

Zweites Kapitel: Die Erklärung mit Nichtwissen

Bevor der Partei ein substantiiertes Bestreiten in Form von positiven Gegenangaben abverlangt wird, muss geklärt werden, ob ein entsprechendes Wissen vorausgesetzt werden darf. Nach § 138 Abs. 4 ZPO kann sich die Partei gegenüber behaupteten Tatsachen mit Nichtwissen erklären, wenn diese Tatsachen weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Die Untiefen der nur vordergründig eindeutigen Norm hat *Lange* an Hand dreier besonders praxisrelevanter Fragestellungen offengelegt:¹⁵⁶ Ist eine Erklärung mit Nichtwissen zulässig, wenn die Partei zwar Wahrnehmungen gemacht hat, sich nun aber nicht mehr erinnern kann? Kann sich mit Nichtwissen erklären, wer keine Wahrnehmungen gemacht hat, obwohl solche Wahrnehmungen möglich gewesen wären oder es noch sind? Und daran anschließend: Ist eine Erklärung nach § 138 Abs. 4 ZPO über Tatsachen möglich, die Gegenstand der Wahrnehmungen von Personen waren, welche im Auftrag der Partei tätig geworden sind?

A. *Fehlende Erinnerung*

Es wird seit jeher ganz einhellig bejaht, dass es der Partei möglich sein muss, bei fehlender Erinnerung und erfolglosen Nachforschungsbemühungen eine Beweisaufnahme über die behauptete Tatsache zu verlangen. Ein großes Maß an Uneinigkeit besteht allerdings in der Begründung. Weniger kontrovers, aber nicht minder problematisch ist die Frage, ob dem Gericht das Ergebnis der Nachforschungsbemühungen glaubhaft zu machen ist.

I. Nicht-mehr-Wissen als Nichtwissen i. S. v. § 138 Abs. 4 ZPO

Auch bei fehlender Erinnerung kann sich die Partei nach erfolglosen Nachforschungsbemühungen gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen er-

¹⁵⁶ Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3234.

klären.¹⁵⁷ Das weithin für richtig empfundene Ergebnis wirft allerdings bei einer strengen Wortlautauslegung Begründungsschwierigkeiten auf, besagt Abs. 4 doch scheinbar eindeutig, dass die Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen sein soll, wenn die Partei Wahrnehmungen gemacht hat. Die Norm würde demnach auf eine Bestrafung der vergesslichen Partei hinauslaufen, was unbillig erscheint.

Streitig ist der richtige Lösungsweg, namentlich, ob die vergessliche Partei sich mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO erklären kann, oder ob das Bestreiten in eine andere Form, etwa ein „einfaches“ Bestreiten gekleidet werden muss. Letzteres halten einige Stimmen in der Literatur für geboten, da der Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO es nicht zulasse, Nicht-mehr-Wissen als Nichtwissen aufzufassen;¹⁵⁸ es handle sich um eine Auslegung *contra legem*.¹⁵⁹ Von einer Auslegung *contra legem* wird gesprochen, wenn die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers missachtet wird; die Regelungsabsicht muss mit dem möglichen Wortsinn noch vereinbar sein, oder im Wege einer Analogie oder teleologischen Reduktion durchgesetzt werden können.¹⁶⁰ Daran müssen sich alle Begründungsversuche zur Berücksichtigung des Nicht-Mehr-Wissens messen lassen.

1. Bestreiten „als unbekannt“

Vor allem die ältere Literatur¹⁶¹ wollte der vergesslichen Partei dadurch helfen, dass ihr ein Bestreiten „als unbekannt“ ermöglicht werden sollte: Nur so sei § 138 Abs. 4 ZPO mit der Wahrheitspflicht im Sinne von § 138 Abs. 1 ZPO in Einklang zu bringen, welche die Partei andernfalls dazu zwingen würde, mangels einer Erklärungsmöglichkeit die gegnerische Behauptung als zugestanden gelten zu lassen.¹⁶² Letzteres wird als „unge-

157 Vgl. nur BGH, Urt. v. 19.4.2001 – I ZR 238/98, II 1, NJW-RR 2002, 612, 613 m. w. N.

158 *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 35 f. Rn. 35; *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 219 f.; *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b; so wohl auch *R/S/Gottwald*, ZPR, ¹⁸2018, S. 680 Rn. 23.

159 *Zeiss/Schreiber*, ZPR, ¹²2014, S. 181 Rn. 415.

160 *Neuner*, Rechtsfindung *contra legem*, ²2005, S. 132.

161 Heute etwa noch *Kern*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 44; Nachweise zur älteren Literatur bei *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 160 f.

162 *Olzen*, ZZP 98 (1985), 403, 422.

recht¹⁶³, ein Bestreiten als unbekannt hingegen als „angemessen“¹⁶⁴ empfunden.

2. „Einfaches“ Bestreiten

Andere halten die Motivierung des Bestreitens für überflüssig, die vergessliche Partei soll „einfach“ Bestreiten können, weil ihr diese Möglichkeit selbst dann zustehe, wenn sie über entsprechendes Wissen verfügt.¹⁶⁵ Aufschlussreich für die Herleitung der Prämisse, ein „einfaches“ Bestreiten sei hier möglich, ist die Erklärung *Wieczoreks*: Wenn es etwa um Handlungen des gesetzlichen Vertreters gehe, von der die Partei nichts wisse, dürfe sie sich wegen der Gleichstellung von gesetzlichem Vertreter und Partei eigentlich nicht mit Nichtwissen erklären, obwohl ihr nur eine solche Erklärung bei Erfüllung der Wahrheitspflicht möglich wäre; daher soll der Partei als Ausweg die Möglichkeit eines „einfachen“ Bestreitens eröffnet werden.¹⁶⁶

3. Restriktive Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO

Wieder andere wollen § 138 Abs. 4 ZPO aus ähnlichen Gründen „restriktiv“ auslegen; so meint etwa *Schmidt*, dies sei geboten, weil die Unzulässigkeit einer Erklärung mit Nichtwissen sonst „in eine indirekte Aufforderung zum Aufstellen unwahrhaftiger Behauptungen“ umzuschlagen drohe.¹⁶⁷

4. Kritik an der Bezugnahme auf § 138 Abs. 1 ZPO

Es erscheint fraglich, inwieweit die Argumentation mit der – vermeintlich – drohenden Verletzung der Wahrheitspflicht außerhalb eines rechtspolitischen Diskurses überhaupt Gültigkeit beanspruchen kann: Wenn das

163 *Olzen*, ZZZ 98 (1985), 403, 422.

164 *Olzen*, ZZZ 98 (1985), 403, 422.

165 So etwa *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 35 f. Rn. 35 und 38; Nachweise zur älteren Literatur bei *Amb*, Nichtwissen, 1997, S. 158 f.

166 Vgl. *Wieczorek*, ZPO, ²1976, § 138 § 138 D I b und B III b; ähnlich *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b.

167 Vgl. *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 73 f.

Gesetz der Partei tatsächlich keine Erklärungsmöglichkeit nach § 138 Abs. 4 ZPO eröffnen sollte, führt das zur Zugeständnisfiktion nach Abs. 3. Stattdessen die Möglichkeit eines Bestreitens zu eröffnen, weil die Partei ansonsten, um der Zugeständnisfiktion zu entgehen, zur Lüge verführt zu werden droht,¹⁶⁸ kommt dem Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO dadurch zuvor, dass er legalisiert wird. Nach dieser Überlegung wäre auch ein Mundraub straflos zu stellen, wenn der Täter Appetit verspürt. Der Geltungsanspruch der Norm kann aber nicht davon abhängig gemacht werden, ob dem Adressaten die Befolgung beliebt.¹⁶⁹

Die entscheidende Frage ist alleine, ob § 138 Abs. 4 ZPO als einschlägige gesetzliche Regelung es gestattet, bei Nicht-mehr-Wissen eine Beweisaufnahme über die gegnerische Behauptung zu verlangen.

5. Teleologische Reduktion des § 138 Abs. 4 ZPO; Wortsinndeutung

Die neuere Literatur geht davon aus, dass der Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO die *ratio* der Norm nur unvollkommen zum Ausdruck bringt und daher im Wege einer teleologischen Reduktion einzuschränken ist.¹⁷⁰ Unvollkommen ist der Wortlaut, so die Überlegung, weil es danach möglich erscheint, dass die Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen sein soll, wenn die Partei irgendwann in der Vergangenheit einmal Wahrnehmungen gemacht hat; dem Sinn der Norm entspricht es aber, eine Erklärung mit Nichtwissen nur dort auszuschließen, wo die Partei über *aktuelles* Wissen verfügt.¹⁷¹

Dass gerade letzteres dem Normzweck entspricht, lässt bereits *secundum legem* eine weite, auf den Wortsinn abstellende Deutung möglich erscheinen. Eine Erklärung mit Nichtwissen ist dem Wortlaut folgend nur zuläs-

168 So *Balzer/Walther*, Beweisaufnahme, ⁴2018, S. 36 Rn. 34.

169 Vgl. auch die Kritik bei *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 90 Anm. 129: Weshalb bei fehlender Erinnerung die Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen, ein von der Wahrheitspflicht entbundenes Bestreiten hingegen zulässig sein soll, „verstehe wer will.“

170 Vgl. *Nicoli*, JuS 2000, 584, 587; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1681, 1686; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1365; *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 114 f. – Der Sache nach auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 90, nur dem Namen nach dagegen *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 138 Rn. 29 und *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 138 Rn. 16 Anm. 111, die sich jeweils auf Erwägungen zur Wahrheitspflicht stützen.

171 Vgl. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 56 und 64–67.

sig, wenn die behauptete Tatsache nicht Gegenstand der Wahrnehmung gewesen ist. Dann hat die Partei auch kein Wissen. Der Sinn des § 138 Abs. 4 ZPO ist es mithin, eine Erklärung mit Nichtwissen dort auszuschließen, wo die Partei auf Grund von Wahrnehmungen *Wissen* hat und sich zur Sache erklären kann. Der Begriff der „Wahrnehmungen“ kann in seinem Bedeutungshof mit „Wissen“ gleichgesetzt werden. Das Reichsgericht führt an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Eidesdelation treffend aus:¹⁷²

„Das Wissen ist eine rezeptive Tätigkeit und in gewissem Maße gleichbedeutend mit Wahrnehmen; der Delat weiß eine Thatsache, wenn sie Gegenstand seiner Wahrnehmung geworden ist.“

Bei fehlender Erinnerung ist kein Wissen vorhanden, das einer Erklärung gem. § 138 Abs. 2 ZPO zu Grunde gelegt werden könnte. Also ist der Sinn des Abs. 4, Erklärungen mit Nichtwissen dort auszuschließen, wo Wissen auf Grund von Wahrnehmungen vorhanden sein müsste, nicht verletzt.¹⁷³ Zuzugeben ist allerdings, dass diese Lesart bei einer weiten Wortlautauslegung möglich,¹⁷⁴ aber nicht zwingend ist. Daher soll das Ergebnis mit einer historisch-systematischen Betrachtung abgesichert werden, die Aufschluss über den gesetzgeberischen Willen gibt und den Vorwurf, es handle sich um eine Auslegung *contra legem*, entkräftet.

