

Drittes Kapitel: Das Bestreiten negativer Tatsachen

Schon seit langem gilt der Satz *negativa nont sunt probanda* als widerlegt.³⁰⁷ Die sog. Negativentheorie, wonach der Beweis des Nichtvorliegens von Umständen – etwa das Fehlen eines Rechtsgrundes bei der Leistungskondition – nicht verlangt werden kann, findet heute keinen Zuspruch mehr; vielmehr ist auch eine Negative zu beweisen, wenn diese zu einem Tatbestand gehört, für den die Partei nach den allgemeinen Regeln beweisbelastet ist.³⁰⁸ Dennoch nehmen Rechtsprechung und weite Teile der Literatur übereinstimmend an, dass sich bei Behauptungen, die das Nichtvorliegen einer Tatsache zum Gegenstand haben, Besonderheiten hinsichtlich des Bestreitens ergeben sollen:³⁰⁹ Negative Tatsachen seien ohne Mitwirkung des Gegners schwer, wenn nicht sogar unmöglich zu beweisen; daher soll der Gegner negative Tatsachen substantiiert bestreiten müssen. Erst dadurch sei es dem Beweisbelasteten möglich, durch Widerlegung der positiven Angaben den Beweis zu führen. Richtig ist sicher, dass der Gegner eine schlüssige Behauptung bei entsprechendem Wissen, so wie sonst auch, substantiiert bestreiten muss. Zweifelhaft erscheint allein die Prämisse, negative Tatsachen seien nur durch Widerlegung der vom Gegner eingeführten Positiva zu beweisen. Wesentliches Anliegen dieses Kapitels ist es, die den negativen Tatsachen zugeschriebene Sonderrolle zu hinterfragen.

A. *Der eigene Standpunkt: Keine Besonderheiten im Vergleich zu positiven Behauptungen*

Bereits *Brehm* hat den Standpunkt vertreten, dass sich für Behauptungen, die das Nichtvorhandensein einer Tatsache zum Gegenstand haben, keine Besonderheiten hinsichtlich des Bestreitens ergeben.³¹⁰ Hat die Partei etwa das Fehlen einer Vergütungsabrede darzulegen und zu beweisen – Voraussetzung für die übliche Vergütung gem. § 632 Abs. 2 BGB –, kann sie dies

307 *Rosenberg*, Die Beweislast, ⁵1965, S. 330 f.

308 *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, ⁵2016, § 286 ZPO, Rn. 122.

309 Vgl. statt vieler *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

310 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 92–94.

auch ohne Mitwirkung des Gegners schlüssig behaupten: „Es wurde keine Vergütung vereinbart.“ Im Fall der Säumnis des Gegners könnte ein ihr günstiges Urteil ergehen. Ist der Gegner nicht säumig, muss er sich gem. § 138 Abs. 2 ZPO zum behaupteten Fehlen der Vergütungsabrede erklären. Will er bestreiten, muss dies grundsätzlich substantiiert, d. h. mit positiven Angaben geschehen. Das folgt schon aus den allgemeinen Regeln zum Bestreiten, und nicht aus einer vermeintlich besonderen Beweisnot bei negativen Tatsachen.³¹¹

Kein substantiiertes Bestreiten darf von dem Gegner verlangt werden, wenn er sich mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO erklären kann.³¹² So kann das behauptete Fehlen einer Vergütungsabrede von den Erben des Vertragspartners nach Ausschöpfung der Nachforschungsmöglichkeiten durch eine Erklärung gem. § 138 Abs. 4 ZPO streitig gestellt werden. Auch das folgt aus den allgemeinen Regeln.³¹³ Mithin gibt es auch keine seitens des Gegners eingeführten Gegenumstände, die widerlegt werden könnten. Für den Beweisbelasteten ist das aber regelmäßig kein großes Unglück: Auch ohne positive Gegenangaben bleibt der Beweis der negativen Tatsache möglich. Bei einem schriftlichen Vertragsschluss liegt es etwa besonders nahe, die fehlende Vergütungsabrede an Hand der Urkunde zu beweisen. Selbst wenn der Vertrag mündlich geschlossen wurde, steht einer erfolgreichen Beweisführung nichts im Wege: Etwa dann, wenn ein Dritter bei den Vertragsverhandlungen zugegen war und das Fehlen einer Abrede bezüglich der Vergütung glaubhaft bezeugen kann.

