

1. Kapitel: Grundlagen und Grundbegriffe

I. Gesetzliche Systematik des Beweisrechts

Ein Blick auf den Normenbestand der ZPO zeigt, dass der Gesetzgeber die Vorschriften zur Beweisaufnahme weitgehend konzentriert, aber nicht vollständig zusammenhängend platziert hat. Das **2. Buch der ZPO** regelt das Verfahren des ersten Rechtszuges idealtypisch anhand des Prozesses vor einer Kammer des Landgerichts. Da die Beweisaufnahme vor dem Urteilerlass erfolgt, findet sich im **1. Titel des 1. Abschnitts** eine erste Erwähnung. Sie beschränkt sich auf einen Verweis auf den 5. bis 11. Titel nebst Regelungen zum Freibeweis¹ (§ 284) sowie auf die Notwendigkeit, über das Beweisergebnis zu verhandeln (§ 285).² Es folgen die zentrale Norm der Beweismittelwürdigung (§ 286),³ die ebenso wichtige wie schwierige freie Schadensermittlung (§ 287)⁴ und schließlich Regelungen zur Entbehrlichkeit des Beweises (§§ 288 ff.).⁵

Den Vorschriften über die eigentliche **Durchführung der Beweisaufnahme** ist – ganz im Sinne einer Kodifikation – ein allgemeiner Teil vorangestellt (§§ 355–370). Daran schließen sich die Besonderheiten der einzelnen Beweismittel an (§§ 371–484).

§ 284 spricht von „besonderen Beweisaufnahmeverfahren“, ohne jedoch den 12. Titel zu erwähnen. Das Gesetz meint an dieser Stelle nur die Beweisaufnahme in einem gesonderten Beweisaufnahmetermin (§§ 358, 370 Abs. 1). Indessen stellt auch das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff.)⁶ eine Besonderheit dar, die eines entsprechenden Beschlusses bedarf (§ 490).

Weitere wichtige Beweisvorschriften finden sich im allgemeinen Abschnitt über das Verfahren (1. Buch, 3. Abschnitt). Sie betreffen also alle Bücher der ZPO, nicht allein das Erkenntnisverfahren, setzen aber eine mündliche Verhandlung voraus. Gemeint sind die §§ 142 ff.,⁷ in denen die von Amts wegen erfolgende Anordnung der Urkundenvorlegung, der Einnahme des Augenscheins oder des Sachverständigengutachtens geregelt sind. Hier geht es um die Voraussetzungen der Sachverhaltsermittlung, während hinsichtlich der Durchführung auf die besonderen Vorschriften des 2. Buches verwiesen wird (§ 144 Abs. 3).

Was die Beweisaufnahme im **Berufungsverfahren** betrifft, so bestimmt § 529 Abs. 1 Nr. 1 die grundsätzliche Bindung an die Feststellungen der ersten Instanz. Eine nochmalige oder erweiterte Beweisaufnahme kommt also nur in Betracht, wenn konkrete Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen bestehen oder wenn der erstmalige Beweisantritt in der Berufungsinstanz zulässig ist (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2). Für die Durchführung der Beweisaufnahme gilt die Verweisung in § 525. Sie kann gem. § 527 Abs. 2 Satz 2 dem vorbereitenden Einzelrichter übertragen werden.

In einem eigenständigen Buch, dem fünften, ist der **Urkunden- und Wechselprozess** geregelt (§§ 592 ff.). Er zeigt insoweit beweisrechtliche Besonderheiten, als für streitige Tatsachen, die für oder gegen den Klageanspruch vorgebracht

1 Vgl. hierzu Rn. 366.
2 Vgl. hierzu Rn. 334.
3 Vgl. hierzu Rn. 700.
4 Vgl. hierzu Rn. 794.
5 Vgl. hierzu Rn. 380.
6 Vgl. hierzu Rn. 917.
7 Vgl. hierzu Rn. 40.

werden, nur bestimmte Beweismittel zugelassen sind (§§ 592 Satz 1, 595 Abs. 2, 598).

- 7 Im **Zwangsvollstreckungsverfahren** ist selten förmlicher Beweis zu erheben. Folglich finden sich im 8. Buch der ZPO hierzu kaum Vorschriften. Keine Besonderheiten gelten für die Klagen nach §§ 731, 767 f., 771, denn es handelt sich um Erkenntnisverfahren, die den allgemeinen Regelungen folgen. Gleiches gilt für §§ 887 f., die einen dem Erkenntnisverfahren angenährten kontradiktorischen Verfahrensteil darstellen. Für das Verfahren zur Erteilung qualifizierter Vollstreckungsklauseln sprechen §§ 726 f. vom Beweis bzw. Nachweis bestimmter Tatsachen und meinen damit die Überzeugung des Klauselorgans i. S. v. § 286 Abs. 1.⁸
- 8 Außerhalb der ZPO finden sich beweiserhebliche Vorschriften im materiellen Recht, insbesondere im BGB. Das betrifft etwa Fragen der Beweislastverteilung (z. B. §§ 345, 355 Abs. 2 Satz 4 BGB) oder der Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 309 Nr. 12 BGB).⁹