6. Historische Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO

Die Normgenese soll zeigen, ob der historische Gesetzgeber es der vergesslichen Partei gestatten wollte, nach erfolglosen Nachforschungen zur behaupteten Tatsache diese streitig zu stellen und eine Beweisaufnahme zu erzwingen.

a) Möglichkeit des Bestreitens bei erfolgloser Nachforschung und die Regelung zum Parteieid

Dass § 138 Abs. 4 ZPO seinem Wortlaut nach zu unbilligen Ergebnissen führen könnte, wenn sich die Partei trotz fehlender Erinnerung erklären

172 RG, Urt. v. 4.2.1881 – III ZR 667/80, RGZ 3, 430, 432.

173 Im Ergebnis auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 90.

174 A. A. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 56.

müsste, war schon bei den ersten Vorarbeiten im Rahmen des Hannoverischen Entwurfes diskutiert worden.¹⁷⁵ Dort wurde die fehlende Erinnerung als eine Frage der Eidesvorschriften aufgefasst.¹⁷⁶ Aufschlussreich ist dann vor allem die Begründung des späteren § 424 CPO im E I:¹⁷⁷ Über Tatsachen, welche Gegenstand der Wahrnehmung der Parteien gewesen sind, war gem. § 391 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs der Eid dahin zu leisten, dass die Tatsache wahr oder nicht wahr sei. Ausnahmsweise sollte aber dem Schwurpflichtigen, dem „nach den Umständen des Falles nicht zugemutet werden (kann)“, sich über die Wahrheit oder Nichtwahrheit der Tatsache zu erklären, es nach Abs. 1 S. 2 gestattet werden, den Eid zu leisten „daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.“ Als Umstand, welcher den strengeren Wahrheitseid nach S. 1 unzumutbar erscheinen lässt, nennt die Begründung zum E I ausdrücklich die fehlende Erinnerung:¹⁷⁸ Die Tatsache, welche dem Gedächtnis der Partei entschwunden ist, „(ist) für sie gleichsam zu einer fremden geworden.“ Auch die vorsichtige Partei, welche mangels Erinnerung sich ein Urteil über die Richtigkeit der Tatsache nicht zutraut, darf nach S. 2 beedigen, als Ergebnis der Nachforschungen nicht von der gegnerischen Behauptung überzeugt zu sein.¹⁷⁹ Diese Erwägungen wurden dann auch inhaltsgleich im E II wiedergegeben.¹⁸⁰

Für die Erklärung mit Nichtwissen bedeutet dies: Bei Nicht-mehr-Wissen darf die Partei die fraglichen Tatsachen als unwahr beschwören, wenn sie trotz Nachforschungen nicht von ihrer Wahrheit überzeugt ist. Der Eid als Beweismittel kommt nur gegenüber bestrittenen Tatsachen in Betracht. Daher muss es der Partei systematisch auch *zwingend* möglich sein, die fragliche Tatsache bei fehlender Erinnerung vorher zu bestreiten.¹⁸¹

175 Vgl. Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 85; vgl. dazu auch *Hackenber*, Nichtwissen, 1996, S. 19 f.

176 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 85.

177 Begr. zum E I, 1871, S. 352.

178 Begr. zum E I, 1871, S. 352.

179 Begr. zum E I, 1871, S. 352.

180 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 337.

181 So auch schon *Gaup*, CPO, ¹1879, § 129 III.

b) Die Debatte in der Reichstagskommission und ihre Folgen

Gewissermaßen in letzter Stunde wurde in der Reichstagskommission in zweiter Lesung des Gesetzes noch eine Änderung vorgeschlagen, die der Möglichkeit des Nicht-mehr-Wissens im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO ausdrücklich Rechnung tragen wollte.¹⁸² *Gaupp*, seines Zeichens Abgeordneter und Begründer der *Steinschen*' Kommentierung, beantragte den Wortlaut wie folgt zu fassen:¹⁸³

„Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind, oder in Betreff welcher der Partei ein Wissen nicht zugemuthet werden kann, obgleich eigene Handlungen oder Wahrnehmungen in Frage stehen.“

Als nicht zumutbar wollte *Gaupp* den Fall der fehlenden Erinnerung verstanden wissen.¹⁸⁴ Der Antrag wurde abgelehnt, nachdem zuvor darauf verwiesen wurde, dass der berechtigte Gedanke bereits bei den Vorschriften zum Eid Berücksichtigung finde, die vorgeschlagene Anpassung des § 138 Abs. 4 ZPO dagegen „zu schwankend und deshalb nicht praktisch“ sei.¹⁸⁵ Der Direktor im Reichskanzleramt *von Amsberg* erklärte unter Verweis auf die Eidesvorschriften, soweit die Gedanken des Antragsstellers praktisch verwendbar seien, sei die Verwendung bereits erfolgt.¹⁸⁶

Das war gleichsam die Geburtsstunde des Bestreitens „als unbekannt“: Aus der Debatte wurde in der Literatur gefolgert, dass ein Bestreiten wegen des systematischen Zusammenhangs zu den Eidesvorschriften möglich sein sollte, das Bestreiten auch dahingehend motiviert werden könne, dass die Partei von der behaupteten Tatsache „nichts Wisse“ (!), und dass lediglich die Einkleidung des Bestreitens als eines Erklärung mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO der Partei versagt bleiben sollte.¹⁸⁷ Letzteres ist in dessen keineswegs zwingend, den die Ablehnung des Antrags in der

182 Vgl. hierzu auch *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 6; *Hackenberger*, Nichtwissen, 1996, S. 30.

183 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 953 (eigene Hervorhebung des Amendments).

184 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 953.

185 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 954.

186 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 954.

187 Vgl. *Gaupp*, CPO, ¹1879, § 129 III; ebenso *Förster*, ²1908 § 138 4; *Seuffert*, ZPO, ¹¹1910, § 138 2a; *Struckmann/Koch*, CPO, ⁹1910, § 138 3; vgl. auch *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 7 f. und *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 41 f. m. w. N.

Reichstagsdebatte besagt genaugenommen nur, dass eine redaktionelle Veränderung dieser Norm nicht für tunlich erachtet wurde. Die vorgeschlagene Fassungsänderung wurde als „zu schwankend“ abgelehnt, und nicht, wie es in der nachfolgenden Kommentarliteratur hieß, „als zu weitgehend“¹⁸⁸. Letzteres impliziert, die Reichstagskommission habe inhaltlich von einer Zumutbarkeitsregelung absehen wollen, was angesichts der ausdrücklichen Verweise auf die gleichlaufende Regelung beim Parteieid gerade nicht der Fall war. Der Einwand, die vorgeschlagene Änderung sei „zu schwankend“ wird man vielmehr auf die von *Gaupp* beantragte wörtliche Fassung beziehen können: Die Norm, ohnehin in ihrer negativen Fassung nur über einen Umkehrschluss zu erschließen, wäre mit der vorgesehenen Aufnahme der Rückausnahme kaum lesbarer geworden. Der Hinweis, die Gedanken *Gaupps* fänden bereits beim Parteieid Berücksichtigung, gibt zu verstehen, dass für eine Verdoppelung dieser Regelung keine Notwendigkeit gesehen wurde. Aus den Materialien lässt sich daher nicht entnehmen, dass es beabsichtigt gewesen wäre, der vergesslichen Partei ein Bestreiten in Form der Erklärung mit Nichtwissen zu versagen.

c) Entfall des systematischen Zusammenhangs wegen Aufhebung der Eidesvorschriften?

Nach Wegfall der Eidesvorschriften im Jahr 1934¹⁸⁹ geriet der Grund für die Zulässigkeit eines Bestreitens „als unbekannt“ in Vergessenheit.¹⁹⁰ Stattdessen wurde nun versucht, diese für billig empfundene Lösung mit Überlegungen zur Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO zu rationalisieren. Dafür bestand jedoch keine Notwendigkeit: Auch die Beseitigung des Parteieides vermag den historisch-systematischen Zusammenhang mit dem Normgehalt des § 138 Abs. 4 ZPO nicht zu zerreißen.

Eine andere Auffassung hat *Morhard*:¹⁹¹ Der Gesetzgeber habe ausdrücklich von einer Erweiterung des § 138 Abs. 4 ZPO um Fälle des Nicht-mehr-Wissens absehen wollen, daher sei eine teleologische Reduktion nicht möglich; die Regelung des Parteieids sei ein „Ausgleichsinstrument“ gewe-

188 So aber *Struckmann/Koch*, CPO, 91910, § 138 3.

189 Vgl. Art. 1 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780 und 788.

190 Bei *Stein/Jonas* etwa entfällt nach der 15. Aufl. 1934 der Hinweis auf den Zusammenhang mit den Eidesvorschriften, vgl. dort noch § 138 II 5.

191 Vgl. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 14–16 und 60.

sen, das mit dessen Beseitigung entfallen sei. *Morhard* füllt die vermeintlich entstandene Lücke mit einer allgemeinen Mitwirkungspflicht der Partei, die Nachforschungsbemühungen hinsichtlich der behaupteten Tatsache entfalten soll; im Ergebnis soll sich dann auch bei ihm die Partei im Falle der fehlenden Erinnerung mit Nichtwissen erklären können.¹⁹²

Dieser Sicht der Dinge kann nicht zugestimmt werden. Den Materialien ist lediglich zu entnehmen, dass eine Fassungsänderung des § 138 Abs. 4 ZPO abgelehnt wurde und für die Verdoppelung der bereits erfolgten Regelung in § 424 CPO kein Anlass gesehen wurde. Aber selbst wenn man sich dieser Deutung der Debatte in der Reichstagskommission nicht anschließen will: Ein – wie auch immer geartetes – Bestreiten sollte der vergesetzlichen Partei nach Vorstellung des Gesetzgebers möglich sein. *Morhards* Ansicht berücksichtigt den Ablauf des Verfahrens nicht ausreichend: Der Beweisaufnahme geht notwendigerweise ein Bestreiten vor. Wenn die fehlende Erinnerung *nicht* zu einem Bestreiten berechtigt, müsste die gegnerische Behauptung als zugestanden behandelt werden, § 138 Abs. 3 ZPO. Die Regelung zum Parteieid als vermeintliches „Ausgleichsinstrument“ wäre also mangels entsprechender Beweisaufnahme nie zur Anwendung gekommen. Richtigerweise ist aus § 424 CPO zwingend zu schließen, dass ein Bestreiten zuvor möglich sein muss.¹⁹³ § 138 Abs. 4 ZPO war daher systematisch Voraussetzung für § 424 CPO, sodass sich der spätere Wegfall der nachgelagerten Eidesregeln als unschädlich erweist.¹⁹⁴

Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Möglichkeit eines Bestreitens bei fehlender Erinnerung entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Aus einer unterlassenen redaktionellen Anpassung des § 138 Abs. 4 ZPO kann nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber habe die Erklärung mit Nichtwissen als Form des Bestreitens für unzulässig gehalten. Auf den Wegfall des Parteieides kommt es nicht an, weil dieser dem Bestreiten systematisch nachgelagert ist. Die Berücksichtigung des Nicht-mehr-Wissens im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO, sei es im Wege einer weiten Wortlautauslegung, sei es durch eine teleologische Reduktion, entspricht dem Willen des Gesetzgebers und ist daher keine Auslegung *contra legem*.