In Schwierigkeiten kann die Partei allerdings kommen, wenn sie etwa den Inhalt eines 4-Augen-Gesprächs zu beweisen hat, der Gesprächspartner verstorben oder nicht auffindbar ist und die Gegenseite, in deren Lager der Gesprächspartner stand, sich daher auf Nichtwissen berufen kann³¹⁴ – aber diese Schwierigkeiten bestehen ganz unabhängig davon, ob das Fehlen einer Abrede oder die positive Behauptung derselben bewiesen werden soll.³¹⁵ Dagegen bildet *Guldener* für die vermeintlich besonders große Beweisnot bei sog. unbestimmten negativen Tatsachen folgendes Beispiel:³¹⁶

311 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 94; ähnlich auch schon *Hanack*, AcP 164 (1964), 277, 282 f. (Anm. zu *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963).

312 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 94.

313 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 94.

314 Vgl. dazu *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.

315 Vgl. auch schon *Rosenberg*, Beweislast, ⁵1965, S. 331; *Hanack*, AcP 164 (1964), 277, 281 (Anm. zu *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963); *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 92 f.

316 Vgl. *Guldener*, Beweiswürdigung und Beweislast, 1955, S. 52 f.

Der Onkel verspricht dem Neffen ein Geschenk, wenn dieser während eines Jahres nicht raucht. Unterstellt, dass die Abrede den Neffen in der Beweislast sieht, steht dieser in der Tat vor Schwierigkeiten, weil er jenseits seiner eigenen Wahrnehmungen kein Beweismittel für den gesamten Zeitraum beibringen kann. Man wird jedoch kaum sagen können, diese Schwierigkeiten seien niedriger, wenn ein Geschenk für den Fall ausgelobt wird, dass sich der Neffe bis zu einem bestimmten Alter dreimal täglich die Zähne putzt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beweisführung in diesen Fällen – unabhängig davon, ob es sich um Positiva oder Negativa handelt – keineswegs unmöglich ist. Bei einem Geschehen, dass die Gegenseite mit Nichtwissen bestreiten darf, hat der ursprüngliche Anspruchsinhaber die Möglichkeit, seinen Anspruch abzutreten und dann im Prozess des Zessionars selbst als Zeuge aufzutreten.³¹⁷ Eine andere Frage ist es, ob sich das Gericht an Hand dieses Beweismittels von dem behaupteten Geschehen überzeugen kann,³¹⁸ und auch sie stellt sich ganz unabhängig davon, ob es sich um ein Geschehen oder Nichtgeschehen handelt.

B. Die herrschende Doktrin: Der Beweis negativer Tatsachen als Sonderfall

Nach der herrschenden Doktrin soll die Mitwirkung des Gegners für den Erfolg des Beweises zwingend notwendig sein, wenn es sich um eine negative Tatsache handelt. Die Prämisse, von welcher diese Anschauung ausgeht, lautet: Der Beweis einer negativen Tatsache könne nur durch Widerlegung *sämtlicher denkbarer* positiver Gegenstände erbracht werden.³¹⁹ Daher sei die Beweisbarkeit einer Negativen schwer,³²⁰ in der Regel unmöglich.³²¹ Ganz überwiegend wird dieser Glaubenssatz an Hand zweier

317 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – VI ZR 234/17, II 2b, NJW 2019, 607, 608. – Ob es den Umweg über die Abtretung bedarf, oder eine Parteianhörung und gegebenenfalls eine Parteivernehmung von Amts wegen in Betracht kommt, ist streitig, vgl. dazu *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.

318 Vgl. *Paulus*, Lehrbuch, ⁶2017, S. 32 Rn. 66.

319 Vgl. etwa *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Ahrens*, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, § 284 Rn. 14; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 30 f.

320 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Ahrens*, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 131.

321 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 43.