II. Beweisrecht und materielles Recht

- 9 Der Zivilprozess dient der Feststellung und Durchsetzung – ggf. auch der einstweiligen Sicherung – eines vom Kläger geltend gemachten privaten Rechts (sog. dienende Funktion¹⁰). Über die Zuordnung und den Inhalt dieses Rechts soll zwischen den Parteien abschließend entschieden und damit Rechtsfrieden herbeigeführt werden. Da den meisten Rechtsstreitigkeiten kein gänzlich unstreitiger Sachverhalt zugrunde liegt und die wenigsten Beklagten völlig passiv bleiben, erfordert die gerichtliche Sachentscheidung vielfach die Durchführung einer Beweisaufnahme. Die Durchsetzung eines materiellen Anspruchs ist also ganz wesentlich von der **Beweisbarkeit** der anspruchsbegründenden Umstände und der Einwendungen des Schuldners abhängig. Daraus ergibt sich eine **Mittel-Zweck-Verknüpfung** zwischen Normanwendung und Beweis. Folglich müssen die Beweisvorschriften derart gehandhabt werden, dass sie eine Durchsetzung materieller Ansprüche nicht verhindern, sondern ermöglichen. Denn es handelt sich um Normen, die auf eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens gerichtet sind.¹¹
- 10 Daher wird die Beweisaufnahme auch vom **materiellen Recht beeinflusst**. So finden sich dort vor allem Regelungen über die Verteilung der Beweislast, etwa ausdrücklich in § 179 Abs. 1, 2336 Abs. 3 BGB, oder Tatsachenvermutungen i. S. v. § 292.¹² Darüber hinaus wird der objektiven Beweislast (Feststellungslast)¹³ heute ganz überwiegend eine materiell-rechtliche Natur beigemessen. Sie erscheint gleichsam als Annex des in Streit stehenden materiellen Rechtssatzes. Auch die Wirksamkeit formularmäßiger Vereinbarungen über Beweisfragen ist Gegenstand des materiellen Rechts (v. a. § 309 Nr. 12 BGB). Mitunter finden sich auch Regelungen über das Beweismaß (z. B. § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB).
- 11 Das Beweisrecht entfaltet seine Wirksamkeit zwar im Prozess. Es ist seiner Materie nach jedoch nicht auf die ZPO beschränkt. Vielmehr handelt es sich um einen typischen Bereich der **wechselseitigen Einflüsse und Einwirkungen** von materiellem und formellem Recht.

8 Ausführlich zum Beweis im Klauselverfahren *Jäckel*, Beweisvereinbarungen im Zivilrecht (2007), S. 157 ff.; vgl. zur Beweislast ferner Rn. 877.

9 Vgl. hierzu Rn. 914.

10 *Krüger* NJW 1990, 1208.

11 *BGH* NJW-RR 1989, 508, 509.

12 Vgl. hierzu näher Rn. 416.

13 Vgl. hierzu näher Rn. 870.

III. Beibringungsgrundsatz

Schrifttum: *Birk*, Wer führt den Zivilprozess – der Anwalt oder der Richter?, NJW 1985, 1489; *Coester-Waltjen*, Die Parteien als Herren des Verfahrens und der Richter im deutschen Zivilprozess, Jura 1998, 661; *Hahn*, Der sogenannte Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess, JA 1991, 319; *Schmidt*, Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozess, DRiZ 1988, 59.

1. Parteifreiheit

Die Beweisführung der Parteien wird beherrscht vom Beibringungsgrundsatz, auch Verhandlungsmaxime¹⁴ genannt. Er ist das prozessuale Gegenstück zur materiell-rechtlichen Freiheit der Rechtsausübung und Verfügung¹⁵ und seinerseits Ausdruck des Prinzips der **Parteifreiheit und der Parteiverantwortung** im Zivilprozess.¹⁶ 12

Die Parteien geben dem Gericht das **Tatsachenmaterial** vor, das der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden darf. Nach Vortrag und Verhalten der Parteien bestimmen sich die Notwendigkeit und der Rahmen einer Beweisaufnahme. Die Einflussnahme der Parteien auf den Streitstoff – durch Behaupten und Bestreiten – beeinflusst zunächst die Beweisbedürftigkeit. An eine übereinstimmend durch beide Parteien vorgetragene Tatsache ist das Gericht gebunden. Wird die Beweisbedürftigkeit hingegen bejaht, so ist Beweis grundsätzlich nur zu erheben, wenn und soweit es die beweispflichtige Partei beantragt hat. Den Parteien obliegt also die **Beschaffung der Beweismittel**. Demnach kann die Verweigerung der Beibringung rechtliche Nachteile mit sich bringen. Die Parteien können unter den vorhandenen Beweismitteln frei wählen. Eine bestimmte Reihenfolge gibt es dabei nicht. Andererseits hat das Gericht alle zu einer entscheidungserheblichen Tatsache angebotenen Beweise auszuschöpfen (§ 286 Abs. 1 Satz 1). 13

