl, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 84 und 227 f.

76 Ebenso Eschelbach/Geipel, ZAP Fach 13 (2010), 1681, 1682 (Beispiel 3).

Gleiches gilt für die seit jeher anerkannte Verwendung einfacher Rechtsbegriffe,⁷⁷ z. B. „Kauf“ oder „Miete“, die nach Ansicht vieler zwar zunächst ohne nähere Zergliederung vorgetragen werden können, aber dann zu substantiieren seien, wenn der Gegner sie „einfach“ bestreitet.⁷⁸ Hierzu gibt es mehrere Lesarten:⁷⁹ Nach einer Ansicht handelt es sich bei den sog. Rechtstatsachen nicht um Tatsachen, sondern um bloße Rechtsbehauptungen, über die ein Beweis nicht möglich sein soll; die Rechtstatsache soll der Gegner zugestehen können, etwa, indem er sie nicht bestreitet, bestreitet er sie jedoch, soll die Behauptung in Tatsachen zergliedert werden.⁸⁰ Bei der gewählten Prämisse müsste die Konsequenz allerdings eigentlich sein, dass der Gegner sich gegenüber der Rechtsbehauptung überhaupt nicht zu erklären braucht: Mangels Tatsachen würde weder die Zugeständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO greifen, noch könnte im Falle seiner Säumnis eine Schlüssigkeitsprüfung erfolgen.

Stimmiger⁸¹ ist die Lesart, nach der es sich bei den sog. Rechtstatsachen um echte, dem Beweis zugängliche Tatsachenmehrheiten handelt, die im Gleichlauf zu den juristischen Begrifflichkeiten gebraucht werden.⁸² Die Konsequenz ist, dass ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 BGB schlüssig dargelegt ist, wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe den fraglichen Gegenstand von ihm „gekauft“ – erscheint der Beklagte nicht zur Verhandlung, kann gegen ihn bereits auf Grund der Behauptung des Kaufs ein Versäumnisurteil ergehen.⁸³ Für alltägliche Rechtsbegriffe braucht es keine Subsumtionskontrolle, man darf dem Laien durchaus zutrauen, dass er den betreffenden Lebenssachverhalt zutreffend als „Kauf“ eingeordnet hat. Daraus folgt, dass auch bei den Rechtstatsachen nicht bereits ein „einfaches“ Bestreiten zur Zergliederung zwingt – wenn der Vor-

77 Auch als „juristische Tatsachen“ oder „Rechtstatsachen“ bezeichnet, vgl. *Saenger*, in: ZPO, ⁸2019 Rn. 11 m. w. N.; Nachweise zur älteren Literatur und Rechtsprechung bei *Glücklich*, Parteivernehmung, 1938, S. 64 Anm. 40; kritisch zu den Rechtstatsachen vor allem *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 36.

78 Vgl. etwa *Laumen*, in: *Hdb. d. Beweislast*, Bd. 1, ⁴2018, S. 177 Rn. 61 und *Arz/Gemmer*, JuS 2020, 935, 936 f.

79 Anschauliche Darstellung bei *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 216–232.

80 So etwa *Rosenberg*, *Beweislast*, ⁵1965, S. 167 f.

81 Ebenso *Seidl*, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 220–222, der auf die Widersprüchlichkeit der Gegenansicht hinweist.

82 *Söllner*, *Beweisantrag*, 1972, S. 51: Der „soziale“ Begriff wird synonym zur juristischen Wertung verwendet.

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

trag bei Wahrunterstellung eine schlüssige Behauptung beinhaltet, kann die Behauptung nicht schon dadurch unschlüssig werden, dass der Gegner sie schlicht verneint.⁸⁴ Sie wird nur beweisbedürftig,⁸⁵ und es spricht nichts dagegen, etwa einen Zeugen zu seinen Wahrnehmungen hinsichtlich des „Kaufs“ zu befragen,⁸⁶ wenn man schon den Parteien zutraut, dass sie verstehen, was dieser Begriff voraussetzt.

Unklar und damit zergliederungsbedürftig wird die sog. Rechtstatsache mit Blick auf die Schlüssigkeit erst dort, wo Zweifel an der Richtigkeit der zu Grunde liegenden Schlussfolgerung bestehen.⁸⁷ Das kann etwa der Fall sein, wenn die darlegungsbelastete Partei zunächst pauschal eine „Leihe“ behauptet und die Gegenseite daraufhin einen Sachverhalt schildert, aus dem sich eine Schenkung ergibt.⁸⁸ Hier erscheint es fraglich, ob der Darlegungsbelastete das unentgeltliche Rechtsgeschäft zutreffend als Leihe eingeordnet hat. Der Darlegungsbelastete mag sich zwar sicher sein, dass er dem Gegner die Sache nur zeitweilig zur Verfügung stellen wollte; es kommt jedoch auf den Inhalt der nach einem objektiven Empfängerhorizont auszulegenden Willenserklärungen an. Daher muss der Darlegungsbelastete nun selbst einen vom gegnerischen Vortrag abweichenden Sachverhalt schildern, aus dem sich die rechtliche Wertung als Leihe rechtfertigt.

III. Die Substantiierungslast – ein „Phantom“?

Die bisherigen Erkenntnisse zur Grundlage der Substantiierungslast können in einem Zwischenergebnis festgehalten werden: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss der Tatsachenvortrag lediglich konkret genug sein, um dem Gericht eine Schlüssigkeitsprüfung zu ermöglichen. Der verfolgte Anspruch wird durch die Darlegung von Tatsachen schlüssig gemacht, substantiiert. Einen normativen Anknüpfungspunkt hat die Sub-

84 Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 23 und Seidl, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 227–231; vgl. auch schon Seutemann, MDR 1997, 615, 618 f.; Gremmer, MDR 2007, 1172, 1175; Eschelbach/Geipel, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1670.