Musterfälle zu veranschaulichen versucht.³²² Die Rechtsgrundlosigkeit i. S. d. § 812 BGB und die fehlende Kenntnis bestimmter Umstände, welche in zahlreichen Tatbeständen vorausgesetzt wird. Das Fehlen eines Rechtsgrundes muss der Bereicherungsgläubiger – jedenfalls bei der Leistungskondition – darlegen und beweisen. Dies sei ihm jedoch für sich genommen unmöglich, weil er dann *jeden* denkbaren Rechtsgrund widerlegen müsse.³²³ Die gleiche Schwierigkeit wird auch bei dem Beweis fehlender Kenntnis befürchtet: Es könne nicht bewiesen werden, dass zu *jedem* denkbaren Zeitpunkt in der Vergangenheit die Kenntniserlangung ausgeschlossen sei.³²⁴ Die Lösung für diese – sich aus der Prämisse ergebenden – Unbilligkeit soll sein, dass der Gegner seinem Bestreiten eine positive Gegendarstellung zu Grunde legen muss.³²⁵ *Jetzt erst* soll der Beweisbelastete nicht mehr sämtliche denkbare positive Gegenstände widerlegen müssen, sondern darf sich auf die Widerlegung des durch den Gegner behaupteten konkreten Positivums beschränken.³²⁶ So sei es Sache des Gegners, einen bestimmten Rechtsgrund oder die Aufklärung über einen bestimmten Punkt positiv zu behaupten, woraufhin der Beweis durch Widerlegung des Positivums überhaupt erst möglich werde.³²⁷

C. Die Kritik an der Sonderfall-These

Richtig ist an dieser Lehre nur das Ergebnis: Der Gegner muss, wenn er kann, substantiiert bestreiten; zweifelhaft sind hingegen die Überlegungen, welche diesem Ergebnis zu Grunde gelegt werden. Wer etwa beweisen muss, beim Gebrauchtwagenkauf vom Verkäufer über einen Vorschaden nicht aufgeklärt worden zu sein, kann sich richterweise darauf beschränken, einen Zeugen anzubieten, der bei Besichtigung und Vertragschluss zugegen war. Nach der Gegenansicht müsste die Partei beweisen, auch zu *keinem anderen Zeitpunkt* vor Vertragsschluss aufgeklärt worden zu sein. Demnach wäre der Beweisbelastete immer auf den Gegner angewie-

322 Vgl. statt vieler *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

323 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

324 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13.

325 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Abrens*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, Vor § 286 Rn. 131 f.; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 62 f.

326 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 13; *Abrens*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, ⁴2013, vgl. § 284 Rn. 13 und Vor § 286 Rn. 132; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 63.

327 *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 63.

sen, der positive Angaben zum Zeitpunkt der angeblichen Aufklärung machen soll und so erst dem Beweisbelasteten die Widerlegung der angeblichen Aufklärung zu einem konkreten Zeitpunkt etwa mittels eines Alibis ermöglicht. Nach dieser Ansicht wäre der Negativbeweis mithin immer dann unmöglich, wenn die Gegenseite sich gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären kann – so etwa der Inhaber des Autohandels nach erfolglosen Nachforschungsbemühungen bei seinem ausgeschiedenen Vertriebsmitarbeiter. Da es dann keine Beschränkung auf einen konkreten Zeitpunkt gibt, an dem die angebliche Aufklärung stattgefunden haben soll, bliebe der Beweisbelastete in der misslichen Lage, die fehlende Aufklärung über den Mangel für jeden denkbaren Zeitpunkt vor Vertragschluss beweisen zu müssen.

Die entscheidende Frage ist, ob es im Prozess das Ausschließen sämtlicher Positiva bedarf, um das Negativum als erwiesen ansehen zu können. Um absolute Sicherheit hinsichtlich des Negativums zu erreichen, müssten in der Tat sämtliche positiven Gegenstände widerlegt werden; man spricht von einem apagogischen Beweis.³²⁸ Eben diese vollständige Sicherheit braucht es aber nicht, um sich im Prozess eine Überzeugung vom (Nicht-)Vorliegen einer Tatsache zu bilden. Das Gesetz kennt keine Apagogik. Bekanntermaßen genügt vielmehr ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.³²⁹ Letzteres gilt gerade auch für den indirekten Beweis negativer Tatsachen. *Engisch* bemerkt dazu treffend:³³⁰ „Reine abstrakte Möglichkeiten, extreme Zufälle scheiden wie Wunder für den juristischen Indizienbeweis aus. Der Jurist muss sich stets streng an das Erfahrungswissen halten.“ Für die Widerlegung unwahrscheinlicher Gegenstände ist dies besonders eingängig, trifft aber auch auf solche Fälle zu, in denen das Vorliegen von Gegenständen nicht ganz unwahrscheinlich ist: Die abstrakt denkbaren Alternativen müssen nicht vollständig ausge-

328 *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 25. – In Wahrheit vermag auch der Apagoge keine vollständige Gewissheit zu vermitteln, sondern entfaltet nur eine vom Erkenntnishorizont abhängige Binnenlogik; einschränkend auch *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 26.