Auch bislang nicht bekannte Informationen, die dem Gericht im Rahmen einer Beweisaufnahme mitgeteilt werden, finden nur Berücksichtigung, wenn sie von einer der Parteien aufgegriffen und damit von dieser vorgetragen werden.¹⁷ Anderenfalls scheidet solche Tatsachen für die Urteilsfindung aus. 14

2. Gerichtliche Mitwirkung

Alle Freiheit der Parteien entbindet das Gericht nicht von einer Mitwirkung bei der Sammlung des Streitstoffs. Das zeigen insbesondere die §§ 139, 141, 273.¹⁸ Darüber hinaus unterfallen einzelne Bereiche des Erkenntnis- und des Vollstreckungsverfahrens dem **Untersuchungsgrundsatz**. Hier darf das Gericht auch ohne entsprechenden Parteivortrag und Beweisantritt bestimmte Tatsachen von Amts wegen erforschen und auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen (Amtsermittlung). Das gilt etwa für die Ermittlung von allgemeinen oder fachspezifischen Erfahrungssätzen, die dem Gericht unbekannt sind und aus denen es Hilfstatsachen (Indizien) gewinnen will. Ferner fällt die Ermittlung ausländischen Rechts (§ 293) in den Bereich des Untersuchungsgrundsatzes. 15

Keine Amtsermittlung herrscht dagegen bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen und der Zulässigkeit von Rechtsbehelfen. Diese hat zwar auch ohne Antrag – also von Amts wegen – zu erfolgen, jedoch grundsätzlich auf der Basis des Parteivortrags.¹⁹ 16

14 Vgl. z. B. *OLG Celle* OLGR 2004, 381.

15 TP/*Reichhold* Einl. I Rn. 1.

16 Mus/*Musielak* Einl. Rn. 38.

17 *BGH* NJW-RR 1990, 507; *LG Berlin* NJW 1978, 1061.

18 TP/*Reichhold* Einl. I Rn. 3.

19 Vgl. hierzu näher Rn. 192.

IV. Behauptungs- und Darlegungslast

Schrifttum: *Dölling*, Die Voraussetzungen der Beweiserhebung im Zivilprozess, NJW 2013, 3121; *Hansen*, Die Substantiierungslast, JuS 1991, 588; *Kiethe*, Auskunft und sekundäre Behauptungslast – Anspruchsdurchsetzung bei ungeklärten Sachverhalten, MDR 2003, 781; *Mertins*, Substantiierung im Zivilprozess, NJ 2009, 441; *Nicoli*, Die Erklärung mit Nichtwissen, JuS 2000, 584; *Seidel*, Die Darlegungs- und Behauptungslast im Zivilprozess, DRiZ 2006, 361.

1. Vorbemerkung

- 17** Es handelt sich um zwei Komponenten des **Beibringungsgrundsatzes**,²⁰ die ineinander übergehen und gelegentlich auch begrifflich gemeinsam gebraucht werden.²¹ Die Terminologie ist ohnehin nicht einheitlich,²² insbesondere nicht in gerichtlichen Entscheidungen. Wichtiger als inflationär gebrauchte Begrifflichkeiten sind aber die dahinter stehenden Grundsätze.
- 18** Von einer prozessrechtlichen **Last** spricht man, wenn das Verhalten in das Belieben einer Partei gestellt wird und es ihr überlassen bleibt, ob sie dadurch nachteilige Folgen abwenden kann.²³ Dies entspricht etwa der materiell-rechtlichen Obliegenheit.

2. (Abstrakte) Behauptungslast

- 19** a) **Grundsätzliche Anforderungen.** – aa) **Kläger.** Grundsätzlich hat jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen eines ihr günstigen Rechtsatzes in den Prozess einzuführen, sie zu behaupten. Die Verteilung der Behauptungslast deckt sich daher als Vorwirkung zumeist mit der objektiven Beweislast.²⁴ Es gibt allerdings auch Tatsachen, die eine Partei zwar behaupten, aber im Bestreitensfalle nicht beweisen muss. Das gilt bspw. für die Nichterfüllung als Anspruchsvoraussetzung, bei der dem Schuldner der Erfüllungsbeweis obliegt (§ 362 BGB). Ebenso ist es bei einem Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB, bei dem der Kläger das Fehlen der Vertretungsmacht behaupten, der Beklagten aber ein Handeln mit Vertretungsmacht beweisen muss.
- 20** Vom Kläger verlangt § 253 Abs. 2 Nr. 2 zu Beginn des Prozesses die Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs (des Klagegrundes). Das meint den konkreten Lebenssachverhalt, aus dem sich der geltend gemachte Anspruch ergibt, und erfordert den **logischen und vollständigen Vortrag** aller klagebegründenden Tatsachen.²⁵ Das Gericht muss in die Lage versetzt werden, zu prüfen, ob alle Voraussetzungen der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage vorliegen.²⁶ Dann ist die Klage **schlüssig**.
- 21** Dabei berücksichtigt das Gericht auch den Vortrag des Klägers, der ihm ungünstig ist (z. B. Mitverschulden nach § 254 BGB).²⁷ Für die Frage der notwendigen Behauptung ist indessen ohne Bedeutung, wie wahrscheinlich der vorgebrachte Sachverhalt ist.²⁸ Man darf also nicht dazu übergehen, zur Eingrenzung des Streitstoffs eine Plausibilitätskontrolle durchzuführen. Etwas anderes gilt nur für tatbestandsfremde Tatsachen, aus denen der Schluss auf das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals gezogen werden soll (Indi-

20 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 114 Rn. 39.