85 Papanikolaou, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 23.

86 Ebenso Seidl, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 229.

87 Söllner, Beweisanspruch, 1972, S. 51; Seidl, Juristisch eingekleidete Tatsachenbehauptungen, 2019, S. 223.

88 Seutemann, MDR 1997, 615, 619.

stantiierungslast nicht,⁸⁹ und braucht ihn nach dem zuvor Gesagten auch nicht: Sie hängt inhaltlich von dem Begriff der Schlüssigkeit ab, den die ZPO ebenfalls nicht nennt, sondern voraussetzt, vgl. § 331 Abs. 2 ZPO. Die Substantiierung findet also nach dem Verständnis des BGH in dem Axiom der Schlüssigkeitsprüfung ihre Grundlage.⁹⁰

Eine andere Auffassung hat *von Selle*: Er meint, in § 138 Abs. 1 ZPO eine ausdrückliche Regelung gefunden zu haben.⁹¹ Daraus soll sich neben der Vollständigkeitspflicht noch eine eigenständige Vollständigkeitsobliegenheit – nämlich die Substantiierungslast – ergeben.⁹² Die herrschende Ansicht – welche dieser Norm nur eine Vollständigkeitspflicht als Teilaspekt der Wahrheitspflicht entnimmt – ignoriere die amtliche Überschrift („Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht“) und den Wortlaut der Norm.⁹³ Dagegen lässt sich vieles einwenden;⁹⁴ letztlich kann dies hier jedoch dahinstehen, denn auch *von Selle* räumt ein, dass die Substantiierung unabhängig von § 138 ZPO als notwendige Voraussetzung für unser Verständnis der Rechtsanwendung existiert.⁹⁵

Gremmer wiederum veranlasst der Gleichlauf von Substantiierung und Schlüssigkeit zu der Einschätzung, die Substantiierungslast entpuppe sich als „Phantom“.⁹⁶ Berechtigt ist dieses Fazit, soweit damit eine Entmystifizierung des Substantiierungsbegriffs beabsichtigt ist: Auf dem Boden der Rechtsprechung stehend kann es kein Stufenverhältnis dergestalt geben, wonach Tatsachenbehauptungen schlüssig, aber „noch nicht substantiiert“ sein könnten. Eine andere Frage ist es, ob der Begriff der Substantiierungs-

89 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54–58.

90 Vgl. dazu auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 84.

91 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1 f.

92 *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1 und 2.1.

93 *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1.

94 *von Selle* setzt sich bereits mit der Annahme einer Vollständigkeitsobliegenheit zu seiner eigenen Argumentation in Widerspruch, nach der eine eigenständige Erklärungspflicht aus der Überschrift zu entnehmen sein soll. Aus der Überschrift aber lässt sich auch eine solche Erklärungspflicht nicht begründen: Amtlich ist diese erst seit dem Jahr 2003, vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses v. 27.7.2001, BGBl. I, S. 1887. Im Reichsgesetzblatt wurde die Norm noch zutreffend unter der Arbeitsüberschrift „Wahrheitspflicht“ wiedergegeben, vgl. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780. Zur Vollständigkeitspflicht als bloßem Teilaspekt der Wahrheitspflicht vgl. Teil II, Kap. 1 B I.

95 Vgl. *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 1.1.

96 Vgl. *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1175.

last dadurch entbehrlich wird;⁹⁷ das ist zu verneinen. Die Schnittmengen zu den Begriffspaaren der Darlegungslast und Schlüssigkeit sind zwar groß, es verbleibt aber durchaus ein Bereich, den die Substantiierungslast treffend umschreibt: Während die Darlegungslast in erster Linie die Frage betrifft, *wer* welche Tatsachen behaupten muss, und die Schlüssigkeit das Subsumptionsergebnis meint, bezeichnet die Substantiierungslast die Notwendigkeit, alle zur Schlüssigkeitsprüfung erforderlichen Tatsachen hinreichend genau vorzutragen.⁹⁸

D. Alternative Konzepte

Bisher wurde gezeigt, dass Substantiierung Tatsachenvortrag meint, der zur Schlüssigkeitsprüfung geeignet ist. Da die Substantiierung nach diesem Verständnis die Voraussetzung der Schlüssigkeitsprüfung ist, und das Kriterium der Schlüssigkeit unzweifelhaft von der ZPO vorausgesetzt wird, bedarf es keiner ausdrücklichen Regelung. Nach Ansicht des BGH erschöpft sich die Substantiierung darin, dem Richter eine Schlüssigkeitsprüfung zu ermöglichen; weitergehende Anforderungen dürfen an die Berücksichtigungsfähigkeit des Vortrags nicht gestellt werden – es fehlt insoweit an einer Stütze im Gesetz. In der Literatur gibt es hierzu jedoch eine Reihe alternativer Vorstellungen. Diesen ist gemein, dass sie über die Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung hinaus weitere Anforderungen an die Substantiierung stellen: Die Partei soll ihren schlüssigen Vortrag um schlüssigkeitsfremde Tatsachen ergänzen, mit dem Ziel, den Gegner in seiner Einlassungsfähigkeit zu stärken und dem Gericht die Kontrolle der Sinnhaftigkeit einer Beweisaufnahme zu ermöglichen. Inwieweit diese Konzepte für sich in Anspruch nehmen können, im Gesetz eine Grundlage zu haben, soll nachfolgend geprüft werden.