329 Vgl. *Paulus*, ZPR, 62017, S. 165 Rn. 431.

330 *Engisch*, Logische Studien, 1943, S. 75. – Vgl. auch *Rosenberg*, Beweislast, 1965, S. 181: Der Richter kann sich seine Überzeugung bilden „unbekümmert darum, daß im unerschöpflichen Gebiete der Möglichkeiten die Annahme des Gegenteils selbstverständlich nicht undenkbar ist.“

geschlossen werden – es genügt in den Worten *Engischs*, diejenigen Möglichkeiten auszuschalten, „die sich gerade nach Lage der Dinge anbieten.“³³¹

Wer also beweisen muss, beim Gebrauchtwagenkauf vom Verkäufer über einen Vorschaden nicht aufgeklärt worden zu sein und hierfür einen Zeugen anbietet, der bei Besichtigung und Vertragsschluss zugegen war, braucht nicht zusätzlich Beweis dafür antreten, dass er auch zu keinem anderen Zeitpunkt vor Vertragsschluss aufgeklärt wurde oder in irgendeiner Weise zufällig von dem Schaden Kenntnis erhalten hat, denn letzteres drängt sich nach den Umständen nicht auf. Und wenn der getäuschte Käufer dann nach einer Arglistanfechtung den Kaufpreis beim Verkäufer kondizieren will, wäre es abwegig, zur Überzeugung des Gerichts hinsichtlich der Rechtsgrundlosigkeit auch die Widerlegung aller anderen abstrakt möglichen Rechtsgründe für ein Behaltendürfen des Geldes zu verlangen.³³²

Die Sonderfall-These zu den negativen Tatsachen beruht auf der falschen Prämisse, ohne Mitwirkung des Gegners sei ein Beweis der Negativen nur durch Ausschluss aller denkbaren positiven Gegenumstände möglich. Die Unbilligkeit dieser These zeigt sich immer dann, wenn der Gegner sich einer Mitwirkung enthalten darf, weil ihm eine Erklärung mit Nichtwissen möglich ist. In Wahrheit bedarf es mitnichten der Widerlegung sämtlicher denkbaren Gegenumstände, sondern nur derjenigen, die nach den Umständen des Einzelfalls ernsthaft in Betracht zu ziehen sind.³³³ Nicht weniger, aber auch nicht mehr ist notwendig, um vernünftigen Zweifeln Schweigen zu gebieten.

D. Exkurs: Die Negativentheorie vor der Rückkehr?

Die herrschende Doktrin, wonach ein substantiiertes Bestreiten des Gegners bei negativen Tatsachen stets geboten sein soll, da nur so statt der unmöglichen Widerlegung sämtlicher denkbaren Gegenumstände nun eine Widerlegung der konkreten Angaben des Gegners den Beweis möglich

331 *Engisch*, Logische Studien, ¹1943, S. 80.

332 Vgl. auch *Guldener*, Beweiswürdigung und Beweislast, 1955, S. 53: Der Beweisbelastete muss nachweisen, aus welchem Rechtsgrund geleistet wurde und weshalb dieser konkrete Rechtsgrund nicht besteht.

333 Ähnlich auch schon *Hanack*, AcP 164 (1964), 277, 281 (Anm. zu *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963), der darauf hinweist, dass eine etwaige Beweisnot durch die Erfahrungssätze des täglichen Lebens in erheblichem Maße behoben werde.

make, ist ihrer Prämisse nach fehlerhaft. Sie erweist sich im Ergebnis jedoch regelmäßig als unschädlich, denn ein substantiiertes Bestreiten ist bei entsprechender Kenntnis des Gegners richtigerweise nach den allgemeinen Regeln ohnehin geboten. Das mag erklären, weshalb die Sonderfall-These weithin bedenkenlos hingenommen wird. Dennoch ist die Kritik hieran kein selbstgenügsames Glasperlenspiel: In jüngerer Vergangenheit hat sich vermehrt gezeigt, dass die vermeintlich besonders große Schwierigkeit des Negativbeweises die Gerichte zu einer *Umkehr* der Darlegungslast und damit zu einer faktischen Rückkehr zur Negativentheorie verleitet.³³⁴