192 Vgl. *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 109–112 und 140.

193 Vgl. schon *Gaupp*, CPO, ¹1879, § 129 III.

194 So auch im Ergebnis *Foerste*, ZZP 108 (1995), 283, 284 (Anm. zu *Morhard*, Nichtwissen, 1993); *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 157; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1365.

II. Glaubhaftmachung oder Beweis der vergeblichen Nachforschungsbemühungen?

Nicht-mehr-Wissen ist nur Nichtwissen i. S. v. § 138 Abs. 4 ZPO, wenn trotz aller Bemühungen ein Zugriff auf die Erinnerung fehlschlägt. Zur Auffrischung der Erinnerung muss die Partei alle ihr gegebenen Möglichkeiten nutzen, namentlich Unterlagen einsehen, Erkundigungen bei Dritten einholen oder an Ort und Stelle sich das Geschehene vergegenwärtigen.¹⁹⁵ Eine pauschale Behauptung des Nicht-mehr-Wissens genügt nicht,¹⁹⁶ die Erinnerungsbemühungen müssen dem Gericht geschildert werden.¹⁹⁷ Wenig klar ist indessen die in Rechtsprechung¹⁹⁸ und Literatur¹⁹⁹ verbreitete Forderung, die Bemühungen müssten „glaubhaft“ geschildert werden.²⁰⁰ Einer Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO steht schon entgegen, dass § 294 Abs. 1 ZPO nur Fälle erfasst, in denen die Glaubhaftmachung an anderer Stelle ausdrücklich vorgesehen ist.²⁰¹ Der richtige Kern der verlangten „Glaubhaftmachung“ beschränkt sich darauf, dass die Nachforschungsbemühungen dem Gericht geschildert werden müssen. Nur so kann das Gericht prüfen, ob mit den behaupteten Erinnerungsbemühungen bei Wahrunterstellung derselben den Anforderungen an die Nachforschungspflicht Genüge getan ist.²⁰²

Zum Teil wird jedoch sogar gefordert, die erfolglosen Erinnerungsbemühungen seien auf ein Bestreiten der Gegenseite hin zu *beweisen*.²⁰³ Dass eine Aufklärung über die Voraussetzungen des Nichtwissens stattfindet, ist

195 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3234.

196 Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, 3d) aa), NJW 1995, 130, 131.

197 *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1365.

198 Vgl. nur BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, 3d) aa), NJW 1995, 130, 131.

199 Eine Glaubhaftmachung im Sinne von § 294 ZPO ist damit wohl überwiegend nicht gemeint, vgl. etwa *Michel*, JuS 1983, 36, 39; ähnlich *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 42 und Rn. 44; *Greger*, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 14; ausdrücklich einen weniger strengeren Maßstab als § 294 ZPO zur „Glaubhaftmachung“ fordert *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125. – Anders dagegen *B/L/H/Hartmann*, ZPO, ⁷⁷2019, § 138 Rn. 56, der ausdrücklich eine Glaubhaftmachung i. S. v. § 294 ZPO verlangt; vgl. nun auch *B/L/H/Anders*, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 56.

200 So auch *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

201 So auch *Balzer/Walther*, Beweisaufnahme, ⁴2018, S. 37 Rn. 35; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

202 In diesem Sinne wohl auch *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1365 f., vgl. dort insbesondere Anm. 47.

203 Vgl. *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 41; *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 138 Rn. 29; *von Selle*, in: BeckOK ZPO,

grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die entscheidende Frage ist aber, wer das Risiko einer Unbeweisbarkeit tragen soll.²⁰⁴ Hierzu hat zuletzt der VI. Senat des BGH Stellung genommen:²⁰⁵ Eine verletzungsbedingte Amnesie müsse die Partei, welche sich auf § 138 Abs. 4 ZPO berufen will, zunächst beweisen.

Das fordert zu Widerspruch heraus: Auf den ersten Blick mag zwar bei Erklärungen mit Nicht-mehr-Wissen der Verdacht einer bequemen Schutzbehauptung besonders naheliegend erscheinen,²⁰⁶ was auch der Senat in seiner Entscheidung erwägt.²⁰⁷ Bei genauer Betrachtung ist aber die unwahrscheinliche Erklärung, bestimmte Tatsachen nicht mehr zu wissen, unterschiedslos zu dem unwahrscheinlichen, angeblich auf eigenem Wissen beruhenden Bestreiten bestimmter Tatsachen. Wenn etwa eine klageweise geltend gemachte Kaufpreisforderung von 1.000 EUR mit der den Umständen nach wenig wahrscheinlichen Erklärung bestritten wird, es sei ein „Freundschaftspreis“ von 50 EUR vereinbart worden, muss der Kläger die von ihm behauptete Höhe der Forderung dennoch beweisen. Nichts anderes kann gelten, wenn der Gegner den Umständen nach wenig glaubhaft behauptet, sich an die vereinbarte Kaufpreishöhe nicht mehr erinnern zu können. Andernfalls würde der in Hinblick auf die Behauptung nicht beweisbelasteten Partei das Risiko zugeschoben werden, die fehlende Erinnerung nicht beweisen zu können, mit der Folge, dass die gegnerische Behauptung gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt.²⁰⁸ Glaubhaftmachung oder gar Beweis des Nicht-mehr-Wissens von der vergesslichen Partei zu verlangen, würde somit zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Beweislastverteilung führen und ist daher abzulehnen. Erwägungen zur Glaubhaftigkeit der angeblich erfolglosen Nachforschung können zwar im Rahmen einer Parteivernehmung geklärt werden, gegebenenfalls, wie im Fall der angeblichen Amnesie, auch unter Hinzuziehung von Sachverständ-

Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 28; *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239 f.

204 Vgl. auch schon *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 218.

205 Vgl. BGH, Beschl. v. 30.1.2019 – VI ZR 428/17, II 2a, BeckRS 2019, 3267.

206 So offenbar die Überlegungen bei *Michel*, JuS 1983, 36, 39; ähnlich *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3234; *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 133; *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 41; *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125.

207 Vgl. BGH, Beschl. v. 30.1.2019 – VI ZR 428/17, II 2a, BeckRS 2019, 3267. – Tendenziell in diese Richtung auch BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb) (3), NJW 2020, 1962, 1967 (vgl. dazu im Folgenden D II 2).

208 Vgl. *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125; ähnlich auch *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 45 f. Rn. 55 f.

digen. Lässt sich aber nicht aufklären, ob der Gegner wirklich keine Erinnerung oder Erkundigungsmöglichkeiten mehr hat, trägt die für ihre Behauptungen darlegungs- und beweisbelastete Partei dieses Risiko – der Gegner kann sich mit Nichtwissen erklären.²⁰⁹

B. Nachforschungspflicht im eigenen Wahrnehmungsbereich

Dem Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO folgend ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über solche Tatsachen zulässig, die nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Einer möglichen – und bei einem natürlichen Verständnis auch naheliegenden – Wortlautdeutung wäre demnach eine Erklärung mit Nichtwissen immer dann möglich, wenn die Partei tatsächlich keine Wahrnehmungen gemacht hat. Das Privileg des § 138 Abs. 4 ZPO käme dann allerdings auch der desinteressierten, sorglosen Partei zu Gute und eine findige Partei könnte es bei einem sich anbahnenden Rechtsstreit sogar gezielt vermeiden, bestimmte Wahrnehmungen zu machen.²¹⁰ Mehrheitlich wird angenommen, dass dies nicht sein darf.²¹¹ Es soll darauf ankommen, ob die Tatsache in den Wahrnehmungsbereich der Partei fällt,²¹² also die *Möglichkeit* zur Wahrnehmung bestanden hat und die Partei daher Wissen haben sollte, um das sie sich im Prozess mittels Nachforschungen bemühen muss.²¹³ Als Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO wird mithin der Wahrnehmungsbereich der Partei verstanden, in dem die Partei bei objektiver Betrachtung Wahrnehmungen machen kann und soll.²¹⁴ Zum Teil wird die Zulässigkeit dieser Objektivierung²¹⁵ des Wahrnehmungsbereichs und

209 Ebenso *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 218.

210 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239 f.; *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 174.

211 Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.11.2015 – I ZR 167/14, III 2c) bb), GRUR 2016, 836, 848.

212 Vgl. BGH, Urt. v. 19.4.2001 – I ZR 238/98, II 1, NJW-RR 2002, 612, 613.

213 Vgl. *B/L/A/Hartmann*, ZPO, ⁷⁷2019, § 138 Rn. 53; *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 42; *Fritsche*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, ⁵2016, § 138 Rn. 29; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 90 f.; *E. Schmidt*, in: *AK-ZPO*, 1987, § 138 Rn. 72.

214 Vgl. auch schon *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 98 f.

215 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235; *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 173 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1994 – 7 U 78/93, BeckRS 1994, 13772, Tz. 9.

einer entsprechenden Nachforschungspflicht²¹⁶ aber auch geleugnet.²¹⁷ In einem ersten Schritt soll daher gezeigt werden, dass die Nachforschungspflicht bei einer Möglichkeit zur Wahrnehmung nach dem Gesetz geboten ist, um anschließend den Bereich, indem sie bestehen soll, näher zu bestimmen.

I. Nachforschungspflicht bei Möglichkeit zur Wahrnehmung

Eine Nachforschungspflicht besteht, wenn sich das behauptete Geschehen im Wahrnehmungsbereich der Partei abgespielt haben soll, unabhängig davon, ob die Partei diese Wahrnehmungen bisher gemacht hat. Dem Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO ist eine solche Objektivierung nicht eindeutig zu entnehmen. Doch kann, wie im Fall des Nicht-mehr-Wissens, wegen des systematischen Zusammenhangs auf die Regelung zum Parteieid verwiesen werden: Nachforschungen waren vor der Eidesleistung nicht nur bei fehlender Erinnerung geboten, sondern auch gegenüber einer behaupteten Tatsache im Wahrnehmungsbereich der Partei, „deren Erheblichkeit nicht vorauszusehen war“.²¹⁸ Mangels bewusster Wahrnehmung durfte die Partei ihre fehlende Überzeugung von der Richtigkeit derselben erst beschwören, wenn sie hierzu Nachforschungen angestellt hatte.²¹⁹ Voraussetzung war nur, dass sich die Tatsache in ihrem Wahrnehmungsbereich ereignet haben soll.