I. Die Ansicht *Langes*: „Substantiierungspflicht“ zur Prozessförderung

Lange nimmt an, dass die Angabe zusätzlicher Modalitäten unter dem Gesichtspunkt der Einlassungsfähigkeit, der Prozessbeschleunigung und der Verhütung missbräuchlicher Inanspruchnahme des Verfahrens wün-

⁹⁷ Vgl. auch schon *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 24 f.

⁹⁸ Vgl. auch *Frohn*, JuS 1996, 243, 247; ähnlich *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 25.

schenswert erscheint.⁹⁹ Die Verpflichtung zum Vortrag von Modalitäten ergebe sich aus der Vollständigkeitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO und der Prozessförderungspflicht nach §§ 282, 277 ZPO.¹⁰⁰ Es gebe zwar keine Stütze im Prozessrecht, die Beweisaufnahme hiervon abhängig zu machen;¹⁰¹ vielmehr sei es Sache des Gerichts, selbst Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts zu treffen, insbesondere von der Möglichkeit einer Parteianhörung Gebrauch zu machen.¹⁰² Einer Partei, welche die geforderten zusätzlichen Modalitäten nicht beibringt, soll jedoch eine Verzögerungsgebühr nach § 38 GKG auferlegt werden können.¹⁰³ *Lange* bezeichnet das als Substantiierungspflicht, die neben die Substantiierungslast treten soll.¹⁰⁴ Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Erfüllung der Substantiierungslast durch schlüssigen Vortrag im Eigeninteresse der Partei liegt, während die Mitteilung zusätzlicher Modalitäten des Geschehens im Interesse der anderen Prozessbeteiligten ist und daher eine Pflicht begründe.¹⁰⁵

Abgesehen von dem fehlgehenden¹⁰⁶ Verweis auf § 138 Abs. 1 ZPO hebt diese Ansicht zutreffend darauf ab, dass neben der allein von einem schlüssigen Vortrag abhängigen Beweisaufnahme flankierende Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts in Betracht kommen. Die vorgeschlagene Terminologie – eine Substantiierungspflicht neben der Substantiierungslast – ist allerdings nicht überzeugend: Die Angabe von Modalitäten, die nicht zur Schlüssigkeitsprüfung benötigt werden, jedoch als Ausfluss der Prozessförderungspflicht geboten sein sollen,¹⁰⁷ ist naheliegenderweise auch als Prozessförderungspflicht zu bezeichnen. Ein anderes Verständnis der Substantiierungslast ergibt sich aus der Auffassung *Langes* letztlich nicht.

99 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 249 f.

100 *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250.

101 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 251.

102 *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 252.

103 *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 251 f.

104 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250.

105 Vgl. *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250.

106 Siehe oben Teil I, Kap. 1 C III.

107 So ausdrücklich *H. D. Lange*, DRiZ 1985, 247, 250: Die Pflicht zur vollständigen Erklärung ist „auch“ Ausfluss der Prozessförderungspflicht.

II. Die Ansicht *Broses*: Einlassungsfähigkeit als ergänzendes Kriterium

Brose ist der Ansicht, dass neben der Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung auch die Einlassungsfähigkeit des Vortrags ein Kriterium sei, dem die Substantiierung gerecht zu werden habe.¹⁰⁸ Einlassungsfähig sei der Vortrag, wenn er dem Gegner die Überprüfung der Behauptung und den Antritt von etwaigen Gegenbeweisen ermögliche.¹⁰⁹ Daher könnten auch Angaben erforderlich sein, wann, wo und im Beisein welcher Personen sich der Sachverhalt abgespielt haben soll.¹¹⁰ Ein schutzwürdiges Interesse, diese Angaben zurückzuhalten, sei nicht ersichtlich.¹¹¹ Vielmehr sei deren Mitteilung nach dem Grundsatz prozessualer Waffengleichheit und dem gegnerischen Anspruch auf rechtliches Gehör erforderlich und finde auch im Vollständigkeitsgebot des § 138 Abs. 1 ZPO seinen Ausdruck.¹¹² Eine Überforderung der Partei sei nicht zu befürchten, da die richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO Sorge dafür trage, die konkreten Anforderungen an den Vortrag zu vermitteln.¹¹³ Bleiben die Angaben aus, soll das Vorbringen als unsubstantiiert zurückzuweisen sein, wenn die Partei sich nicht ausnahmsweise auf entschuldigende Umstände berufen kann, für deren Vorliegen sie dann auch beweisbelastet sei.¹¹⁴

Die Ansicht *Broses*, eine Beweisaufnahme sei davon abhängig zu machen, ob der Vortrag den Gegner in seiner Einlassungsfähigkeit stärkt und ihm den Antritt etwaiger Gegenbeweise ermöglicht, stellt eine echte Alternative zur Auffassung des BGH dar. Immerhin kann sich *Brose* auf eine Nebenlinie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung berufen, die (auch) auf die Einlassungsfähigkeit des Vortrags abhebt.¹¹⁵ Fraglich ist aber, ob sich für dieses alternative Verständnis der Substantiierung eine Grundlage im Gesetz findet. Unzutreffend ist dabei schon die Begründung, der Grundsatz prozessualer Waffengleichheit respektive der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete es, die Beweisaufnahme davon abhängig zu machen, ob der Vortrag dem Gegner den Antritt von Gegenbeweisen ermöglicht. Wenn eingrenzende Angaben zu Zeit, Ort und weiteren Personen

108 Vgl. *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318; so auch schon *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 12–15; zustimmend B/L/H/*Anders*, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 18.