21 So bei *Mus/Foerste* § 286 Rn. 33.

22 Teilweise anders als hier bspw. *Hansen* JuS 1991, 588 f.; *Seidel* DRiZ 2006, 361.

23 *Musielak* Grundkurs Rn. 402.

24 Hk-ZPO/Saenger § 286 Rn. 84; zur objektiven Beweislast eingehend Rn. 870.

25 *LAG Hamburg* NJW-RR 1986, 743.

26 *OLG Düsseldorf* NJW-RR 1992, 765.

27 *Förschler* Rn. 1374.

28 *BGH* NJW-RR 1998, 712, 713 m. w. Nachw.

zien).²⁹ Die Äußerung von Rechtsansichten ist für schlüssigen Tatsachenvortrag weder ausreichend³⁰ noch erforderlich. Ebenso bleibt die Stellungnahme des Gegners außer Betracht.

Praxistipp:

Es ist selten empfehlenswert, notwendigen Sachvortrag zunächst nach einer Art „Salamitaktik“ zurückzuhalten, insbesondere wenn mit entsprechenden Darlegungen der Gegenseite zu rechnen ist. Derartige dient zum einen nicht der Glaubwürdigkeit und erhöht zum anderen die Präklusionsgefahr.³¹

bb) Beklagter. Vom Beklagten werden hinsichtlich der gegen den Anspruch vorgebrachten Einwendungen die gleichen Anforderungen an seine Behauptungen gestellt. Stehen diese Tatsachen – ihr Vorliegen als wahr unterstellt – dem Klageanspruch entgegen, so gelangt man zur **Erheblichkeit** des Beklagtenvorbringens. 22

b) Umfang des Vortrags. – aa) Anforderungen. Die Anforderungen an die Erfüllung der Behauptungslast dürfen nicht überspannt werden.³² Dies übersehen die Gerichte häufig und nehmen den vermeintlich kürzesten Weg der Versagung eines Anspruchs oder eines Gegenrechts über das Argument der unzureichenden „Substantiierung“.³³ Mit solchen Verfahrensmängeln³⁴ geht ein Verfassungsbruch einher (Art. 103 Abs. 1 GG).³⁵ 23

Praxistipp:

Oft zeigt der Parteivortrag nur scheinbar Lücken, die sich jedoch unschwer schließen lassen. Wer z. B. in einem Verkehrsunfallprozess behauptet, für ihn habe die Ampel „grün“ gezeigt, der bringt inzident zum Ausdruck, für den Gegner habe sie „rot“ gezeigt, so dass diesen ein Verkehrsverstoß treffe.³⁶

Nach der nimmermüde wiederholten Formel des *BGH* ist der Sachvortrag einer Partei schon dann erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht in der Person des Anspruchstellers zu begründen³⁷ bzw. – bei Einwendungen – dieses Recht als nicht bestehend erscheinend zu lassen.³⁸ Ihm wichtig erscheinende Einzelheiten, auch hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Beweismittels, mag das Gericht im Rahmen der Beweisaufnahme erfragen. 24

Beispiele:

- Wenn aus einem **Vertrag** ein Anspruch hergeleitet wird, genügt grundsätzlich die Behauptung des Zustandkommens des Vertrages. Nähere Einzelheiten der Umstände dieses Vertrages – etwa der exakte Zeitpunkt des Vertragsschlusses – sind zumeist nicht erforderlich.³⁹ Etwas

²⁹ *Pantle/Kreissl* Rn. 314; vgl. zu Indizien Rn. 164.

³⁰ *BGH NJW* 2003, 3564, 3565.

³¹ *Strabl NJW* 2009, 2023, 2024.

³² *BGH NJW* 2001, 2632, 2633.

³³ *Balzer Urteil* Rn. 16; *Meyke* Rn. 76.

³⁴ Eine Zurückweisung nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 kommt aber nur in Betracht, wenn nach einem Hinweis des Gerichts ggf. ergänzender Parteivortrag zu berücksichtigen ist und umfangreich Beweis erhoben werden muss; vgl. *OLG Koblenz NJOZ* 2007, 5856, 5862.

³⁵ *BVerfG NJW* 1992, 1031.

³⁶ *Balzer Urteil* Rn. 18.

³⁷ Vgl. bspw. *BGH NJW-RR* 1998, 712, 713; *BGH NJW* 2000, 3286.

³⁸ *Hk-ZPO/Saenger* § 286 Rn. 85.

³⁹ *BGH NJW* 2000, 3286 m. w. Nachw.

anderes gilt nur, wenn ein Detail für die Rechtsfolgen von Bedeutung ist, bspw. die Vertretungsmacht des Verhandlungsführers bestritten wird.