Der tragende Gedanke hinter der Regelung zum Parteieid ist, dass Beweis über Tatsachen im Wahrnehmungsbereich des Gegners erst erhoben werden soll, wenn sich der Gegner nicht bereits zuvor durch Nachforschungen von der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen überzeugen konnte. Allerdings ist hier der unmittelbare Schluss von den Bestimmun-

216 In Rechtsprechung und Literatur für gewöhnlich als „Informationspflicht“ bezeichnet, vgl. statt vieler BGH, Urt. v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, II 1, NJW 1990, 453 f.; dieser Begriff erscheint allerdings etwas ambivalent, so zu Recht *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 238. Dass die Nachforschungspflicht als prozessuale Last einzuordnen ist (vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239), sei der Vollständigkeit halber angemerkt.

217 Vgl. *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 45 Rn. 56; *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 244–267; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1681, 1687.

218 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 337; vgl. auch schon die Begr. zum E I, 1871, S. 352.

219 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 337.

gen des Parteieides auf den Normgehalt des § 138 Abs. 4 ZPO weniger zwingend als bei der Frage, ob eine Erklärung mit Nicht-mehr-Wissen nach dieser Vorschrift möglich ist. Dort ergab die historische Auslegung, dass die Partei auch bei fehlender Erinnerung die behauptete Tatsache nicht ohne Beweis gegen sich gelten lassen braucht, ihr also zwingend ein Bestreiten möglich sein muss. Hier ließe sich einwenden, dass die Nachforschungspflicht der Partei eben nur für den Parteieid und nicht für andere Prozesshandlungen vorgesehen war – mithin hätte die Partei zunächst, ohne Nachforschungen vorzunehmen, bestreiten können. Der Gedanke geht also dahin, dass eine Nachforschungspflicht der Partei nur dort besteht, wo ihre Aussage das Beweismittel ist, was nach Wegfall des Parteieides nur im Rahmen einer – subsidiären – Parteivernehmung gem. §§ 445 ff. ZPO der Fall ist. Mithin müsste die Partei bis zu einer etwaigen Parteivernehmung keine Nachforschungen in ihrem eigenen Wahrnehmungsbereich tätigen.

Der Sinn eines solchen Verhaltens würde sich allerdings darin erschöpfen, mit den Nachforschungen in der Hoffnung zuzuwarten, das Gericht werde sich fälschlicherweise bereits an Hand anderer Beweismittel vom Gegenteil überzeugen, sodass eine Parteivernehmung gem. § 445 Abs. 2 ZPO unterbleibt – eine frühzeitige Nachforschung könnte dagegen zu dem unangenehmen Ergebnis führen, dass die vom Gegner behauptete Tatsache richtig ist und mithin unstreitig gestellt werden muss. Ein solches Verhalten kann als antizipierte Beweisvereitelung²²⁰ keine Billigung finden: Wer Nachforschungen zu Tatsachen verweigert, die sich in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben sollen, gibt zu verstehen, dass er die Wahrheit dieser Tatsachen für möglich hält und die Nachforschungen nur deshalb unterlässt, um eine Wahrheitsfindung zu erschweren.²²¹ Eine Nachforschungspflicht ist daher vor einer Beweisaufnahme bereits auf Ebene des § 138 ZPO anzunehmen. Eher nachrangig ist es, ob *secundum legem* eine extensive Wortlautauslegung des § 138 Abs. 4 ZPO es noch gestattet, „Wahrnehmungen“ als „Wahrnehmungsbereich“ zu verstehen, oder ob dem gesetzgeberischen Willen durch eine teleologische Extension²²² zum Durchbruch verholfen wird.

220 Vgl. dazu auch Teil II, Kap. 1 B VII.

221 Ähnlich *Nicoli*, JuS 2000, 584, 587, 589 und *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 136: Es erscheint rechtsmissbräuchlich, ohne Nachforschungen den Beweis einer Tatsache zu verlangen, die sich im eigenen Wahrnehmungsbereich ereignet haben soll.

222 So auch BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c) bb) (1), NJW-RR 2016, 1251, 1252 (dort als Reduktion bezeichnet).

II. Bestimmung des Wahrnehmungsbereichs

Die Partei muss also Nachforschungen anstellen, wenn die behauptete Tatsache sich in ihrem Wahrnehmungsbereich ereignet haben soll. Die Definition des Wahrnehmungsbereichs, in dem die Nachforschungen erfolgen sollen, erfordert zunächst eine grundsätzliche Weichenstellung: Ein weites Verständnis des Wahrnehmungsbereichs stellt alleine auf die Möglichkeit zur Wahrnehmung im Prozess ab.²²³ Ob die Partei zuvor eine Wahrnehmungsmöglichkeit hatte, soll nicht maßgeblich sein.²²⁴ Aufklären muss die Partei dort, wo ihr Aufklärung möglich ist.²²⁵ Die Nähe zum Sachverhalt kann aber herangezogen werden, um den Umfang der Nachforschungspflicht auf das Zumutbare zu begrenzen.²²⁶

Ein engeres Verständnis verbindet den Wahrnehmungsbereich hingegen von vornherein nur mit solchen Tatsachen, welche die Partei vermittels eines normativen Elements – der „Nähe“²²⁷ zu der Tatsache – kennen muss. Die Partei soll nicht schlechthin alle ihr möglichen Wahrnehmungen machen, sondern nur solche, die sie sich in ihrem „Geschäft-, Tätigkeits-, oder Lebensbereich“²²⁸ abgespielt haben sollen.

Verdeutlicht werden können die unterschiedlichen Auffassungen des Wahrnehmungsbereichs an Hand zweier der Rechtsprechung entlehnten Fälle: Behauptet etwa eine Süßwarenimporteurin, die beim Transport verlorengegangene Menge Kaugummi habe einen bestimmten Marktwert gehabt, stellt sich die Frage, ob der Transporteur sich mit Nichtwissen zu dem behaupteten Marktwert erklären kann. Sicherlich bestünde die Möglichkeit, Nachforschungen anzustellen, etwa in Branchenkreisen Erkundigungen einzuholen. Bei einem weiten Verständnis müsste der Transporteur die Wahrnehmungsmöglichkeit ausschöpfen. Die Gegenansicht stellt hingegen darauf ab, dass ein Transportunternehmer für gewöhnlich über die Preisbildung am Süßwarenmarkt nichts weiß und sich entsprechende Kenntnisse daher auch im Prozess nicht verschaffen muss.²²⁹ Gleichgela-

223 So etwa *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 134 f.; vgl. dazu auch *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

224 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 134 f.

225 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 134 f.

226 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 135 f.

227 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235.

228 *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 42; vgl. auch schon *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

229 So im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 15.6.2000 – I ZR 55/98, II 6b, NJW-RR 2000, 1635, 1638.

gert ist der Fall, dass der Unterhaltsschuldner vergebliche telefonische Bewerbungsbemühungen behauptet und der Unterhaltsgläubiger diese Bemühungen, von deren Existenz er nichts weiß, mit Nichtwissen bestreiten will. Weil der Unterhaltsgläubiger auch sonst keine Kenntnis dieser Vorgänge hätte, muss er sie sich nach dem engen Verständnis des Wahrnehmungsbereichs auch nicht im Prozess aneignen. Nach dem weiten Verständnis des Wahrnehmungsbereichs soll dagegen der Gläubiger dazu genötigt werden, stichprobenartig telefonische Erkundigungen bei den Unternehmen einzuziehen, bei welchen sich der darlegungsbelastete Schuldner erfolglos beworben haben will.²³⁰

Richtig ist allein das engere Verständnis des Wahrnehmungsbereichs, weil es ausweislich der historischen Auslegung um eine Nachforschungspflicht hinsichtlich solcher Tatsachen geht, welche die Partei bewusst wahrgenommen hätte, wenn ihre Erheblichkeit voraussehbar gewesen wäre; das ist nur im eigenen Lebens- und Geschäftsbereich der Fall. Die in der Rechtsprechung verbreitete Formulierung, es bestehe grundsätzlich keine Pflicht, eigene Ermittlungen anzustellen, um auf den gegnerischen Vortrag erwidern zu können,²³¹ ist in BGH NJW-RR 2017, 527 entsprechend präzisiert worden.²³² Bei Vorgängen im eigenen „Geschäfts- oder Verantwortungsbereich“ besteht eine solche Pflicht. Die Schwierigkeit liegt in der Bestimmung dessen, was zum Geschäfts- und Lebensbereich der Partei zählen soll. Ein Teilaspekt dieser Frage ist es, inwieweit auch eine Nachforschungspflicht der Partei hinsichtlich der Wahrnehmungen weiterer Personen besteht.

C. Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen Dritter

Dem Wortlaut nach ist eine Erklärung mit Nichtwissen ausgeschlossen, wenn die behaupteten Tatsachen Gegenstand der *eigenen* Wahrnehmung der Partei gewesen sind. Es wurde bereits gezeigt, dass der Wahrnehmungsbegriff objektiviert zu verstehen ist: Erfasst werden auch Tatsachen, welche die Partei hätte wahrnehmen können und mittels Nachforschungen auch noch wahrnehmen kann. Fraglich ist, inwieweit die Wahrneh-

230 So AG Hanau, Urt. v. 18.2.1999 – 63 F 537/98, FamRZ 2000, 306, 307; ablehnend dazu *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366.

231 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, II 2b) aa), NJW 2015, 468, 469 m. w. N.

232 Vgl. BGH, Urt. v. 9.12.2016 – V ZR 124/16, III 2c, NJW-RR 2017, 527, 530.

mungsmöglichkeit bestimmter Dritter, die der Partei nahestehen, hier mit einzubeziehen sind. Das letzteres grundsätzlich der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht, legt wiederum der historisch-systematische Zusammenhang mit den Eidesvorschriften nahe.

I. Wahrnehmungen Dritter beim Parteieid

Bereits in den Vorarbeiten zum Hannoverschen Entwurf wurde beabsichtigt, den Parteieid auch über Wahrnehmungen des Erblassers, Rechtsvorgängers, Vormunds oder anderer Personen zuzulassen, für deren Handlungen die Partei hafte.²³³ Über die Handlungen dieser Personen sollte die Partei den Überzeugungseid leisten, das trotz gewissenhafter Nachforschungen kein Wissen zu den behaupteten Tatsachen bestehe.²³⁴ Eine Nachforschungspflicht über fremde Tatsachen lasse sich zwar im allgemeinen nicht annehmen; bei Handlungen der genannten Personen könne jedoch verlangt werden, dass die Partei sich nicht rein passiv auf eine Erklärung mit Nichtwissen beschränke, sondern sich selbst „auf jede mögliche Weise“ um die Erforschung des Sachverhalts bemühe.²³⁵ Gerechtfertigt wurde dies mit der Überlegung, die Partei bilde mit den genannten Dritten „gewissermaßen eine Person“, und sei regelmäßig in der Lage, sich in diesen Fällen über die behauptete Tatsache Gewissheit zu verschaffen²³⁶ (letzteres wurde allerdings von anderer Seite bezweifelt²³⁷).