109 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1317–1319.

110 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

111 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

112 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

113 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

114 *Brose*, MDR 2008, 1315, 1318.

115 Vgl. *Brose*, MDR 2008, 1315, 1317 und oben Teil I, Kap. 1 C II 1.

erst während der Beweisaufnahme bekannt werden, kann und muss rechtliches Gehör dadurch gewährt werden, dass der Gegner ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und zum Antritt von Gegenbeweisen erhält.¹¹⁶ Es droht daher keine Verletzung der Waffengleichheit, sondern eine Verzögerung des Verfahrens.¹¹⁷

Nun spricht nichts dagegen, auch dem eher profanen Ziel der Verfahrenseffizienz Rechnung tragen zu wollen.¹¹⁸ Dem wird man aber kaum gerecht werden, wenn in Ermangelung der gewünschten Angaben zunächst in einer Art Zwischenstreit Beweis darüber erhoben werden soll, inwieweit das Ausbleiben der Angaben entschuldigt ist.¹¹⁹ Aber selbst wenn die Partei die gewünschten Modalitäten schildert und der Gegner daraufhin sogleich Gegenbeweis antritt, ist damit noch nicht gesagt, dass sich daraus eine Effizienzsteigerung ergibt – nach wie vor muss beiden Seiten hinsichtlich der Erkenntnisse, welche erst die Beweisaufnahme zu Tage fördert, rechtliches Gehör gewährt werden.

Auch was die Erfüllbarkeit der Pflicht angeht, bestehen Zweifel: *Brose* hat bei seinen Überlegungen erkennbar das Bild einer darlegungsbelasteten Partei vor Augen, die ohne Weiteres zusätzliche Modalitäten zu ihrem schlüssigen Vortrag schildern und dem Gegner so den Antritt von Gegenbeweisen ermöglichen könnte. In der Tat gibt es in diesem Fall keinen vernünftigen Grund, es der Partei zu gestatten, Angaben bewusst zurückzuhalten, um dem Gegner so die Verteidigung zu erschweren und das Verfahren hinauszuzögern. Allerdings entspricht jenes Bild nur sehr bedingt den realen Gegebenheiten. Bereits der Maßstab dessen, wann welche zusätzlichen Modalitäten seitens der Partei zu erwarten sind, und wann ihr Ausbleiben entschuldigt werden kann, droht ganz im Belieben des Richters zu stehen. *Brose* etwa legt seinen eigenen Wertungsmaßstab offen, wenn er meint, es entspräche einem sorgsamem Vorgehen im Wirtschaftsleben, den Namen von Gesprächspartnern zu erfragen und diesen ebenso zu dokumentieren wie Datum und Ort des Gesprächs.¹²⁰ Ob der sorgfältige Teilnehmer des wirtschaftlichen Verkehrs tatsächlich stets eine solche Dokumentation anlegt – nach *Broses* Ansicht mit dem Endzweck, dem

116 H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 249; Eschelbach/Geipel, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1676.

117 So auch schon H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 249 und 251; Eschelbach/Geipel, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1676.

118 Auf die Prozessförderung beziehend auch *Brose*, MDR 2008, 1315, 1319; ebenso Brögelmann, JR 2005, 309, 313 f.

119 Vgl. H. D. Lange, DRiZ 1985, 247, 251.

120 Vgl. *Brose*, MDR 2008, 1315, 1319.

Gegner in einem etwaigen Prozess den Antritt von Gegenbeweisen zu ermöglichen – erscheint ebenso fraglich, wie den Rechtsschutz im Zivilprozess nur einem idealtypisch sorgfältigen Verkehrsteilnehmer zu gewähren. Offenkundig hilft im Prozess auch ein Hinweis nach § 139 ZPO darauf, was die Partei vorprozessual hätte an Informationen sammeln müssen, um nach Ansicht des Richters ihrem Sorgfaltsmaßstab zu genügen, nicht weiter.¹²¹

Schließlich führt es zu merkwürdigen Ergebnissen, wenn der Mangel an nach Anschauung des jeweiligen Richters erwartbaren Angaben der Partei zum Vorwurf gemacht wird und eine Beweisaufnahme unterbleibt, obwohl sich bei Durchführung derselben herausgestellt hätte, dass sich das Geschehen tatsächlich so wie behauptet zugetragen hat. *Broses* These krankt an der Tatsache, dass in zahlreichen Prozessen der Gegner gar nicht in der Lage ist, Gegenbeweis anzutreten, und zwar nicht selten deshalb, weil er sich im Unrecht befindet. Dem Maßstab *Broses* folgend würde in jenen Fällen die darlegungsbelastete Partei den Prozess wegen vermeintlich unzureichender Einlassungsfähigkeit verlieren, obwohl der Gegner auch bei Vortrag von Modalitäten nichts Erhebliches hätte erwidern können.

Weder ist klar, ob die nach Ermessen des jeweiligen Richters erforderlichen Modalitäten, wenn sie beigebracht werden zu einer Beschleunigung des Verfahrens führen, noch ist bei ihrem Ausbleiben der Schluss gerechtfertigt, die Einlassungsfähigkeit des Gegners sei beeinträchtigt. Eine Ansicht, die neben der Schlüssigkeit zusätzliche Modalitäten zur Einlassungsfähigkeit fordert und die Beweisaufnahme hiervon abhängig machen will, ist daher abzulehnen.