- Wird ein **Mietmangel** in Gestalt von Lärmbeeinträchtigungen geltend gemacht, sind die Art der Beeinträchtigung, Tageszeit und Zeitdauer sowie der ungefähre Lärmpegel vorzutragen. Ein Lärmprotokoll muss nicht vorgelegt werden.⁴⁰
- Bei der Geltendmachung von Schadensersatz und Schmerzensgeld nach einem **Verkehrsunfall** muss lediglich vorgetragen werden, die näher zu bezeichnenden Beschwerden seien auf den Unfall zurückzuführen und hätten bestimmte Heilbehandlungsmaßnahmen erfordert. Medizinisch fundierte Ausführungen sind nicht notwendig.⁴¹
- Bei einer Einziehungsklage nach **Lohnpfändung** müssen die Art der vom Schuldner ausgeübten beruflichen Tätigkeit dargelegt und die gepfändeten Lohnanteile berechnet werden.⁴²
- Im **Bauprozess** muss der Bauherr lediglich das objektive Erscheinungsbild eines behaupteten Mangels und die Zuordnung zu den Leistungen des Unternehmers beschreiben, nicht aber die Gründe der Mangelentstehung.⁴³ Der konkrete Ausführungs- oder Planungsfehler ist eine Frage der Beweisaufnahme, nicht der Behauptungslast.
- Eine **Amts- oder Notarhaftungsklage** verlangt die Behauptung, dass und warum ein Anspruch gegen einen Dritten nicht in Betracht kommt (§ 839 BGB, § 19 BNotO).⁴⁴

- 25** bb) **Erleichterungen.** Der Sachvortrag kann auch durch eine konkrete **Bezugnahme auf andere Schriftstücke** belegt und erläutert werden, solange das Gericht nicht genötigt wird, umfangreiche ungeordnete Anlagenkonvolute von sich aus durchzuarbeiten.⁴⁵ Unzureichend ist es also, wenn wegen der anspruchsbegründenden Tatsachen ohne nähere Struktur auf die Anlagen Bezug genommen wird. Auf diese Weise kann der schriftsätzliche Vortrag nicht ersetzt werden.

Praxistipp:

Die moderne Datenverarbeitungstechnik ermöglicht es, Teile andere Dokumente in den Schriftsatz zu integrieren und als Auszug kenntlich zu machen. Für einen Urkundenbeweis bedarf es freilich der Vorlegung (§ 420).

- 26** Daraus folgt, dass sich der Kläger vielfach zunächst auf recht knappen Vortrag beschränken und die Reaktion des Beklagten abwarten kann. Hier spielen auch Arbeitsökonomie und Taktik eine Rolle.⁴⁶ Nicht immer sind weitschweifige Ausführungen von Nöten.
- 27** Besonderheiten gelten – wie häufig – im **Arzthaftungsprozess**. Der medizinisch nicht versierte Patient genügt seiner Behauptungslast, wenn er im Groben darstellt, welches Fehlverhalten den betroffenen Arzt treffen soll und welche Schäden sich daraus ergeben haben.⁴⁷ Er kann sich dabei auf die Verdachtsmomente für einen Behandlungsfehler beschränken.⁴⁸

⁴⁰ BGH NJW 2012, 1647.

⁴¹ OLG Celle NJW-RR 2004, 1367.

⁴² LAG Hamburg NJW-RR 1986, 743.

⁴³ St. Rspr.; vgl. bspw. BGH NJW-RR 2003, 1239 f.; BGH NJW-RR 2002, 743.

⁴⁴ BGH NJW 1993, 933, 934.

⁴⁵ BGH NJW-RR 2004, 639, 640; OLG Hamm NJW-RR 2005, 893, 895.

⁴⁶ Meyke Rn. 52.

⁴⁷ BGH NJW 1983, 332; zum Parallellfall der Arzneimittelhaftung vgl. BGH MDR 2008, 1156.

⁴⁸ Schmid NJW 1994, 767 f.

Beachte:

Auf diese Erleichterungen vermag sich eine klagende Krankenkasse nicht zu berufen, denn sie kann den Sachverhalt, insbesondere die Behandlungsunterlagen, durch ihren medizinischen Dienst prüfen lassen.⁴⁹

3. Darlegungslast (konkrete Behauptungslast, Substantiierungslast)

a) **Wechselspiel des Vortrags.** Die Darlegungslast entscheidet, wie detailliert der Vortrag des Sachverhalts sein muss, um die Basis der rechtlichen Prüfung zu bilden und ggf. zur Beweisbedürftigkeit zu gelangen (§ 138 Abs. 1). Das richtet sich vor allem nach den Einlassungen des Gegners (§ 138 Abs. 2) und ist von der Beweislastverteilung unabhängig.⁵⁰ Es ergibt sich ein **Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag.**⁵¹ Wenn somit nach qualifizierten gegnerischen Angriffen der Klagevortrag unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zulässt, bedarf er der Ergänzung, Präzisierung oder Berichtigung (sog. **Ergänzungslast**).⁵² Dabei ist eine Partei nicht an ihren bisherigen Vortrag gebunden. Nachfolgend wiederum müssen Gegner und Gericht das Erfordernis etwaigen Beweisantritts prüfen können. **28**