Diese Erwägungen fanden schließlich in § 410 CPO ihren Niederschlag: Dort wurde bestimmt, dass der Eid über Tatsachen zugeschoben werden konnte, die Gegenstand der Wahrnehmungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger sowie Vertreter gewesen sein sollen. Der Eid blieb auf die Beschwörung beschränkt, dass das Ergebnis der durchgeführten Nachforschungen wahrheitsgemäß mitgeteilt wurde. Gerechtfertigt wurde die Einbeziehung dieser Personen mit der Überlegung, die mit den Nachforschungen belastete Partei dürfe nicht besser stehen als eine Partei, die ohne Vertreter gehandelt habe oder nicht als Rechtsnachfolger aufgetreten sei.²³⁸ Davon abgesehen sei die Partei regelmäßig auch in der Lage, die ge-

233 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2795, 2799; 2955 f.

234 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2955 f.

235 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2797.

236 Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2797 (Hervorhebung im Original).

237 Vgl. Prot. (HE), Bd. 8, 1864, S. 2803 f.

238 Hahn/Stegemann, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

forderten Erkundigungen einzuholen.²³⁹ Die Begründung zu § 410 CPO schließt mit einer Definition der Begriffe „Rechtsvorgänger“ und „Vertreter“:²⁴⁰ Sie seien nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen; unter Vertreter sei derjenige zu verstehen, für dessen Handlungen die Partei hafte.

II. Wahrnehmungen Dritter bei der Erklärung mit Nichtwissen

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die in systematischem Zusammenhang mit § 138 Abs. 4 ZPO stehenden Eidesvorschriften eine Nachforschungspflicht für behauptete Tatsachen begründeten, die sich im Wahrnehmungsbereich des Rechtsvorgängers oder des Vertreters der Partei abgespielt haben sollen. Das entspricht im Wesentlichen auch den aktuell zu § 138 Abs. 4 ZPO vertretenen Positionen in Rechtsprechung und Literatur, wobei es jedoch gewisse Unstimmigkeiten hinsichtlich des Vertreterbegriffs gibt und in der jüngeren Vergangenheit zunehmend auf den Aspekt der Haftung nach materiellem Recht abgestellt wird.

1. Rechtsvorgänger

Keine Unstimmigkeiten bestehen in Literatur und Rechtsprechung über die grundsätzliche Nachforschungspflicht des Rechtsnachfolgers bei Tatsachen, die sich im Wahrnehmungsbereich des Rechtsvorgängers,²⁴¹ also etwa des Zedenten oder Erblassers ereignet haben sollen.

Am Beispiel des Rechtsvorgängers wird allerdings deutlich, dass die zur Begründung der Nachforschungspflicht seitens des Gesetzgebers angestellten Erwägungen – besonderes Näheverhältnis zwischen Partei und Rechtsvorgänger, gute Informationsmöglichkeiten, Schutz des Gegners – in recht unterschiedlichem Maße dessen Einbeziehung rechtfertigen. Eine besonders enge Beziehung und guten Informationsaustausch zwischen Zedent und Zessionar zu vermuten, dürfte nur selten den Gegebenheiten gerecht werden. Bei Transaktionen ist die Beziehung zwischen Erwerber und Veräußerer regelmäßig durch Wissensasymmetrie und nur punktueller Interessenübereinstimmung geprägt. Oft wird es seine Gründe haben, dass der

239 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

240 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

241 Vgl. statt vieler B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 50 und 55.

Veräußerer die fraglichen Informationen nicht bereits im Vorfeld des Geschäfts mitgeteilt hat. Beim Rechtsübergang durch Erbfolge wird sich zwar ein Näheverhältnis zum Rechtsvorgänger häufig bejahen lassen, doch beschränkt sich der vermutete gute Informationsaustausch auf Informationsträger, die im Nachlassvermögen erhalten und als solche erkennbar sind; der mustergültig geordnete Nachlass dürfte eher die Ausnahme sein. In Wahrheit geht es hier in beiden Fällen maßgeblich um den Schutz des darlegungs- und beweisbelasteten Gegners: Dieser soll im Prozess nicht schlechter gestellt sein, als wenn der Rechtsvorgänger an Stelle der Partei ihm gegenüberstehen würde. Eine Nachforschungspflicht der Partei besteht nur, wenn die gegnerische Seite zuvor bereits in einem Rechtsverhältnis mit ihrem Rechtsvorgänger gestanden hat und daher schutzwürdig ist.

2. Gesetzliche Vertreter, rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter und sonstige Personen, für welche die Partei haftet

Die Überlegungen des historischen Gesetzgebers zur Nachforschungspflicht beim Parteieid scheinen für den Vertreter, hinsichtlich dessen Wahrnehmungsbereichs die Partei Nachforschungen anstellen soll, einer klaren Bestimmung nicht zu ermangeln:²⁴² Es soll der Vertreterbegriff des bürgerlichen Rechts Anwendung finden, der zum Zeitpunkt der Entwurfsbegründung allerdings noch nicht feststand. Ergänzend heißt es, das umfasse die Personen, für welche die Partei *haftet*. Darunter fallen gesetzliche, organschaftliche und rechtsgeschäftliche Vertreter, aber auch Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen sowie jede andere Person, für welche die Partei nach materiell-rechtlichen Regeln einzustehen hat. Die Haftung kann als vom Gesetzgeber vorgesehenes, klar fassbares Kriterium im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO für die Bestimmung der Personen, bei denen Erkundigungen notwendig sein sollen, fruchtbar gemacht werden. Der Gedanke dahinter ist so einfach wie eingängig: Wer im Rechtsverkehr nach materiell-rechtlichen Regeln für einen Dritten haftet, soll sich nicht dadurch aus der Affäre ziehen können, dass er sich zu dessen Handlungen und Wahrnehmungen im Prozess ohne vorherige Nachforschungen mit Nichtwissen erklärt. Literatur und Rechtsprechung haben sich diesem Punkt bereits weitgehend angenähert, lassen aber noch die letzte Klarheit vermissen.

242 Hahn/Stegemann, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 332.

- a) Personen, die unter „Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung“ der Partei tätig waren – BGH NJW 1990, 453

Nach Inkrafttreten der ZPO beschränkten sich die meisten Darstellungen in der Literatur zu § 138 Abs. 4 ZPO auf die Einbeziehung des gesetzlichen Vertreters der Partei.²⁴³ Hinzu kam noch der Insolvenzverwalter, der sich über Wahrnehmungen des Insolvenzschuldners erklären soll.²⁴⁴ Hinsichtlich der Nachforschungspflicht beim Parteieid entbrannte bald Streit darüber, ob „Vertreter“ tatsächlich jeder sein soll, für den die Partei nach materiellem Recht haftet; die Rechtsprechung lehnte dies insbesondere mit Blick auf Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen ab.²⁴⁵ Erst spät wurden Stimmen laut, die im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO der Partei unter Einbeziehung weiterer Personen eine Nachforschungspflicht auferlegen wollten, etwa bei Wahrnehmungen des Prokuristen²⁴⁶ oder des Boten²⁴⁷. *Michel* nahm eine Nachforschungspflicht der Partei bei Wahrnehmungen eines Dritten an, wenn dieser „in einem ständigen Dienst- oder Arbeitsverhältnis steht“, worunter etwa der Geselle des Handwerkers fallen soll.²⁴⁸ In ständiger Rechtsprechung²⁴⁹ findet dann seit BGH NJW 1990, 453 die ähnliche, auf *Hartmann* zurückgehende Formel Verwendung, die Partei müsse Nachforschungen anstellen, wenn sich die behauptete Tatsache im Wahrnehmungsbereich von Personen zugetragen haben soll, „die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig waren“.²⁵⁰

Die Literatur hat sich dieser Formulierung angeschlossen,²⁵¹ wobei neben Erkundigungen bei gesetzlichen und organschaftlichen Vertretern, dem Insolvenzverwalter²⁵² sowie Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen²⁵³ auch übereinstimmend eine Nachforschungspflicht bei Wahrnehmungen des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters bejaht wird, letzteres allerdings

243 Vgl. dazu *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 8 m. w. N.

244 Vgl. schon RG, Urt. v. 4.11.1902 – VII ZR 259/02, RGZ 53, 8, 9 f.

245 *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 12 m. w. N.

246 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 91.

247 *Michel*, JuS 1983, 36, 39.

248 Vgl. *Michel*, JuS 1983, 36, 39.

249 BGH, Urt. v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, II 1, NJW 1990, 453 f.; vgl. auch schon BGH, Urt. v. 10.7.1986 – III ZR 19/85, II 4, NJW 1986, 3199, 3201.

250 Vgl. B/L/A/Hartmann, ZPO, ³⁹1981, § 138 5 A.

251 Vgl. statt aller *Greger*, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 16.

252 BGH, Urt. v. 15. 3.2012 – IX ZR 249/09, II 2b, NJW-RR 2012, 1004, 1005.

253 B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 50.

zum Teil in eher missverständlicher Weise.²⁵⁴ Dabei stört sich ein Teil der Literatur an der – vermeintlichen – Gegenansicht *Stadlers*, wonach das Wissen des rechtsgeschäftlichen Vertreters der Partei gem. § 166 BGB *zugerechnet* werde, statt sich auf eine Nachforschungspflicht zu beschränken.²⁵⁵ Eine solche „Zurechnung“ kann es in der Tat nicht geben, weil auf dieser Stufe des Prozesses der Gegner bisher bloß behauptet hat, dass die Tatsache sich im Wahrnehmungsbereich des rechtsgeschäftlichen Vertreters ereignet haben soll. Bleibt die Erkundigung beim Vertreter erfolglos – etwa, weil dieser keine Erinnerung hat – muss sich die Partei das bloß behauptete Wissen nicht zurechnen lassen. Es wäre geradezu *absurd*, wenn die bloß behaupteten (!) Kenntnisse des rechtsgeschäftlichen Vertreters der Partei zugerechnet würden – man denke etwa an einen angeblich seitens des Vertreters erklärten Schulderlass, zu dem die Partei nichts mehr sagen kann, weil ihr Vertreter tot oder nicht auffindbar ist und eine entsprechende Dokumentation nicht existiert; letzteres womöglich deshalb, weil der behauptete Schulderlass frei erfunden ist.