I. Die *Montezuma*-Entscheidung BGH GRUR 2009, 942

Es wurde bereits gezeigt, dass der Beweisbelastete bei Positiva und Negativa gleichermaßen in Schwierigkeit geraten kann, wenn sich der Gegner zu der fraglichen Behauptung mit Nichtwissen erklären darf. Es erscheint zweifelhaft, ob dem Beweisbelasteten hier in seiner unglücklichen Lage geholfen werden kann – etwa durch eine Absenkung des Beweismaßes³³⁵ – ohne dass dies auf Kosten des nicht minder schutzbedürftigen Gegners geschieht. Letzteres hat der BGH jedoch in jüngerer Vergangenheit auf dem Gebiet des Urheberrechts für billig empfunden und ist dabei sogar über eine bloße Beweismaßreduktion hinausgegangen. Gemeint ist die sog. *Montezuma*-Entscheidung des I. Senats: Dort behauptete die Klägerin, nach Wiederentdeckung der *Montezuma*-Oper *Vivaldis* die Komposition erstmals veröffentlicht und daher gem. § 71 UrhG Leistungsschutzrechte erworben zu haben.³³⁶ Deren Verletzung lastete sie einem Konzertveranstalter an, welcher mit der Aufführung des Werks begonnen hatte.³³⁷ Entscheidend war, ob die Komposition seit ihrer Entstehung nicht zu irgendeinem späteren Zeitpunkt erschienen ist.³³⁸ Hierfür ist nach dem Gesetz derjenige darlegungs- und beweisbelastet, welcher das Nichterschienensein behauptet. Offenkundig stellt sich Darlegung und Beweis des Nichterschienenseins bei einem langen Zeitraum als schwierig dar. Allerdings steht auch der Gegner dem Geschehen nicht näher als der Beweisbelastete und kann sich

334 Vgl. auch *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 127.

335 So etwa *Rosenberg*, Beweislast, ⁵1965, S. 153.

336 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942.

337 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942.

338 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3, GRUR 2009, 942, 943.

hinsichtlich des Nichterschienenseins gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären.

Ausgangspunkt der Entscheidung müsste sein, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast unbedingt anerkannt wird: Derjenige, der sich auf das Nichterschienensein beruft, ist in der Pflicht. Er kann nach einer kursorischen Recherche das Nichterschienensein vermutungsweise behaupten und unter Sachverständigenbeweis stellen. Das Sachverständigengutachten hat dazulegen, in welcher Form ein Erscheinen des Werks typischerweise zu erwarten wäre und dass in den einschlägigen Fundstellen kein Anhaltspunkt für ein Erscheinen festgestellt wurde. Dann stellt sich die Frage nach der Überzeugungskraft des Gutachtens, da bei einem Zeitraum von mehreren Jahrhunderten nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine Veröffentlichung übersehen wurde. Allein, absolute Sicherheit ist auch hier nicht notwendig, und es ist denkbar, dass sich das Gericht abhängig von der Methode des Gutachtens und dem Rechercheaufwand vom Nichterschienensein überzeugen kann. Gelingt es dem Beweisbelasteten jedoch nicht, dem Gericht die notwendige Überzeugung zu verschaffen, ist der gesetzlichen Risikozuweisung eines *non liquet* Folge zu leisten: Derjenige, der das Nichterschienensein behauptet, verliert den Prozess.³³⁹ Das ist – wie jede andere Beweislastentscheidung auch – kein völlig befriedigendes Ergebnis. Das gleiche Schicksal trifft aber etwa auch denjenigen, der aus eigenen Wahrnehmungen sicheres Wissen zu einem Geschehen hat, das Gericht hiervon jedoch mangels entsprechender Beweismittel nicht zu überzeugen vermag; man wird nicht sagen können, dass eine *non-liquet*-Entscheidung des Falles, in dem der Beweisbelastete um das Nichterschienensein selbst nicht weiß, sondern letzteres bloß vermutet, in einem höheren Maße das Gerechtigkeitsempfinden stört. Endlich würde auch eine Umverteilung der Beweislast dergestalt, dass der Gegner das positive Erschienensein zu beweisen hat, im Fall eines *non-liquet* gleichermaßen unbefriedigend sein; eine derartige Risikozuweisung wollte der Gesetzgeber zudem gerade nicht.

Anders jedoch der BGH: Die Lösung des I. Senats besteht darin, dem *Gegner* die Pflicht aufzuerlegen, eine Veröffentlichung substantiiert zu behaupten.³⁴⁰ Aus Beweisschwierigkeiten gerät der eigentlich Darlegungsbe-

339 So auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.1.2007 – 20 U 112/06, II 2, BeckRS 2007, 8362; vgl. auch schon *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 129: Statt einem „allzu kreativen Umgang mit dem geltenden Recht“ ein „handwerklich sauber(er) Rückgriff“ auf die Regeln des *non liquet*.