III. Wahrscheinlichkeits-, Plausibilitäts- und Missbrauchskontrolle

Mehr als eine bloße Beschleunigung des Prozesses haben die Verfechter einer „Plausibilitätskontrolle“ im Sinn: Ihnen geht es maßgeblich um die Integrität des einzelnen Verfahrens und der Institution des Zivilprozesses als Ganzes.¹²² Unter dem diffusen Begriff firmieren Ansichten, nach denen weniger die Einlassungsfähigkeit des Vortrags, sondern die Stimmigkeit

121 Vgl. zum Phänomen sog. Schein-Hinweise auch *Frohn*, JuS 1996, 243, 246: Es werden von vornherein unerfüllbare Auflagen gemacht, um das Vorbringen als unsubstantiiert zurückweisen zu können.

122 Vgl. nur *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 118 f.

desselben den Maßstab für die Substantiierung bilden soll. Die etwas verschämte Bezeichnung als „Plausibilitätskontrolle“ versteht sich in Abgrenzung zu einer Wahrscheinlichkeits- bzw. Glaubhaftigkeitskontrolle, die als unzulässige¹²³ Vorwegnahme der Beweiswürdigung gerade nicht erfolgen soll: Eine Beweisaufnahme, darüber besteht im Grunde auch bei den Verfechtern der „Plausibilitätskontrolle“ Einigkeit,¹²⁴ darf nicht davon abhängig gemacht werden, wie wahrscheinlich es ist, dass sich die unter Beweis gestellte Tatsache als wahr erweist. Ob die „Plausibilitätskontrolle“ in ihrer jeweiligen Ausgestaltung diesem Anspruch gerecht wird, soll im Folgenden geprüft werden. Zugleich muss auch das für gewöhnlich apodiktisch¹²⁵ gehandhabte „Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung“ auf seine Berechtigung hin untersucht werden.

1. Plausibilitätskontrolle nach *Meyke*

Meyke erkennt im Grundsatz an, dass eine Beweiserhebung nicht allein deshalb unterbleiben darf, weil die unter Beweis gestellte Tatsachenbehauptung unwahrscheinlich erscheint.¹²⁶ Das Vorbringen soll jedoch von einer Beweisaufnahme ausgeschlossen werden, wenn der Vortragende auf ein Bestreiten der Gegenseite hin nicht näher substantiiert kann; eine Zergliederung des Vortrags sei stets und nicht nur dann erforderlich, wenn das ursprüngliche Vorbringen in Folge der Einlassungen des Gegners unklar werde, und habe im Übrigen auch die Angabe von Ort, Zeit und Umständen des Geschehens zu beinhalten.¹²⁷ Grund sei die praktische Erfahrung, dass die Partei in Ermangelung solcher Angaben meist auch nicht in der Lage sein werde, den Richter in der Beweisaufnahme zu überzeugen.¹²⁸ Unwahrscheinliches Vorbringen könne häufig nicht näher konkretisiert werden, „weil es eben nicht der Wahrheit entspricht.“¹²⁹

Damit erweist sich die Plausibilitätskontrolle nach *Meyke* als eine kaum verbrämte Wahrscheinlichkeitskontrolle: Neben dem schlüssigen Vortrag sollen weitere Angaben erforderlich sein, deren Ausbleiben den Richter zu

123 Vgl. statt vieler *Paulus*, ZPR, 62017, S. 164 Rn. 429.

124 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 123; *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80; *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

125 Vgl. *Nissen*, Recht auf Beweis, 2019, S. 351.

126 Vgl. *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

127 *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

128 *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231 f.

129 *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2232.

dem Schluss berechtigt, dass Vorbringen sei wahrscheinlich unbeweisbar, möglicherweise sogar unwahr. Die zentralen Aussagen von BGH WM 1962, 719 – Substantiierung nur bei Unklarheit, keine Angabe von Modalitäten – lehnt *Meyke* ausdrücklich ab.¹³⁰ Diese Plausibilitätskontrolle scheint also auf eine verbotene Vorwegnahme der Beweiswürdigung hinauszulaufen. An dieser Stelle kann die Frage nach der Berechtigung jenes Verbots gestellt werden.

2. Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung

Positiv gewendet entspricht dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung die Frage nach einer etwaigen richterlichen Beweiserhebungspflicht. Als Begründung einer solchen Beweiserhebungspflicht werden in Literatur und Rechtsprechung regelmäßig das „Recht auf Beweis“ und der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO genannt.¹³¹

a) Das „Recht auf Beweis“

Das „Recht auf Beweis“ soll seine Quelle in der Verfassung haben: Der Justizgewährungsanspruch als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG und das Gebot rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG werden als Grundlagen hierfür angeführt.¹³² Die Deduktion beschränkt sich allerdings zumeist, wie *Wörner* pointiert festgestellt hat, auf das Postulat, das „Recht auf Beweis“ sei der Ausgleich zum Verbot der Selbsthilfe.¹³³ Auch wenn der Gedanke als Ausdruck eines bestimmten Gesellschaftsbildes etwas für sich haben mag: Zwingend ist er allein deshalb nicht.¹³⁴ Das Selbsthilfeverbot besteht, solange der Gewaltanspruch des Staates besteht und hängt dem Grunde nach nicht davon ab, ob dem Ge-

130 Vgl. *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2231, 2234.

131 Vgl. dazu *Nissen*, Recht auf Beweis, 2019, S. 338–345, 351 m. w. N.

132 Vgl. dazu *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 164–168 m. w. N.

133 Vgl. *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 219.

134 Vgl. auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 219 f.

waltunterworfenen hierfür eine Kompensation gewährt wird.¹³⁵ Eine andere Frage ist es, welches Bild sich der Gesetzgeber historisch zu eigen machen wollte.¹³⁶ Letztlich kann aber auch dies dahinstehen; denn auch wenn der Gesetzgeber ein „Recht auf Beweis“ als Ausgleich gewähren wollte, lässt dies keine konkreten Schlüsse auf Voraussetzungen und Grenzen desselben zu.