Beschränkt sich der Gegner zulässigerweise auf ein bloßes Bestreiten des Klagevortrags, besteht auch keine Notwendigkeit zur Ergänzung. Dann sind Behauptungs- und Darlegungslast klägerseitig deckungsgleich. **29**

b) **Gegnerisches Bestreiten.** Erhebliche Unsicherheit besteht darüber, in welchem Maße eine Partei den Sachvortrag des Gegners bestreiten muss, damit dieser Vortrag nicht mangels ausreichender Erwiderung als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3). Das ist in erster Linie eine Frage der **Zumutbarkeit**, also inwieweit mit konkreten positiven Angaben („substantiiert“) erwidert werden kann. **30**

Wer den Geschehnissen, auf die sich der Vortrag des Gegners bezieht, erkennbar fern steht und keine Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen hat, der darf sich auf ein einfaches Bestreiten beschränken.⁵³ Die Partei ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu überprüfen, um sich näher zu ihnen äußern zu können.⁵⁴ **31**

Beachte:

Davon zu unterscheiden ist die notwendige Bezugnahme des Bestreitens auf eine konkrete Tatsachenbehauptung. Der gelegentlich noch zu findende Satz, es werde „alles bestritten, was nicht ausdrücklich zugestanden ist“, genügt nicht.⁵⁵

Umgekehrt vermag sich jede Partei über die behaupteten Vorgänge zu erklären, die sich in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben.⁵⁶ Aber auch hier kommt es auf den Einzelfall an. **32**

49 *OLG Braunschweig* NJW-RR 2009, 1109.

50 *Hansen* JuS 1991, 588, 589.

51 *BGH* NJW 1999, 1859, 1860. Hk-ZPO/Saenger § 286 Rn. 89 spricht plastisch von einem „Sich-Aufschaukeln“, *Meyke* Rn. 79, von einem „Ping-Pong-Spiel“.

52 *BGH* NJW 2003, 3564, 3565.

53 *BGH* NJW-RR 1986, 60.

54 *BGH* NJW 2009, 2894, 2995.

55 *Mus/Stadler* § 138 Rn. 10 m. w. Nachw.; a. A. *Balzer* Urteil Rn. 44.

56 *BGH* NJW 1961, 826, 828, *OLG Köln* NZG 1999, 151.

Beispiele:

- Ein nach einem Unfall schwer verletzt abtransportierter Fahrzeugführer wird zumeist keine Feststellungen mehr zu den Zuständen am Unfallort treffen können.⁵⁷
 - Der zur Schadenssanierung beauftragte Bauunternehmer rechnet seine Leistungen nach Arbeitsstunden ab. Dann darf der Auftraggeber die Angemessenheit der Stundenzahl nicht einfach mit der Behauptung bestreiten, seine Schadensversicherung habe die eingereichte Rechnung um einen bestimmten Betrag gekürzt.
- 33** Nochmals zum **Arzthaftungsprozess**: Hier darf der Beklagte nicht lediglich einwenden, die Behandlung sei nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt. Ihm stehen neben eigener Fachkunde die Behandlungsunterlagen zur Verfügung, so dass er detailliert Stellung nehmen muss.
- 34** c) **Modifikationen**. Diese Grundregeln der Darlegungslast erfahren zahlreiche weitere Modifikationen, größtenteils durch richterrechtlich entwickelte Institute:
- 35** aa) **Anscheinsbeweis und gesetzliche Vermutungen i. S. v. § 292**.⁵⁸ Hier genügt es zunächst, die Basis des Anscheins oder der Vermutung zu behaupten und ggf. näher darzulegen.
- 36** bb) **Sekundäre Darlegungslast**. Der Gegner der beweisbelasteten Partei, der über die besseren Kenntnisse des Sachverhalts verfügt oder verfügen muss – also einen Wissensvorsprung hat –, darf sich in der Regel nicht mit einfachem Bestreiten begnügen. Vielmehr muss er detailliert darlegen, warum die von ihm bestrittenen Behauptungen unrichtig sind (sog. sekundäre Darlegungslast).⁵⁹ Das folgt aus § 138 Abs. 1 sowie dem Prinzip der redlichen Prozessführung und Prozessförderung (§ 242 BGB).⁶⁰ Als Sanktion droht anderenfalls die Geständnisfiktion nach § 138 Abs. 3.⁶¹

Beispiele:

- Bei einem Anspruch aus **ungerechtfertigter Bereicherung** (§ 812 BGB) muss der Beklagte mögliche Rechtsgründe, etwa eine Schenkung, darlegen und darf deren Fehlen nicht nur bestreiten. Diese als „Angriffsflächen“ vorgebrachten und die sonst nach den Umständen in Betracht kommenden Rechtsgründe hat der Kläger durch eigenen Nachweis zu widerlegen.⁶²
- Im Rahmen der Arglistanfechtung eines **Lebensversicherungsvertrages** muss der Versicherungsnehmer plausibel darstellen, wie es zu den objektiv falschen Angaben zum Gesundheitszustand gekommen ist.⁶³
- Bei einer auf § 632 Abs. 2 BGB gestützten Werklohnklage hat der Besteller die Vereinbarung eines niedrigeren Festpreises präzise darzulegen.⁶⁴
- Wird eine Schadensersatzhaftung wegen **unterlassener Aufklärung** über bestimmte Risiken geltend gemacht oder der Einwand des **arglistigen Verschweigens** erhoben, muss der Gegner darlegen, welche Hinweise und Belehrungen er erteilt haben will und dies räumlich, zeitlich sowie inhaltlich spezifizieren.⁶⁵

57 BGH NJW-RR 2001, 1294, 1295.

58 Vgl. hierzu Rn. 416 und 750.

59 BGH NJW, 2005, 2614, 2615 f.; kritisch zu diesem Begriff Balzer Urteil Rn. 58.

60 BGH NJW 1996, 522, 523.

61 BGH NJW 1996, 315, 317; BGH Beschl. v. 25.06.2013 – XI ZR 210/12.

62 BGH NJW 2003, 1039; BGH NJW 1999, 2887, 2888; differenzierend LG Nürnberg-Fürth RdE 2007, 138 (Stromentgelt).

63 BGH NJW-RR 2008, 343.

64 BGH NJW-RR 1992, 848.

65 BGH NJW 2011, 1280; BGH NJW 2001, 64; BGH NJW 1996, 522, 523.

- Bei Urheberrechtsverstößen durch **Filesharing** muss der Anschlussinhaber darlegen, dass eine andere Person die Rechtsverletzung begangen hat.⁶⁶
- Für ein **Umgehungsgeschäft** i. S. v. § 475 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Käufer beweisbelastet. Jedoch muss der Verkäufer darlegen, warum die Kaufsache nicht in das Betriebsvermögen eines Unternehmens gefallen ist, deren Gesellschafter oder Geschäftsführer der Verkäufer ist.⁶⁷

In solchen Fällen bleibt der Ausgangspunkt der Behauptungslast ebenso unberührt wie die Verteilung der Beweislast.⁶⁸ Das gilt insbesondere auch für negative Tatsachen. Deshalb ist es unzutreffend, wenn gelegentlich von „sekundärer Beweislast“ die Rede ist.⁶⁹ Eine solche gibt es nicht. **37**

cc) Schadensschätzung. Als Vorwirkung des reduzierten Beweismaßes nach § 287 besteht im Anwendungsbereich dieser Norm auch eine erleichterte Darlegungslast.⁷⁰ Insbesondere wenn es um die konkrete Höhe einer streitigen Forderung geht, genügt der Vortrag einer Schätzgrundlage bzw. solcher Anhaltspunkte, die einen Kausalzusammenhang nahelegen. **38**

d) Gerichtliche Hinweispflicht. Auf unzureichenden Vortrag muss das Gericht frühzeitig **hinweisen** (§ 139 Abs. 1 Satz 2).⁷¹ Erst wenn dieser Hinweis fruchtlos bleibt, darf und muss der Vortrag des Klägers als unschlüssig bzw. der des Beklagten als unerheblich (§ 138 Abs. 3) gewertet werden und ist nicht zu berücksichtigen. **39**

Praxistipps:

- Der Hinweis darf sich nicht auf allgemein kryptische Andeutungen („unsubstantiierte Klageerwiderung“) beschränken, sondern muss eindeutig zum Ausdruck bringen, zu welcher Frage bislang ausreichender Vortrag fehlt.⁷²
- Wenn der notwendige Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung (bzw. Güteverhandlung) erfolgt, muss die betroffene Partei ihren Vortrag grundsätzlich sogleich vervollständigen (§ 137 Abs. 2). Nur wenn die Partei selbst nicht anwesend ist oder sich erst kundig machen muss, ist ihr auf Antrag eine Schriftsatzfrist einzuräumen (§ 139 Abs. 5). Auf einen solchen Antrag muss das Gericht jedenfalls im Anwaltsprozess nicht von sich aus hinwirken.⁷³
- Keine Hinweispflicht besteht, wenn der Sachvortrag nicht lediglich ergänzungsbedürftig, sondern **völlig substanzlos** ist, bspw. bei Aufrechnung mit einer unbezifferten Gegenforderung.⁷⁴

V. Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen

Schrifttum: Greger, Zwischen Mediation und Inquisition – Neue Wege der Informationsbeschaffung im Zivilprozess, DStR 2005, 479; Schöpflin, Die Beweiserhebung von