340 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a) bb), GRUR 2009, 942, 943.

lastete nun in eine komfortable Lage: Er kann abwarten, ob es dem Gegner gelingt, durch eine aufwendige Recherche der bloßen Vermutung, das Werk sei nicht erschienen, etwas entgegenzusetzen. Dazu führt der Senat aus:³⁴¹

„Da es in aller Regel schwierig ist, darzulegen und nachzuweisen, dass ein Werk nicht erschienen ist, kann er sich allerdings zunächst auf die Behauptung beschränken, das Werk sei bislang nicht erschienen. Es ist dann Sache der Gegenseite, die Umstände darzulegen, die dafür sprechen, dass das Werk doch schon erschienen ist. Der Anspruchsteller genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er diese Umstände widerlegt.“

Das ist nichts anderes als eine Umkehr der Darlegungslast. Der Konzertveranstalter hat keine eigenen Wahrnehmungen zu einer Veröffentlichung der streitgegenständlichen Komposition in einem Zeitraum von mehr als zwei Jahrhunderten. Hier steht der Gegner dem Geschehen also auch nicht näher als die eigentlich darlegungsbelastete Partei, soll aber dennoch zur Ermittlung eines Sachverhalts gezwungen werden, der sich gar nicht in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt hat.³⁴² Damit wird ihm das beträchtliche Risiko zugeschoben, eine in Vergessenheit geratene Erscheinung bei der Recherche nicht zu entdecken, was auch der Senat erkennt.³⁴³ Gerechtfertigt wird das mit einem Verweis auf die herrschende Doktrin zu den negativen Tatsachen:³⁴⁴ Deren Beweis sei hier „nahezu“ – also nicht vollständig³⁴⁵ – unmöglich, wenn nicht der Gegner Umstände behauptet, die der eigentlich Darlegungsbelastete dann widerlegen kann. Auch wenn man die zweifelhafte Berechtigung dieser Doktrin einmal dahinstehen lässt – der Senat scheint in seinen Erwägungen zu übersehen, dass damit ausschließlich Fälle gemeint sind, in denen der Gegner ohne Weiteres positive Gegenangaben machen kann. Hier aber steht der Gegner dem Geschehen fern, könnte sich eigentlich mit Nichtwissen erklären, und soll stattdessen die geforderten Gegenangaben zu einem Erscheinen des Werkes durch ein teures Privatgutachten ermitteln lassen. Es geht daher nicht um ein substantiiertes Bestreiten, wie der Senat glauben machen will, sondern um eine echte Umkehr der Darlegungslast.

341 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a, GRUR 2009, 942, 943.

342 Vgl. auch schon *Götting/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2006, 638, 644.

343 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a) bb), GRUR 2009, 942, 943.

344 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3a) bb), GRUR 2009, 942, 943.

345 Ebenso *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 127.

In der *Montezuma*-Entscheidung machte sich die den Beklagten benachteiligende Umverteilung der Darlegungslast im Ergebnis nicht bemerkbar: Dort drang der Konzertveranstalter mit der Argumentation durch, bei den zur Uraufführung im Jahr 1733 verteilten Notenblätter und dem beim Opernhaus hinterlegten Exemplar handele es sich um Ersterscheinungen.³⁴⁶ Das dürfte auch der Grund für die wenig differenzierten Überlegungen zur Darlegungslast seitens des BGH sein. Dass der außerhalb des Geschehens stehende Gegner positive Gegenstände ermitteln soll, läuft auf eine Umkehr der Darlegungslast hinaus; darin liegt letztlich eine Rückkehr zur Negativentheorie.³⁴⁷ Ursächlich dafür ist die verfehlte Prämisse, negative Tatsachen seien ohne Mitwirkung des Gegners besonders schwer, wenn nicht unmöglich zu beweisen – sie verleitet zur Überkompensation auf Kosten des Gegners.