Neben dem Kompensationsgedanken kommt die *Akzeptanz des Verfahrens* als Ziel und Begründung des „Rechts auf Beweis“ in Betracht. Diese Erwägung legt etwa *Brehm* seiner Ablehnung eines auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruhenden Absehens von der Beweiserhebung zu Grunde. Eine „Plausibilitätskontrolle“, die meint, auf die Ausschöpfung der Erkenntnismöglichkeiten verzichten zu können, würde bedeuten, Vorurteilen einen legitimen Platz einzuräumen.¹³⁷ Statt einer Aufklärung des Sachverhalts bekommt die Partei gesagt, dass eine solche ohnehin keinen Erfolg haben wird. Der Anschein solcher Voreingenommenheit ist geeignet, eine wesentliche Funktion des Prozesses zu beschädigen: „Legitimation durch Verfahren“ kann es nicht geben, wenn das Verfahren auf eine diskretionäre richterliche Entscheidung reduziert wird.¹³⁸ *Scheuerle* hat diesen Gedanken bereits in seiner Anmerkung zur Leitentscheidung BGH WM 1962, 719 treffend zum Ausdruck gebracht:¹³⁹

„Mag die *falsche* Beurteilung eines Stückes Prozeßstoff vom Betroffenen verziehen werden, weil auch Richter irrende Menschen sind, die *Nicht*beurteilung ist für den Bürger eine harte Sache. Von ihr sollten

135 Zu den unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten des Selbsthilfeverbotes etwa *F. Klein*, *Zeit- und Geistesströmungen*, 1901 (zitiert als 2. Aufl. 1958), S. 4f.: Die Vorstellung des Verzichts ist „vom Standpunkte des contrat social oder der modernen Assimilationsidee ein freiwilliges Aufgeben, vom Standpunkte derjenigen, die den Staat durch das Emporkommen einer alle anderen Elemente überwältigenden herrschenden Macht entstehen lassen, ein Raub am Besiegten, eine abgerungene Freiheitsminderung.“ *Klein* weist ergänzend darauf hin, dass bereits die Annahme einer unbeschränkten Selbsthilfe im vorstaatlichen Zustand fernliegend erscheint.

136 In diesem Sinne zur ZPO etwa *Paulus*, ZPR, 62017, S. 18 Rn. 25 m. w. N.: Das Ideal des Gesellschaftsvertrages ist das geistesgeschichtliche Gedankenmodell der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die „Grundidee“, auf der die ZPO beruht.

137 *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 121.

138 Vgl. *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 121 und 135 f., in Anlehnung an *Lubmann*, *Legitimation durch Verfahren* (2. Aufl. 1975).

139 Vgl. *Scheuerle*, JZ 1963, 32, 34 (Anm. zu BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61; Hervorhebungen im Original).

unsere Richter so wenig wie irgend möglich Gebrauch machen, wenn ihnen das Ansehen ihres Standes und Staates am Herzen liegt.“

Letztlich fehlt jedoch auch diesem Argument das Zwingende. Auch wenn die Akzeptanz des Verfahrens unbestreitbar wünschenswert erscheint – dass die Verfassung aus diesem Grund eine Beweiserhebung ohne vorherige Plausibilitätserwägungen gebieten würde, bleibt unbelegt. *Brehm* fasst seine eigenen Überlegungen insoweit zutreffend als „praktische Bedenken“ auf.¹⁴⁰ Dennoch erscheint es möglich, dass diesen Bedenken bereits auf Ebene des einfachen Rechts Rechnung getragen ist: Gemeint ist der bedeutendste Fixstern richterlicher Entscheidungsfindung im Zivilprozess, § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO.

b) Das Beweismaß des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO

Eine Beweiserhebungspflicht auf den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO zu stützen, hat ebenfalls Kritik erfahren. Dem Wortlaut der Norm ist zunächst nur zu entnehmen, das Gericht habe sich unter Berücksichtigung des „gesamten“ Inhalts der Verhandlungen und einer „etwaigen“ Beweisaufnahme seine Überzeugung zu bilden. § 286 ZPO vermittelt demnach die Befugnis, den Beweis abzulehnen, wenn sich das Gericht von der Wahrheit einer Behauptung bereits anderweitig eine Überzeugung gebildet hat.¹⁴¹ Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, § 286 ZPO schließe als richterliche Befugnisnorm zur Ablehnung des Beweises eine Verpflichtung zur Erhebung des Beweises notwendigerweise aus.¹⁴² § 286 ZPO ordnet an, dass sich das Gericht – mit oder ohne Beweisaufnahme – von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der Behauptung zu *überzeugen* hat.

Abgesehen werden kann etwa von der Vernehmung eines Zeugen, der durch Bekundung seiner Beobachtungen einen behaupteten Unfallher-

140 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 121.

141 *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 173.