66 BGH NJW 2010, 2061; OLG Köln MMR 2012, 549; LG München I MMR 2003, 396.

67 MK-BGB/Lorenz § 475 Rn. 37.

68 BGH NJW-RR 1993, 643; MK/Wagner § 138 Rn. 22.

69 Z.B. bei BGH NJW-RR 2007, 1448, 1451; OLG Nürnberg NZBau 2007, 503, 505.

70 BGH NJW-RR 1992, 792; BGH NJW 2000, 1572, 1573; vgl. zu § 287 im Übrigen Rn. 795.

71 BGH NJW 1999, 3716; OLG Koblenz NJOZ 2008, 5098.

72 OLG Oldenburg OLGR 2005, 405, 406.

73 OLG Hamm NJW-RR 2004, 646; OLG Celle OLGR 2004, 104; OLG Rostock OLGR 2004, 382.

74 OLG Brandenburg NZBau 2011, 690.

Amts wegen im Zivilprozess (1992); *Stackmann*, Richterliche Anordnungen versus Parteiherrschaft im Zivilprozess?, NJW 2007, 3521.

1. Allgemeines

- 40 a) Hilfsmittelfunktion.** Trotz Beibringungsgrundsatzes ermöglicht es die ZPO dem Gericht, ohne Beweisantritt einer Partei oder über einen solchen hinaus Sachaufklärung zu betreiben und Beweise zu erheben. Dabei ist das Gericht in den Fällen der §§ 142 ff. nicht auf streitige Tatsachen beschränkt, kann sich also auch sonstigen Sachvortrag veranschaulichen⁷⁵ oder durch einen Fachmann erläutern lassen.⁷⁶ Die Bandbreite reicht demnach von Information über Präzisierung und Aufklärung bis zur Schaffung von Beweismitteln.⁷⁷ Dies alles sind zweckmäßige **Hilfsmittel der materiellen Prozessleitung** des Gerichts im Rahmen seiner Entscheidungspflicht. Sie dienen der Verfahrenseffizienz.⁷⁸
- 41** Im Einzelnen geht es um die Anordnung der Urkundenvorlegung (§ 142), die Einnahme des Augenscheins und das Sachverständigengutachten (§ 144) sowie um die Parteivernehmung (§ 448). Demnach scheint die Zeugenvernehmung immer eines Beweisantrags zu bedürfen. Indessen erlaubt § 273 Abs. 2 Nr. 2 ohne ausdrücklichen Parteienantrag die Einholung einer amtlichen Auskunft als Ersatz einer Zeugenvernehmung.⁷⁹ Die Aktenübermittlung nach § 143 dient nur der Vervollständigung der Gerichtsakten und betrifft solche Dokumente, die ohnehin zur Kenntnis des Gerichts und des Prozessgegners bestimmt sind.⁸⁰
- 42 b) Keine Ausforschung.** In den genannten Fällen geht es nicht etwa darum, dass das Gericht den Parteien die Beweisführung aus der Hand nimmt. Vielmehr soll entweder die weitere Beweisanordnung vorbereitet oder eine bereits erfolgte Beweiserhebung ergänzt werden. Daher ist es dem Gericht nicht gestattet, anstelle der Parteien und im Sinne einer **Ausforschung** die Tatsachengrundlage für die Beweisaufnahme erst zu schaffen.⁸¹ Ein unsubstantiiertes und nicht hinreichend konkretes Parteivorbringen kann das Gericht nicht veranlassen, selbst nach Hinweisen auf prozessrelevante Tatsachen zu suchen. Insofern gilt nach wie vor der Beibringungsgrundsatz.⁸² Er wird lediglich modifiziert, was allzu oft in Vergessenheit gerät.

Praxistipps:

- Der Kläger kann folglich im Rahmen seiner Darlegungslast nicht damit kalkulieren, dass sich weiterer, die Schlüssigkeit der Klage herbeiführender Tatsachenstoff bei dem Prozessgegner verfügbaren Unterlagen oder Aktenordnern befindet.⁸³ Davon unberührt bleibt der Ausgleich struktureller Informationsdefizite über das Institut der sekundären Behauptungslast.⁸⁴
- Gewinnt hingegen der Prozessgegner den Eindruck, das Gericht überschreite in Verkennung dieser Grundsätze seine Befugnisse, muss er sich dem durch Schriftsatz oder Protokollerklärung möglichst frühzeitig widersetzen.⁸⁵ Anderenfalls droht nicht nur eine unliebsame Tatsachenfeststellung sondern die Präklusion des Rügerechts (§ 295 Abs. 1).

75 OLG Frankfurt JurBüro 2000, 138; OLG Frankfurt JurBüro 1986, 226. Anders ist es bei § 448.

76 BAG AP Nr. 90 zu § 22 BAT.

77 Mus/Stadler § 142 Rn. 1; MK-ZPO/Wagner §§ 142–144 Rn. 1.

78 Wagner JZ 2007, 706, 711.

79 Vgl. zur amtlichen Auskunft Rn. 688.

80 BL/Hartmann § 143 Rn. 2 und 6.

81 BGH NJW 2000, 3488, 3490; BL/Hartmann § 142 Rn. 5.

82 BGH NJW 2007, 2989, 2992.

83 BGH NJW-RR 2007, 1393.

84 Vgl. hierzu Rn. 36.

85 Stackmann NJW 2007, 3521, 3526.