II. „Eine eigenständige prozessuale Rechtsfigur“ – Die Entscheidungen des OLG Celle im Kapitalanlagerecht

Ähnliche Überkompensationserscheinungen zeigten sich zuletzt gleich in mehreren Entscheidungen des OLG Celle. Dort hatte der klagende Kapitalanleger darzulegen und zu beweisen, dass ein Prospekt zur Wertanlage nicht rechtzeitig übergeben worden sei. Das OLG vermisste seitens der beklagten Bank Angaben, wann genau, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise ihr Anlageberater den Prospekt übergeben haben wollte.³⁴⁸ Dass die Erkundigungsbemühungen der Bank bei ihrem früheren Vermittler erfolglos geblieben waren, sei anders als sonst nicht von Bedeutung, denn negative Tatsachen dürfe der Gegner grundsätzlich nicht mit Nichtwissen bestreiten.³⁴⁹ Die Erwägungen kulminieren in dem Ergebnis:³⁵⁰

„Das Nichtvorliegen einer – negativen – Tatsache zu bestreiten, ist dem Anspruchsgegner nur erlaubt, wenn er aus eigener Kenntnis oder aufgrund von Nachforschungen positiv behaupten kann, dass die Tatsache eingetreten ist (vgl. nochmals BGH, Beschluss vom 10. Februar 2011, a. a. O.). Ist er dazu – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage, trifft ihn die gleiche prozessuale Folge, die sonst einen An-

346 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 19/07, II 3b, GRUR 2009, 942, 944 f.

347 Ähnlich auch schon *Rüberg*, ZUM 2006, 122, 127.

348 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) ee), BeckRS 2016, 17035.

349 OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

350 OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

spruchsteller trifft, der nicht alle Tatbestandsmerkmale des einschlägigen Anspruchstatbestandes darlegen kann: Sein Vortrag wird als un schlüssig bzw. unerheblich behandelt. Zu seinem Nachteil ist dann davon auszugehen, dass die darzulegende – positive – Tatsache nicht vorliegt.“

Das führt zu einer Umkehr der Darlegungslast: Statt des Anlegers soll die Bank für die Rechtzeitigkeit der Aufklärung darlegungsbelastet sein. Deutlich reflektierter als noch der BGH in der *Montezuma*-Entscheidung stellt das OLG Celle fest, wenn der Gegner die Behauptung einer negativen Tatsache nicht hinnehmen wolle, treffe ihn „eine eigene Darlegungslast, nicht nur eine Bestreitenslast“, und zwar unter Ausschluss der sonst eigentlich möglichen Erklärung mit Nichtwissen.³⁵¹ Diese Darlegungslast gegenüber negativen Tatsachen sei eine „eigenständige prozessuale Rechtsfigur“.³⁵²

Für eine solche Umverteilung der Darlegungslast gibt es indessen keine Stütze im Prozessrecht.³⁵³ Das OLG Celle verweist auf die – vermeintlichen – Schwierigkeiten beim Nachweis negativer Tatsachen und eine – vermeintlich – einschlägige Entscheidung des BGH. Jene Entscheidung enthält tatsächlich auch eine undeutliche Stelle,³⁵⁴ bei näherer Betrachtung fällt jedoch auf, dass der BGH dort ausdrücklich die Entscheidung der Vorinstanz stützen wollte.³⁵⁵ Die Vorinstanz aber hat eine Erklärung mit Nichtwissen gegenüber negativen Tatsachen nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil: Sie hat die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen Erklärung ausdrücklich bejaht, die Voraussetzungen des § 138 Abs. 4 ZPO geprüft und nur mangels ausreichender Nachforschungsbemühungen im konkreten Fall abgelehnt.³⁵⁶

Zweifel mögen dem OLG Celle in einer Reihe nachfolgender Entscheidungen selbst gekommen sein: Dort meinte das OLG, es gebe einen „höchststrichterlich verfassten Rechtssatz“ dahingehend, dass ein Bestreiten mit Nichtwissen gegenüber negativen Tatsachen unzulässig sei. Zwar sei es

351 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

352 OLG Celle, Urt. v. 22.9.2016 – 11 U 13/16, II 1c) dd), BeckRS 2016, 17035.

353 Ablehnend zur gleichgelagerten Nachfolgentcheidung auch *Krupp*, EWiR 2017, 431, 432 (Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017 – 11 U 96/16).

354 Dort heißt es, die von der Beschwerde angeführte Rechtsprechung, wonach ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist, wenn die Partei ihre Nachforschungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat, beziehe sich nicht auf den „Sonderfall“ des Bestreitens einer negativen Tatsache, vgl. BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 45/08, 1a, BeckRS 2011, 4467.

