

Zweites Kapitel: Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen

Der einzige Maßstab, dem die Substantiierung nach der Rechtsprechung des BGH genügen muss, ist die Möglichkeit des Gerichts zur Schlüssigkeitsprüfung. Sind die Behauptungen schlüssig vorgetragen, muss sich der Gegner hierzu gem. § 138 Abs. 2 ZPO erklären. Bestreitet er, wird über die Behauptung Beweis erhoben. Ausnahmsweise jedoch muss sich der Gegner gegenüber einer schlüssigen Behauptung nicht erklären und auch die Beweisaufnahme unterbleibt: Das ist der Fall, wenn der Darlegungsbelastete Tatsachen schlüssig, aber ohne jeglichen Anhaltspunkt, gleichsam aufs Geratewohl behauptet.

A. *Ausforschungsbeweis, Beweisermittlungsantrag und Geratewohl- Behauptungen*

Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen wird häufig als Teilaspekt des sog. Ausforschungsbeweises aufgefasst. Jede Beschäftigung mit diesem Topos beginnt mit der Feststellung, dass damit eine Anzahl durchaus unterschiedlicher prozessualer Konstellationen in Verbindung gebracht werden.¹⁶⁵ Hier soll geklärt werden, ob Tatsachenbehauptungen substantiiert, aber willkürlich, das heißt ohne Anhaltspunkte für ihre Richtigkeit aufgestellt werden dürfen. Zur Abgrenzung ist diesen Geratewohl-Behauptungen die Konstellation des sog. Beweisermittlungsantrags vorangestellt.

I. Unsubstantiiertes Tatsachenvortrag: Der Beweisermittlungsantrag

Der Beweisermittlungsantrag meint eine Konstellation, in der die Partei sich die notwendigen Tatsachen für ihren Vortrag erst durch die Beweisaufnahme zu verschaffen versucht. Als Beispiel kann die Behauptung dienen: „Das Bauwerk weist Mängel auf; Beweis: Sachverständigengutachten.“¹⁶⁶ Dass ein solcher Beweisantrag unzulässig ist, ergibt sich schon da-

165 Statt aller *Chudoba*, *Ausforschungsbeweis*, 1993, S. 46–55, mit Überblick zu den Kategorisierungsversuchen der Literatur.

166 *Gremmer*, MDR 2007, 1172, 1173.

raus, dass mangels Tatsachenvortrages die Schlüssigkeit desselben nicht geprüft werden kann.¹⁶⁷ Ob ein Beweisermittlungsantrag anzunehmen ist, hängt mithin von den Anforderungen an die Substantiierung des unter Beweis gestellten Tatsachenvortrags ab.¹⁶⁸ Jeder unsubstantiierte Vortrag, der mit einem Beweisantrag schließt, läuft auf einen Ausforschungsbeweis hinaus.¹⁶⁹ Die Einordnung als Frage des Beweisrechts kann insofern bezweifelt werden.¹⁷⁰ Um unsubstantiierte Behauptungen geht es im Folgenden nicht.

II. Substantiiertes, aber willkürlicher Tatsachenvortrag: Die Geratewohl-Behauptungen

Von den unsubstantiierten Behauptungen, die gewissermaßen reflexhaft mit einem Ausforschungsbeweis enden, sind die sog. Geratewohl-Behauptungen zu unterscheiden. Gemeint sind schlüssige, aber willkürlich aufgestellte Tatsachenbehauptungen, über die Beweis erhoben werden soll.¹⁷¹ In diesem Fall wird spekulativ eine substantiierte Tatsachenbehauptung aufgestellt, für deren Richtigkeit es jedoch keinen Anhaltspunkt gibt. Ein klassisches, wenn auch mittlerweile überholtes Beispiel ist die spekulative Behauptung des Zahlvaters, das auf Unterhalt klagende Kind stamme nicht von ihm, die Kindesmutter habe während der Empfängniszeit mit einem anderen – nicht näher benannten – Mann verkehrt, worüber die Kindesmutter als Zeugin vernommen werden soll.¹⁷² Der fehlende Ver-

167 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 82 f.

168 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, § 284 Rn. 52.

169 Vgl. auch *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 247; *Eschelbach/Geipel*, ZAP, Fach 13, 2010, 1669, 1679.

170 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 82 f.; *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 31 Rn. 27.

171 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 73; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 14 f. Grundlegend für die Einordnung der Geratewohl-Behauptungen als Fallgruppe des Ausforschungsbeweises neben der des Beweisermittlungsantrages auch schon OLG Freiburg, Beschl. v. 7.4.1952 – 2 W 9/52, JZ 1953, 229, 230.