Eine dahingehende Ansicht *Stadlers* gibt es aber so auch gar nicht. Der verfehlte Zurechnungsbegriff wird dort nicht einmal verwendet. Zwar heißt es, den eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei seien die ihrer rechtsgeschäftlichen Vertreter „gleichgestellt“.²⁵⁶ Gemeint ist damit auch hier nur eine Nachforschungspflicht, in der 4. Auflage noch mit der pointierten Anmerkung: „keine Zurechnung von Kenntnissen“.²⁵⁷

Es ist wohl zutreffend, wenn *Dötsch* zu diesem verqueren (Schein-)Gefecht um die „Zurechnung“ bemerkt, der Streit beruhe auf dem mangelhaften dogmatischen Fundament des § 138 Abs. 4 ZPO.²⁵⁸ Um keinen weiteren Missverständnissen²⁵⁹ Vorschub zu leisten: Die Regeln der Wissenszurechnung nach § 166 BGB werden als Wertungsgesichtspunkt für die Be-

254 Missverständlich ist insbesondere die Darstellung im Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 138 Rn. 30, wo es heißt, auf die Kenntnis des rechtsgeschäftlichen Vertreters käme es nicht an; aus einem Verweis ist jedoch zu entnehmen, dass eine Nachforschungspflicht bestehen soll, vgl. dort Rn. 20.

255 Vgl. – statt vieler – *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ⁴2013, § 138 Rn. 44 einerseits, und *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO ¹⁶2019, § 138 Rn. 17 andererseits.

256 Vgl. *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, ¹⁶2019, § 138 Rn. 17; so auch die Formulierung *Hartmanns* bis zur 49. Aufl. 1991, gegen den sich die Fehlzuschreibung ursprünglich richtete, vgl. dazu sogleich Anm. 259.

257 Vgl. *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, ⁴2005, § 138 Rn. 17 Anm. 88.

258 Vgl. *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1366 f.

259 Auslöser für das bizarre Scheingefecht in der Literatur ist die Darstellung bei *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3235 und Anm. 29, der die Wissenszurechnung gem. § 166 BGB im Prozessrecht „im Grundsatz in gleicher Weise“ anwenden

stimmung desjenigen herangezogen, hinsichtlich dessen behaupteter Wahrnehmungen oder Handlungen die Partei im Prozess eine Nachforschungspflicht haben soll. Bleiben die Nachforschungen jedoch erfolglos, kann sich die Partei auf ihr Nichtwissen berufen. Eine Zurechnung nach materiell-rechtlichen Regeln kann selbstverständlich erst dann erfolgen, wenn die Kenntnis der fraglichen Personen nach der Überzeugung des Gerichts feststeht.

b) Personen, für welche die Partei nach materiell-rechtlichen Regeln haftet

Trotz des großen Rezeptionserfolgs und der unbestrittenen Möglichkeit, mit ihr praktische Ergebnisse erzielen zu können, ist *Hartmanns* Formel zu Recht als „unscharf“²⁶⁰ kritisiert worden. Stellvertretung und Erfüllungsgelhilfenschaft setzen keine „Anleitung und Aufsicht“ voraus,²⁶¹ deren Gegenüberstellung zum Verantwortungsbegriffs ist nicht stimmig und letzterer hat angesichts seiner Weite auch keinen Mehrwert für die sichere Bestimmung der Personen, die in den Wahrnehmungsbereich der Partei einzubeziehen sind. Ein präziser Anknüpfungspunkt könnte dahingehend

will, jedoch mit der Einschränkung, dass eine Erklärung mit Nichtwissen nach erfolglosen Nachforschungen beim Wissensvertreter möglich bleiben soll; mit dieser Einschränkung will *H. D. Lange* sich von der „anscheinend“ weitergehenden Ansicht *Hartmanns* abgrenzen; daran anschließend *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 75–77; *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 140–145. Bei *Hartmann* hieß es seit der 39. Aufl. 1981, das Wissen der unter Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung stehenden Personen werde dem der Partei „gleichgestellt“, vgl. dort § 138 5 A, bzw. seit der 49. Aufl. 1991, auch diese Personen seien „Partei“ im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO, vgl. aktuell *B/L/H/Anders*, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 50. Eine Zurechnung von bloß behauptetem Wissen ist auch hier ersichtlich nicht gemeint.

260 *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1368; vgl. auch *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3237; *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 175.

261 Auch die Verrichtungsgehilfenschaft i. S. v. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB setzt keine tatsächliche „Anleitung und Aufsicht“ voraus; letztere betrifft vielmehr die Sorgfaltspflicht, welcher der Geschäftsherr zu seiner Exkulpation gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nachkommen muss. Jedoch verlangt die Verrichtungsgehilfenschaft Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit des Gehilfen und ein faktisches Direktionsrecht des Geschäftsherrn (vgl. dazu *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, ⁷2017, § 831 Rn. 14), sodass sich immerhin sagen ließe, dass die Verrichtungsgehilfenschaft die *Möglichkeit* zur Anleitung und Aufsicht durch den Geschäftsherrn einschließt.

formuliert werden, dass eine Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen *all jener Personen besteht, für welche die Partei auch nach materiell-rechtlichen Regeln haftet*. In BGH NJW-RR 2016, 1251 ist zuletzt eine solche Akzessorietät von prozessualer Nachforschungspflicht und materiell-rechtlicher Haftung bereits angedeutet worden. Dort wurde eine Nachforschungspflicht hinsichtlich Wahrnehmungen eines Untervermittlers angenommen, welcher nicht unmittelbar von der Partei selbst eingesetzt worden war.²⁶² Ausgehend von der „Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung“-Formel kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass es auf eine Eingliederung in die geschäftliche Organisation nicht ankommt.²⁶³ Wenn der als Erfüllungsgehilfe auftretende Vermittler seinerseits einen Untervermittler als Erfüllungsgehilfen einsetzt, kann sich daraus eine mittelbare Haftung der Partei auch für den Untervermittler ergeben.²⁶⁴ Die Partei soll sich daher ihrer Verantwortung nicht dadurch entziehen, dass sie sich zu Wahrnehmungen des für sie handelnden Vermittlers mit Nichtwissen erklärt.²⁶⁵

„Insofern findet die materiell-rechtliche Haftung [...] ihre prozessuale Fortsetzung in einer Einschränkung der in § 138 IV ZPO vorgesehenen Möglichkeit, die Behauptung des Gegners mit Nichtwissen zu bestreiten.“

Eine weitere Entscheidung aus jüngster Vergangenheit fügt sich in diese Linie: In BGH BeckRS 2019, 18915 hat der VI. Senat entschieden, dass den Haftpflichtversicherer eine Nachforschungspflicht hinsichtlich der Handlungen des Versicherungsnehmers trifft. Wiederum erkennt der Senat, dass diese Nachforschungspflicht nicht mit der Aufsichts-und-Verantwortungs-Formel zu erklären ist, kommt jedoch – nach einer zweifelhaften Überlegung zur Wahrheitspflicht – zu dem Ergebnis, dass der gem. § 115 Abs. 1 VVG akzessorisch für den Schädiger haftende Versicherer mit diesem im gleichen „Lager“ stehe und daher bei diesem Erkundigungen einziehen müsse, bevor er sich mit Nichtwissen erklären kann.²⁶⁶

262 Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c; NJW-RR 2016, 1251, 1252.

263 Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c) bb); NJW-RR 2016, 1251, 1252.

264 Vgl. auch die Entscheidung BGH, Urt. v. 14.3.2003 – V ZR 308/02, II 2b) cc), NJW 2003, 1811, 1813, auf die BGH NJW-RR 2016, 1251, 1252 Bezug nimmt.

265 Vgl. BGH, Urt. v. 22.4.2016 – V ZR 256/14, II 2c) bb); NJW-RR 2016, 1251, 1252.

266 Vgl. BGH Urt. v. 23.7.2019 – VI ZR 337/18, II 2c, BeckRS 2019, 18915.

Das materielle Recht hat den Personenkreis, für den die Partei einzustehen hat, bereits konkretisiert. Eine prozessuale Nachforschungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen und Handlungen Dritter, für welche die Partei materiell-rechtlich haftet, führt zur konsequenten Fortsetzung dieser gesetzlichen Wertungen und entspricht im Übrigen auch dem Willen des historischen Gesetzgebers.

D. Möglichkeit und Zumutbarkeit der Nachforschung

Steht der Wahrnehmungsbereich fest, in dem die Partei Nachforschungen tätigen soll, müssen ihr diese im konkreten Fall auch möglich und zumutbar sein. Unter dem Aspekt der Möglichkeit von Nachforschungen kann die verschuldete Unmöglichkeit derselben diskutiert werden. Im Rahmen der Zumutbarkeit wird der richtige Maßstab exemplarisch an Hand der Frage untersucht, ob Auskunftsansprüche gegenüber ausgeschiedenen Vertretern der Partei im Rahmen der Nachforschungspflicht geltend gemacht werden müssen.

I. Möglichkeit der Nachforschung

Ist der Partei die Nachforschung nicht möglich, etwa weil eine Dokumentation vorprozessual nicht angelegt oder gar vernichtet wurde, stellt sich die Frage, ob ihr dies angelastet werden kann. Die möglichen Lösungsansätze können an Hand zweier Entscheidungen aus der Rechtsprechung verdeutlicht werden.

1. Ausschluss der Erklärung gem. § 138 Abs. 4 ZPO bei unterlassener Dokumentation – KG IBR 2017, 363

Das KG hat in einer jüngeren Entscheidung eine vorprozessuale Dokumentationsobliegenheit des Bestellers hinsichtlich der bestrittenen Vollständigkeit der Leistung des Werkunternehmers angenommen.²⁶⁷ Trägt

²⁶⁷ Vgl. KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde ist gem. § 544 Abs. 6 S. 2 2. HS ZPO ohne Begründung zurückgewiesen worden, vgl. BGH, Beschl. v. 1.2.2017 – VII ZR 172/14, IBR 2017, 363.

der Unternehmer substantiiert an Hand eines eigenen Aufmaßes zum Umfang der Leistung vor, sei ein Bestreiten dieses Aufmaßes ohne konkrete Angabe, welcher Teil der Leistung nicht erbracht sein soll, unsubstantiiert.²⁶⁸ Sei der Besteller jedoch zum substantiierten Bestreiten nicht in der Lage, weil er kein eigenes Aufmaß erstellt hat und nach Vollendung der Arbeit durch Dritte auch nicht mehr erstellen kann, gehe das zu seinen Lasten.²⁶⁹ Rechtzeitig ein eigenes Aufmaß durch seinen Architekten oder die Drittfirmen erstellen zu lassen, hätte ihm oblegen.²⁷⁰ Offenbar soll diese Obliegenheitsverletzung nach Auffassung des KG eine Erklärung mit Nichtwissen ausschließen und zur Zugeständnisfiktion nach § 138 Abs. 3 ZPO führen.