142 So aber *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 173. – *Wörner* selbst leitet eine Beweiserhebungspflicht des Gerichts aus der Verhandlungsmaxime her: Mit der Last der Parteien, Tatsachen beizubringen und unter Beweis zu stellen, korrespondiere die Pflicht des Gerichts, über sie Beweis zu erheben, vgl. *Vorweggenommene Beweiswürdigung*, 2019, S. 196.

gang beweisen soll, wenn das Gericht sich bereits an Hand einer Videoaufzeichnung von eben diesem Hergang überzeugen konnte.¹⁴³

Abgesehen werden darf aber auch von der Vernehmung eines Zeugen, der im Rahmen eines Hauptbeweises ein Geschehen bekunden soll, das vermeintlich von einer Videoaufzeichnung abweicht; das Gericht kann – abhängig von der konkreten Beschaffenheit der Aufzeichnung – zu dem Schluss gelangen, dass die Zeugenaussage an der bereits auf Grund jener Aufzeichnung gewonnenen Überzeugung nichts mehr ändern wird.¹⁴⁴ Regelmäßig muss sich das Gericht jedoch unter Ausschöpfung seiner Erkenntnismöglichkeiten eine Überzeugung erst noch bilden, in den Worten des BGH, weil „die Erfahrung lehrt, daß oft ein einziger Zeuge oder ein einziges sonstiges Beweismittel eine gewonnene Überzeugung völlig erschüttern kann“.¹⁴⁵

§ 286 ZPO kann also ebenso zur Ablehnung eines Beweises berechtigen wie zu seiner Erhebung verpflichten; alleiniges Kriterium ist dabei, ob das Gericht bereits die notwendige Überzeugung hinsichtlich des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer Tatsache erlangt hat.

c) Plausibilitätskontrolle und das Beweismaß des § 286 ZPO

Mit Blick auf die „Plausibilitätskontrolle“ erscheint es fraglich, ob allein das Ausbleiben von Angaben zu Zeit, Ort und näheren Umständen in dem Vortrag der Partei dem Richter wirklich die Überzeugung nach § 286 ZPO verschaffen kann, die Tatsache werde sich auch in einer Beweisaufnahme nicht als wahr erweisen; nach *Meyke* soll nicht einmal eine informatorische Parteianhörung gem. § 141 ZPO erforderlich sein, um zu einer entsprechenden Überzeugung zu kommen.¹⁴⁶ Es soll hier nicht der Eindruck erweckt werden, die geforderten Modalitäten wären völlig ungeeignet, um die Erfolgsaussicht des Beweises zu beurteilen: Das Fehlen näherer Anga-

143 Vgl. auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 258 f.

144 *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 304 f. m. w. N. – Anders jedoch, wenn der Zeuge im Rahmen des *Gegenbeweises* ein abweichendes Geschehen schildern soll. Da ein solcher Beweis nicht die volle Überzeugung zu erbringen, sondern lediglich Zweifel zu wecken hat, wird man je nach Art des Falles auch bei einer Videoaufzeichnung eine Erschütterung durch den Zeugenbeweis nicht ausschließen können.

145 BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, III 10d, BGHZ 53, 245, 259 f.; vgl. dazu auch *Wörner*, Vorweggenommene Beweiswürdigung, 2019, S. 305.

146 Vgl. *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2234.

ben, die der Partei eigentlich möglich sein müssten, kann in der Tat den Schluss auf die Unwahrheit der Behauptung als naheliegend erscheinen lassen. Richtig ist auch, dass diese Modalitäten, von denen die Beweisaufnahme nach Auffassung des BGH nicht abhängig gemacht werden soll, im Rahmen einer Beweiswürdigung letztlich Berücksichtigung finden können.¹⁴⁷ Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, eine entsprechende Wertung des Vortrags müsse dann eben auch ohne Beweisaufnahme möglich sein: Die Alltagstheorien zu einem plausiblen Vortrag, die der Richter in seine Entscheidungsfindung einbringt – es sei noch einmal an den sorgfältigen Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs erinnert, der alles mit Blick auf einen etwaigen Prozess dokumentiert¹⁴⁸ – bieten für sich genommen nur eine begrenzte Richtigkeitsgewähr. Dass der Richter in seiner Urteilsfindung derartige Wertungen treffen mag, kann nur dann als Ausdruck seiner Überzeugung gelten, wenn er zuvor seine Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft hat, sich also selbst Gelegenheit gegeben hat, seine Annahmen auf den Prüfstand zu stellen. *Brehm* berichtet in diesem Zusammenhang von einem Richter am OLG Stuttgart, der seinem Votum auch eine Prognose über den Erfolg der Beweisaufnahme beifügte, welche sich in 80 % der Fälle als richtig erwiesen habe.¹⁴⁹ Entscheidend an diesem Befund ist nicht, dass der Richter mit seiner Prognose in den meisten Fällen Recht behalten hat, sondern, dass er ohne Beweisaufnahme 2 von 10 Fällen falsch beurteilt hätte. Wenn der Richter in dem Wissen um die Fehleranfälligkeit seiner Entscheidung auf eine weitere Aufklärung verzichtet, verfehlt er damit das Beweismaß der Überzeugung nach § 286 ZPO. Eine Plausibilitätskontrolle im Sinne *Meykes* ist daher als unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung zurückzuweisen.