355 Vgl. BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 45/08, 1a, BeckRS 2011, 4467.

356 OLG Jena, Urt. v. 13.2.2008 – 7 U 147/07, BeckRS 2011, 4468.

zutreffend, dass der BGH diesen Rechtssatz nicht begründet habe, dennoch müsse der Senat ihm folgen.³⁵⁷ Für die unterlegene Partei muss es geradezu gespenstisch erschienen sein, dass sich ein Oberlandesgericht zur Gefolgschaft eines ungeschriebenen, darüber hinaus aber auch *nicht begründbaren* (weil nichtexistenten) Rechtssatzes verpflichtet fühlte. Mittlerweile hat der III. Senat des BGH dem Schrecken ein Ende bereitet:³⁵⁸ Die – vermeintlichen – Schwierigkeiten des Negativbeweises rechtfertigen keine Umkehr der Darlegungslast; es bleibt bei der Darlegungs- und Beweislast des Anlegers. Die Bank kann sich nach Ausschöpfung ihrer Nachforschungsmöglichkeiten mit Nichtwissen erklären.³⁵⁹

III. „Erkennbar falsch“ – Kein Absehen von der Verschuldensvermutung wegen vermeintlicher Schwierigkeit des Negativbeweises

Während das OLG Celle meinte, dem klagenden Kapitalanleger helfen zu müssen, hielt das OLG München die beklagte Bank für besonders hilfsbedürftig;³⁶⁰ Dort hätte es der Bank obliegen, das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutete Verschulden gem. § 292 ZPO zu widerlegen. Das OLG hielt jedoch trotz der gesetzlichen Vermutung den Kapitalanleger in der Pflicht, zunächst Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Verhalten der Bank darzubringen, da der Bank ein Negativbeweis hinsichtlich des Fehlens des Vorsatzes abverlangt werde.³⁶¹ Das ist, wie *Elzer* anmerkt, „erkennbar falsch“, und führte zur Aufhebung durch den BGH.³⁶² Offenbar verleitete hier das Dogma von der vermeintlichen Schwierigkeit des Negativbeweises das Gericht dazu, die ausdrückliche gesetzliche Vermutung zu ignorieren – dabei ist im konkreten Fall nicht einmal ersichtlich, worin genau die Schwierig-

357 OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017 – 11 U 96/16, II 2a) cc), EWiR 2017, 431, 432; v. 22. 6.2017 – 11 U 147/16, BeckRS 2017, 114249; v. 27.7.2017 – 11 U 142/16, BeckRS 2017, 118863.

358 BGH, Urt. v. 4.10.2018 – III ZR 213/17, II 2, WM 2018, 2175, 2177; BGH, Urt. v. 19.10.2017 – III ZR 565/16, II 2b, NJW-RR 2017, 1520, 1522.

359 BGH, Urt. v. 4.10.2018 – III ZR 213/17, II 2, WM 2018, 2175, 2177; vgl. auch schon *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126 f.

360 Vgl. BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16, I, II 2b, BKR 2019, 51, 52.

361 Vgl. BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16, I, II 2b, BKR 2019, 51, 52.

362 Vgl. *Elzer*, FD-ZVR 2018, 408261 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16).

keit der Bank bestehen soll, sich durch Benennung ihrer Mitarbeiter als Zeugen zu entlasten.³⁶³

IV. Ergebnis zur Sonderrolle der negativen Tatsachen

Der Beweis negativer Tatsachen ist regelmäßig weder schwerer noch leichter zu erbringen als der Beweis positiver Tatsachen. Er setzt nicht voraus, dass sämtliche denkbare positive Gegenumstände widerlegt werden. Dementsprechend ist für eine erfolgreiche Beweisführung auch eine Eingrenzung auf konkrete Gegenumstände durch den Gegner nicht zwingend erforderlich. Andernfalls wäre der Negativbeweis immer dann unmöglich, sobald sich die Gegenseite mit Nichtwissen erklären kann. Letzteres sollte der herrschenden Meinung Anlass sein, ihre zweifelhafte Prämisse zu überdenken. Bleibt es bei der vermeintlichen Sonderrolle, wird diese Doktrin auch in Zukunft zu Überkompensationen verleiten, namentlich zu dem Schluss, die vermeintlich mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen besonders großen Schwierigkeiten seien dadurch auszugleichen, dass die im Gesetz vorgesehene Verteilung der Darlegungslast umgekehrt wird.

363 Vgl. auch *Elzer*, FD-ZVR 2018, 408261 (Anm. zu BGH, Beschl. v. 5.6.2018 – XI ZR 388/16).