2. Unterlassene Dokumentation nur im Rahmen der Beweiswürdigung relevant – BGH NJW 1996, 315

Anders hingegen der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995: Dort hatte der Vermieter eine Beschädigung der Mietsache durch den seitens der beklagten Behörde eingewiesenen Obdachlosen behauptet, und den Zustand der Wohnung vor und nach der Einweisung dargelegt.²⁷¹ Den ordnungsgemäßen Zustand vor der Einweisung bestritt die Behörde „einfach“, d. h. mit Nichtwissen.²⁷² Der Senat kam zu dem Ergebnis, üblicherweise werde der Zustand der Mietsache bei Besitzeinräumung schriftlich festgehalten, nicht zuletzt deshalb, weil mit behaupteten Ersatzansprüchen wegen Verschlechterung der Mietsache nach Ablauf der Besitzzeit gerechnet werden müsse.²⁷³ Eine unterlassene Dokumentation soll jedoch keine Auswirkung auf die Möglichkeit der Partei haben, „einfach“ respektive mit Nichtwissen zu bestreiten,²⁷⁴ vielmehr sei dem Unterlassen einer gebotenen Beweissicherung im Rahmen der Beweiswürdigung mit Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast Rechnung zu tragen.²⁷⁵

268 KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22.

269 KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22.

270 KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 27 U 152/13, II 2b, juris, Tz. 22.

271 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, NJW 1996, 315.

272 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B I, NJW 1996, 315, 316; vgl. zur gleichgelagerten Entscheidung BGH, Urt. v. 27.9.1951 – IV ZR 155/50, BGHZ 3, 162–178 auch *Blomeyer*, AcP 158 (1959), 97, 100 f.

273 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B II 2, NJW 1996, 315, 317.

274 Vgl. BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B II 1, NJW 1996, 315, 317.

275 BGH, Urt. 9.11.1995 – III ZR 226/94, B II 2, NJW 1996, 315, 317.

3. Keine Zugeständnisfiktion bei verschuldetem Nichtwissen

Die Vorschläge in der Literatur gehen überwiegend mit der Entscheidung des BGH dahin, dass eine verschuldete Unkenntnis nicht zwangsläufig zu einer Zugeständnisfiktion führen soll.²⁷⁶ Eine solch starre Fiktion sei nicht sachgerecht, wenn der Sachverhalt noch anderweitig aufgeklärt werden könne, die Unkenntnis nur auf leichter Nachlässigkeit beruhe und völlig offen sei, ob die andernfalls als zugestanden anzusehende Behauptung wahr ist.²⁷⁷ *Lange* schlägt deshalb vor, die „Erklärungsvereitelung“ gleich den Regeln zur Beweisvereitelung frei zu würdigen, „bis zu einer Umkehr der Erklärungslast“.²⁷⁸ *Ambts* hat dagegen zutreffend eingewandt, dass eine Umkehr der Erklärungslast – im Gegensatz zur Beweislast – nicht möglich ist.²⁷⁹ *Ambts* eigener Vorschlag, stattdessen nur bei besonders groben Sorgfaltspflichtverstößen eine Fiktion nach § 138 Abs. 3 ZPO anzunehmen,²⁸⁰ vermag jedoch schon deshalb nicht zu überzeugen, weil § 138 Abs. 3 ZPO keine Ermessensvorschrift ist.²⁸¹

Richtigerweise ist, dem Grundgedanken *Langes* folgend, das verschuldete Nichtwissen nach den Regeln zur Beweisvereitelung zu behandeln, wobei als *ultima ratio* nur eine *Beweislastumkehr* in Betracht kommt.²⁸² Ein Zugeständnis der gegnerischen Behauptung kann es weder in Form des § 138 Abs. 3 ZPO noch nach § 286 ZPO geben, weil das Verhalten der Partei eine solche Würdigung nicht rechtfertigt. Nur wenn der Partei Angaben möglich sind und sie diese dennoch verweigert, kann daraus geschlossen werden, dass die Erklärung ausbleibt, weil die gegnerische Behauptung zumindest teilweise für richtig gehalten wird und die Verweigerung nur den Sinn hat, dem Gegner zum Beweis zu zwingen. Wer es hingegen unterlässt, eine Dokumentation anzulegen, gibt damit noch nicht zu verstehen, dass er im Prozess aufgestellte gegnerische Behauptungen für richtig

276 *Greger*, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 14; *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239; *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 214, 216. – A. A. *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 184; *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125, vgl. dort auch Anm. 53.

277 *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239; vgl. auch *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 135.

278 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3239.

279 Vgl. *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 216.

280 *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 214, 216.

281 Davon ausgehend jedoch *Ambts* in Anlehnung an *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 238; vgl. dagegen *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 142 und oben Teil II, Kap. 1 A III Anm. 36.

282 Vgl. auch *Greger*, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 14.

hält – er weiß ja gerade nicht darum! Eine Zugeständnisfiktion würde dazu führen, dass die nachlässige Partei der Behauptungswillkür des Darlegungsbelasteten schutzlos ausgeliefert wäre. In Betracht kommen daher nur Beweiserleichterungen für den Darlegungsbelasteten.

Anzumerken ist noch, dass bereits bei der Annahme von vorprozessualen Dokumentationsobliegenheiten ein großes Maß an Zurückhaltung geboten erscheint: So, wie für den Darlegungsbelasteten die Substantiierung seiner Behauptungen nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob Modalitäten zu Zeit, Ort, und Gesprächspartnern vorgetragen werden,²⁸³ darf dem Bestreitenden nicht die Sammlung von Informationen als vorprozessuale Sorgfaltspflicht auferlegt werden, deren „Üblichkeit“ im Ermessen des Richters steht. Dokumentationsobliegenheiten als vertragliche Nebenpflicht sollten nur dort angenommen werden, wo die andere Seite – etwa der Patient in Arzthaftungsfällen – keine entsprechende Sicherung vornehmen kann. Wo es die darlegungs- und beweisbelastete Partei hingegen in der Hand hat, mit Blick auf einen künftigen Prozess selbst Vorsorge zu treffen, kann dem Gegner aus seiner Untätigkeit kein Vorwurf gemacht werden. Vom hier vertretenen Standpunkt wäre daher in den beiden eingangs angeführten Entscheidungen bereits das Bestehen einer Dokumentationsobliegenheit des Bestreitenden abzulehnen gewesen.

II. Zumutbarkeit der Nachforschungspflicht

Eine der Partei in ihrem Wahrnehmungsbereich mögliche Nachforschung findet ihre Grenze in der Zumutbarkeit solcher Bemühungen.²⁸⁴ Eine andere Frage ist,²⁸⁵ was die Partei dem Gericht im Rahmen ihrer Erklärungslast gem. § 138 Abs. 2 ZPO mitteilen muss: So ist etwa fraglich, ob Angaben, welche die Partei dem Risiko einer Strafverfolgung aussetzen würden, zurückgehalten werden dürfen.²⁸⁶ Dieser – hier nicht weiter zu vertiefende – Aspekt kann ebenfalls zu einer Begrenzung der Nachforschungspflicht führen, denn was die Partei nicht mitteilen muss, braucht sie auch nicht zuvor durch Nachforschungen ermitteln.

283 Siehe dazu Teil I, Kap. 1 D II, III.

284 Statt aller *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3238.

285 Differenzierend auch *Hackenberger*, Nichtwissen, 1996, S. 166, 177.

286 Hierzu etwa *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 136 f. m. w. N.

1. Maßstab der Zumutbarkeit von Erkundigungen

Angesichts der Offenheit des Zumutbarkeitsbegriffs und seiner Abhängigkeit vom jeweiligen Einzelfall, lassen sich allgemein verbindliche Kriterien kaum aufstellen.²⁸⁷ Allenfalls kann es darum gehen, eine ungefähre Richtung aufzuzeigen, in welche sich die Aufklärungsbemühungen gleichsam bewegen sollten. Der BGH meinte in einer frühen Entscheidung, die Anforderungen an die Nachforschungspflicht im Rahmen des § 138 Abs. 4 ZPO dürften nicht zu hoch angesetzt werden, da der Norm angesichts der Nachforschungspflicht zu den Wahrnehmungen Dritter bereits ein über ihren Wortlaut hinausgehender Regelungsgehalt beigemessen werde.²⁸⁸ Die Begründung ist misslungen, denn im Nachhinein den als richtig ermittelten Gehalt der Norm wieder einschränken zu wollen, ist unter methodischen Gesichtspunkten unhaltbar und war wohl in erster Linie der Angst vor der eigenen Courage geschuldet.²⁸⁹ Aber auch die in der Literatur verbreitete Gegenansicht, es seien „äußerste Bemühungen“ bei der Nachforschung zu verlangen,²⁹⁰ vermag in dieser Pauschalität nicht zu überzeugen.

Richtigerweise ist zu differenzieren: Steht ausnahmsweise fest, dass sich die Tatsache im Wahrnehmungsbereich der Partei ereignet hat – so etwa in den Fällen des Nicht-mehr-Wissens, wenn die Partei einräumt, einen bestimmten Sachverhalt wahrgenommen, die Wahrnehmungen aber wieder vergessen zu haben –, können allerdings größtmögliche Bemühungen bei der Nachforschung verlangt werden. Die Partei darf nicht allein deshalb den bequemen Weg einer Erklärung nach § 138 Abs. 4 ZPO wählen, nur weil ihr dem Grunde nach unstreitig vorhandenes Wissen gerade nicht präsent ist.

Nur maßvolle Anforderungen sind hingegen an die Nachforschungsbemühungen der Partei zu stellen, wenn sie zur Vermeidung prozessualer Nachteile, so wie regelmäßig, bereits auf die bloße Behauptung der Gegenseite hin tätig werden muss. Dann steht nicht fest, ob die Tatsache sich wirklich in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt hat und die Partei

287 Ähnlich *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 164: Dem Gericht verbleibt ein „nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum“.

288 BGH, Urt. v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, II 1, NJW 1990, 454.

289 Ablehnend auch schon *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3238; *Morhard*, Nichtwissen, 1993, S. 136; *AmbS*, Nichtwissen, 1997, S. 183; *Nicoli*, JuS 2000, 584, 589; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1368.

290 Vgl. *Michel*, JuS 1983, 36, 39; weitere Nachweise bei *AmbS*, Nichtwissen, 1997, S. 183.

sich daher erklären können sollte. Bei einer unbewiesenen, möglicherweise nur vermutungsweise vorgetragen oder gar phantasierten Behauptung können umfangreiche Nachforschungsbemühungen des Gegners nicht erwartet werden.

Probe aufs Exempel für den hier entwickelten Maßstab soll im Folgenden die Frage sein, wann die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen gegenüber Dritten zumutbar ist.