3. Plausibilitätskontrolle nach *Seutemann*

Dem ersten Anschein nach deutlicher von der wiederum dem Grunde nach für unzulässig erklärten Wahrscheinlichkeitskontrolle abzugrenzen ist die Ansicht *Seutemanns*.¹⁵⁰ Die Plausibilitätskontrolle erfordere, dass auch ein unwahrscheinlicher Sachverhalt ohne Widersprüche und Lücken

147 Vgl. nur BGH, Urt. v. 16.5.1962 – VIII ZR 79/61, II 2, WM 1962, 720.

148 Kap. 1 D II.

149 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 54 Anm. 8.

150 Vgl. *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80.

und mithin denkbar, *plausibel*, geschildert werde.¹⁵¹ Der gesamte Tatsachenvortrag müsse einer Schlüssigkeitsprüfung unterzogen werden; wer etwa behaupte, ein Fahrzeug unbeschädigt zurückgegeben zu haben, könne nicht unerklärt lassen, warum er zuvor solche Beschädigungen in einem Brief an Dritte eingeräumt habe: Beides zugleich sei denklogisch nicht möglich.¹⁵²

Soweit diese Ansicht einen widerspruchsfreien Vortrag verlangt, weil bei sich gegenseitig ausschließenden Sachverhaltsschilderungen eine Wahrunterstellung des gesamten Vorbringens schlechthin nicht möglich wäre, wird man ihr zustimmen können. Zur Klarstellung reicht es aber, wenn die Partei deutlich macht, an welcher Sachverhaltsalternative sie festhalten will – maßgeblich für die Schlüssigkeitsprüfung ist dann nur noch der Vortrag, auf den sich die Partei zuletzt berufen hat.¹⁵³

Eine solche Festlegung hält auch *Seutemann* für geboten. Allerdings meint er, die Partei müsse nun den *Wechsel* ihres Vortrags plausibel machen: Im Beispiel des zurückgegebenen Fahrzeugs etwa durch die Behauptung, die in dem Schreiben noch eingeräumten Schäden seien behoben oder das Schreiben selbst gefälscht.¹⁵⁴ Weshalb das Fahrzeug zu einem früheren Zeitpunkt als beschädigt bezeichnet wurde, ist aber nur für die Glaubhaftigkeit der Darstellung von Interesse;¹⁵⁵ *Seutemann* wird hier seinem eigenen Maßstab, der Möglichkeit einer Schlüssigkeitsprüfung, nicht mehr gerecht. Auch *Seutemanns* Plausibilitätskontrolle erweist sich daher im Ergebnis als Wahrscheinlichkeitskontrolle, konsequenterweise dann auch in ausdrücklicher Ablehnung der Rechtsprechung des BGH, wonach es auf das „wann“, „wo“ und „wie“ für die Schlüssigkeitsprüfung nicht ankommt.¹⁵⁶

4. Plausibilitätskontrolle im Sinne *Stürners*

Eine erste Plausibilitätskontrolle findet sich bei *Stürner*; dort wird sie als Funktion der Substantiierungslast angesehen.¹⁵⁷ Zweck der Substantiie-

151 *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80.

152 *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 80.

153 Statt vieler *Gremmer*, MDR 2010, 245 f.

154 Vgl. *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 81 f.; ebenso *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3122.

155 Vgl. auch *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 26 Rn. 13.

156 Vgl. *Seutemann*, DRiZ 1998, 79, 83.

157 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 118.

rungslast sei es, missbräuchliche Verfahrenseinleitungen zu vermeiden.¹⁵⁸ Vor dem Hintergrund der Frage, ob eine Sachverhaltsaufklärung auch dann erfolgen soll, wenn eine Behauptung schlüssig, aber ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt, gleichsam aufs Geratewohl aufgestellt wird, führt *Stürner* aus:¹⁵⁹ Ohne vernünftigen – „plausiblen“ – Grund soll die gerichtliche Tätigkeit nicht beansprucht werden.¹⁶⁰ Vermutungen darf die Partei aufstellen, wenn sie Anhaltspunkte im Sinne einer vernünftigen Vermutungsbasis hat.¹⁶¹ Behauptungen zuzulassen, für die es gar keinen tatsächlichen Anhaltspunkt gibt, würde dagegen auf eine voraussetzungslose Wahrheitsprüfung hinauslaufen und die Funktionsfähigkeit des Prozesses gefährden.¹⁶² Zum Schutz vor missbräuchlichen Verfahrenseinleitungen seien daher tatsächliche Anhaltspunkte notwendig.¹⁶³

Soweit die Plausibilitätskontrolle tatsächliche Anhaltspunkte für die aufgestellten Behauptungen verlangt, handelt es sich ihrer Zielsetzung nach nicht im eigentlichen Sinn um eine Wahrscheinlichkeitskontrolle. Vielmehr geht es darum, dass ungeachtet der Wahrscheinlichkeit einer Behauptung die Sachverhaltsaufklärung nicht um ihrer selbst willen erfolgen soll, sondern nur, wenn die Partei auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte Anlass hat, staatlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Eine so verstandene Missbrauchskontrolle¹⁶⁴ wendet sich gegen rein spekulative, gleichsam ins Blaue hinein aufgestellte Geratewohl-Behauptungen. Inwieweit die konkrete Ausgestaltung der Plausibilitätskontrolle bei *Stürner* ihrem eigenen Anspruch gerecht wird, soll hier zunächst zurückgestellt werden – zunächst ist zu klären, ob es eines Schutzes vor Geratewohl-Behauptungen überhaupt bedarf.

158 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 113 f.

159 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 106–113.

160 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 114 f.

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

162 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 113 f. und 118.

163 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 118.

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