2. Exkurs: Zumutbarkeit von Erkundigungen bei Dritten, insbesondere Geltendmachung materiell-rechtlicher Auskunftsansprüche

Die wohl wichtigste Informationsquelle für die Partei, wenn kein Aktenwissen vorhanden ist, sind Erkundigungen bei Dritten.²⁹¹ Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat vereinzelt,²⁹² dann aber mit dem Beifall eines Teils der Literatur²⁹³ im Prozess des Zessionars gegen den Schuldner die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen gegenüber dem Zedenten im Rahmen der Nachforschungspflicht des Zessionars für zumutbar gehalten. Dagegen hat der III. Senat des BGH in NJW-RR 2017, 1520 im Prozess des Anlegers gegen den Anlagevermittler die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen seitens des beklagten Unternehmens gegenüber ausgeschiedenen Vertretern für unzumutbar erklärt. Allerdings wird dort auch bereits das Bestehen einer Erkundigungspflicht gegenüber ausgeschiedenen Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern ganz grundsätzlich bezweifelt.²⁹⁴ Die ausgeschiedenen Personen stünden der Partei nicht näher als dem Gegner; etwaige Auskunftsansprüche müsse die Partei nicht geltend machen, dies sei ihr nicht zumutbar.²⁹⁵ Als vermeintlicher Beleg

291 Vgl. *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3237.

292 OLG Köln, Urt. v. 14.2.1990 – 13 U 162/89, VersR 1992, 78; LG Lüneburg, Urt. v. 7.1.1999 – 4 S 302/98, MDR 1999, 704; so wohl auch OLG Köln, Urt. v. 12.6.1995 – 18 U 1/95, NJW-RR 1995, 1407 f.; unklar OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.3.2016 – 2 UF 15/16, FamRZ 2016, 1855, 1856 f.

293 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 43; *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 26; *M. Schwab*, ZPR, ⁵2016, S. 141 Rn. 240; so wohl auch *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3238 und *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1367 Anm. 76. – A. A. *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 185.

294 Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1522 f.; ähnlich auch schon BGH, Urt. v. 30.4.2015 – IX ZR 1/13, II 2b) aa), NJW-RR 2015, 1321, 1323; ebenso *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, ⁸2019, § 138 Rn. 9.

295 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523.

für eine fehlende Erkundigungspflicht wird auf eine ältere Senatsentscheidung, BGH NJW 1987, 3123, verwiesen.²⁹⁶ Das nötigt zunächst zu einer Klarstellung: Bei der vermeintlichen Belegstelle BGH NJW 1987, 3123 liegt es nahe, dass es auf Erkundigungen bei dem früheren Geschäftsführer deshalb nicht ankommen sollte, weil dieser bereits vor dem streitgegenständlichen Geschehen ausgeschieden war, also gar keine sachdienlichen Auskünfte hätte geben können.²⁹⁷ An der grundsätzlich bestehenden Erkundigungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmungen von Vertretern und Gehilfen zu Vorgängen während ihrer Tätigkeit für die Partei gibt es keine Zweifel, und deren späteres Ausscheiden vermag daran richtigerweise nicht zu ändern.²⁹⁸ Zwei Entscheidungen des I. und VI. Senats, indem die Erkundigungspflicht ausdrücklich auch auf den ausgeschiedenen Geschäftsführer erstreckt wird,²⁹⁹ hat der erkennende Senat in seiner jüngeren Entscheidung offenbar übersehen.³⁰⁰ Zuletzt hat der VI. Senat eine Nachforschungspflicht hinsichtlich Tatsachen im Wahrnehmungsbereich des mittlerweile ausgeschiedenen Vorstandes wiederum bejaht (auch wenn die Entscheidung sich nicht ganz eindeutig zu der Frage verhält, ob die Erkundigungen direkt bei dem ausgeschiedenen Vertreter erfolgen müssen).³⁰¹

Zustimmung verdient jedoch im Grundsatz die Einschätzung in BGH NJW-RR 2017, 1520, dass unter dem Aspekt der *Zumutbarkeit* die gerichtliche Geltendmachung etwaiger Auskunftsansprüche gegenüber den Dritten abzulehnen sein kann.³⁰² Der Senat führt aus, die möglicherweise langwierige prozessuale Durchsetzung mit nicht absehbarem Erfolg könnte auch unter Abwägung der Interessen des Gegners von der Partei nicht verlangt werden.³⁰³ Dass dann auch die leere Drohung mit einem prozessualen Vor-

296 Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1522 f. – Diese (Fehl-)Zuschreibung findet sich auch schon bei *H. D. Lange*, NJW 1990, 3233, 3234; *AmbS*, Nichtwissen, 1997, S. 137; *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1367 Anm. 67.

297 Vgl. BGH, Urt. 9.7.1987 – III ZR 229/85, 5a, ZIP 1987, 1102, 1104.

298 Siehe oben C I, II und – statt vieler – auch *Dötsch*, MDR 2014, 1363, 1367.

299 BGH, Urt. v. 13.1.1987 – VI ZR 303/85, II 1, NJW 1987, 1193; BGH, Urt. v. 19.4.2001 – I ZR 238/98, II 1, NJW-RR 2002, 612, 613.

300 Vgl. auch *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, ³³2020, § 138 Rn. 16 a. E.

301 BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb), NJW 2020, 1962, 1966 f.: Zur damaligen Organisationsstruktur und Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, den Berichtspflichten und den veranlassten Nachforschungen sei vorzutragen gewesen.

302 So auch schon *AmbS*, Nichtwissen, 1997, S. 185.

303 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523.

gehen nicht zumutbar sein soll,³⁰⁴ ist konsequent. Die Überlegungen des Senats bedürfen jedoch einer Vertiefung: Maßgeblich für Erwägungen zur Zumutbarkeit nach dem oben entwickelten Maßstab ist, ob es sich bei den angeblichen Wahrnehmungen des Vertreters um eine bloße Behauptung handelt (dann nur maßvolle Nachforschungsbemühungen), oder ob bereits feststeht, dass der Vertreter Wahrnehmungen gemacht hat und es insoweit nur noch um den Inhalt seiner Erinnerung geht (dann größtmögliche Bemühungen).

Vor diesem Hintergrund muss gefragt werden, welche Bedeutung der Verweigerungshaltung des Vertreters bei einem Auskunftsverlangen der erklärungsbelasteten Partei beizumessen ist. Dem ersten Anschein nach könnte das Schweigen auf ein entsprechendes Wissen des ausgeschiedenen Vertreters hindeuten. Verallgemeinerungsfähig ist dieser Schluss jedoch nicht. Beispielweise könnte der darlegungsbelastete Kläger behaupten, der ehemalige Vorstand habe während seiner Bestellung von bestimmten Rechtsverstößen in seinem Geschäftsbereich Kenntnis gehabt. Die beklagte Gesellschaft vertreten durch ihren aktuellen Vorstand weiß davon nichts. Ihr ausgeschiedener Vorstand weiß ebenfalls nichts von den angeblichen Rechtsverstößen und könnte sich daher wahrheitsgemäß auch nur so erklären (mithin könnte sich die Gesellschaft auf Nichtwissen berufen). Von einer solchen Erklärung mag der ausgeschiedene Vorstand dennoch mit der Überlegung absehen, dass er sich, sofern sich die Rechtsverstöße noch bewahrheiten sollten, im Innenverhältnis zur Gesellschaft wegen seiner *Unkenntnis* regresspflichtig gemacht haben könnte. Auch andere Motive für eine verweigerte Erklärung sind denkbar; so mag es sein, dass der ausgeschiedene Vertreter sich mit der Gesellschaft überworfen hat und aus diesem Grund jede Zusammenarbeit kategorisch ablehnt. Angesichts dieser möglichen Gründe für eine verweigerte Auskunft kann aus dem Schweigen des ausgeschiedenen Vertreters nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass er über die behaupteten Tatsachen Kenntnis hat. Daher sollte der erklärungspflichtigen Partei auch nicht zugemutet werden, auf die möglicherweise bloß vermutungsweise aufgestellte oder gar phantasierte Behauptung des Gegners hin einen Rechtsstreit mit ihrem ausgeschiedenen Vertreter vom Zaun zu brechen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich der Maßstab für die Zumutbarkeit von Nachforschungsbemühungen danach richtet, ob bereits *feststeht*, dass die Partei oder eine Person, für welche sie haftet, Wahrnehmungen gemacht hat und es nur noch um den Inhalt derselben geht. Dann

304 BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523.

können größtmögliche Bemühungen bei der Nachforschung verlangt werden, bevor sich die Partei auf eine Erklärung mit Nichtwissen zurückzieht. Solange jedoch nur *vermeintliche* Wahrnehmungen eines Dritten in Frage stehen, hinsichtlich derer die Partei eine Nachforschungspflicht trifft, dürfen nur maßvolle Anforderungen an die Erfüllung derselben gestellt werden, da die Partei hier auf die bloße Behauptung des darlegungsbelasteten Gegners hin tätig werden muss. Verweigert der ausgeschiedene Vertreter eine Auskunft gegenüber der erklärungsbelasteten Partei, kann daraus regelmäßig nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass der Vertreter über entsprechendes Wissen verfügt. Mithin ist es der erklärungsbelasteten Partei regelmäßig unzumutbar, Auskunftsansprüche gegen den Vertreter auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Inwieweit diese Überlegungen auch auf die etwaige Durchsetzung von Auskunftsansprüchen gegenüber dem Zedenten übertragbar sind, ist eine Frage der Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten wird man namentlich noch berücksichtigen können, ob es der darlegungsbelasteten Partei möglich ist, den Dritten, in dessen Wissen sie die behauptete Tatsache gestellt hat, als Zeugen zu benennen.³⁰⁵

Schließlich sei noch einmal nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die nichtdarlegungsbelastete Partei, wenn ihre Nachforschungsbemühungen sich im Rahmen des Zumutbaren als erfolglos erweisen, diesbezüglich *keine* Beweislast trifft.³⁰⁶

305 Vgl. auch BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2c) bb), NJW-RR 2017, 1520, 1523; letztlich auch BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb) (3), NJW 2020, 1962, 1967.

306 Tendenziell anders BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, B 2b) bb) (3), NJW 2020, 1962, 1967. Dort wird zunächst – zutreffend – festgehalten, dass die mögliche Benennung des ausgeschiedenen Vertreters als Zeuge eine Nachforschungspflicht des Gegners grundsätzlich nicht obsolet macht. Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Senat anschließend rätioniert, für den Fall, dass der Vertreter von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch mache, dürfe auf Grund einer verfassungsrechtlich gebotenen „fairen Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten“ der eigentlich Darlegungsbelastete nicht schutzlos gestellt werden. Wenn damit gemeint ist, dass das Risiko einer erfolglosen Nachforschung nunmehr beim nichtdarlegungsbelasteten Gegner liegen soll, handelt es sich um keine dem Gesetz entsprechende, sondern willkürliche Umverteilung der Beweislast (vgl. Teil II, Kap. 2 A II). In dem vom Senat entschiedenen Fall wäre im Übrigen auch ein Indizienbeweis für die Kenntnis des Vertreters von den in Frage stehenden Vorgängen in Betracht gekommen.