172 Aus der Rechtsprechung zur willkürlichen Mehrverkehrsbehauptung i. S. v. § 1717 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. ist die Doktrin des Ausforschungsverbotes für Geratewohl-Behauptungen maßgeblich entwickelt worden, vgl. *Söllner*, Beweisantrag, 1972 S. 209 Anm. 2. Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 8 f. und *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 21–29. Seit dem Jahr 2008 konstituiert § 1598a BGB einen Anspruch auf Einwilligung und Duldung einer Abstammungsuntersuchung, der bewusst keine

pflichtungsgrund zur Unterhaltszahlung ist durch den behaupteten Mehrverkehr schlüssig dargelegt, auf den Namen des angeblichen Vaters sowie Zeit und Ort des angebliche Verkehrs kommt es insoweit nicht an: Was mit Mehrverkehr gemeint ist, bedarf keiner weiteren Erklärung und die Umstände desselben sind keine Substantiierung, sondern bloßes Kolorit.¹⁷³ Vordergründig zielt der Beweisantrag bei Geratewohl-Behauptungen nicht auf die Ermittlung von Tatsachen, welche die Behauptung erst schlüssig machen;¹⁷⁴ ausgeforscht wird vielmehr die Beweisbarkeit der substantiierten, aber willkürlich aufgestellten Behauptung.¹⁷⁵ Daher kann man die Geratewohl-Behauptungen auch nicht mit einem pauschalen Verweis auf den Beibringungsgrundsatz abtun.¹⁷⁶ Gesucht ist eine Erklärung, weshalb substantiierte, aber willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen unzulässig sein sollen.

B. Wahrheitspflicht und Ausforschungsverbot

Wenn die Partei Tatsachen behauptet, von denen sie kein sicheres Wissen hat, liegt die Frage nach einem möglichen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht nahe. Nachdem im Jahr 1933¹⁷⁷ die Wahrheitspflicht erstmals in § 138 Abs. 1 ZPO positiviert¹⁷⁸ wurde, begann die Literatur sich zunehmend mit der Zulässigkeit von vermutungsweise Vorbringen auseinanderzusetzen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Wegen eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht können Geratewohl-Behauptungen nicht zurückgewiesen werden. Gleichwohl lohnt es sich, die Entwicklungsstufen dieser heute weithin anerkannten Erkenntnis nachzuzeichnen, weil dabei einige Grundannahmen im Diskurs um die Geratewohl-Behauptungen deutlich werden. Auch muss geprüft werden, ob Tatsachenbehauptungen,

Verdachtsmomente hinsichtlich der Abstammung voraussetzt, vgl. *Wellenhofer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, §2020, § 1598a BGB Rn. 9.

173 Zur Schlüssigkeit der Mehrverkehr-Behauptung vgl. *Dunz*, NJW 1956, 769, 772 und *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 14 f.

174 Vgl. *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 76, 89 Anm. 400.

175 Vgl. *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 31.

176 Vgl. *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 97.

177 Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780, gemeinhin als „Novelle 1933“ bezeichnet.

178 Die in der Literatur zum Teil bezweifelte Geltung der Wahrheitspflicht im Zivilprozess sollte durch die ausdrückliche Aufnahme im Gesetz klargestellt werden, vgl. die Begr. zur Novelle 1933, abgedruckt in RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1, 2.

die nicht wahrheitswidrig sind, überhaupt noch aus einem anderen Grund zurückgewiesen werden dürfen.

I. Wahrheitspflicht als Lügeverbot, Zulässigkeit von Vermutungen

Nach heute ganz herrschender Auffassung bedeutet die Wahrheitspflicht ein Lügeverbot.¹⁷⁹ Tatsächliche Erklärungen darf die Partei und ihr Prozessvertreter nicht wider besseren Wissens abgeben.¹⁸⁰ Der Maßstab ist subjektiv, d. h. es dürfen solche Tatsachen nicht behauptet werden, von deren Unrichtigkeit die Partei selbst überzeugt ist.¹⁸¹ Verlangt ist also nicht die objektive Wahrheit, sondern die subjektive Auffassung derselben, „Wahrhaftigkeit“.¹⁸² Neben dem subjektiven Maßstab ist der Gewissheitsgrad prägendes Merkmal der Wahrheitspflicht: Wahrheitswidrig sind nur solche Erklärungen, von deren Unrichtigkeit die Partei überzeugt ist; zulässig sind dagegen auch solche Tatsachenbehauptungen, die der Partei selbst zweifelhaft erscheinen.¹⁸³ Deshalb dürfen auch lediglich für möglich gehaltene Tatsachen behauptet werden, ohne dass die Partei von ihrer Richtigkeit überzeugt sein müsste.¹⁸⁴ Die Wahrheitspflicht beinhaltet daher allein das Verbot, tatsächliche Erklärungen entgegen der eigenen Überzeugung von deren Unrichtigkeit abzugeben.¹⁸⁵ Welche Konsequenzen sich aus diesem Lügeverbot für die Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen ergeben, war nach Aufnahme der Wahrheitspflicht im Jahr 1933 ins Gesetz Gegenstand einer lebhaften Diskussion in der Literatur.

II. Die Novelle 1933 als Zäsur

Die Novelle 1933 ist Ausgangspunkt für eine eingehende Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von Vermutungen, namentlich auch der Geratewohl-Behauptungen. Die Einzelfrage wird zugleich zum Kristallisationspunkt für eine veränderte Auffassung der Sachverhaltsermittlung und

179 Vgl. statt vieler *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

180 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

181 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

182 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

183 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

184 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

185 *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 52016, § 138 Rn. 2.

darüber hinaus des Zwecks des Zivilprozesses,¹⁸⁶ die sich in Abgrenzung zu einem formellen Gerechtigkeitsverständnis in stärkerem Maße der Durchsetzung einer materiellen Wahrheit verschrieben hat.¹⁸⁷ So stellt etwa *Jonas* im Jahr 1941 fest, vom Standpunkt des geltenden Rechts könnten zwar die Geratewohl-Behauptungen mit der Begründung abgelehnt werden, weder Zeugen noch der Gegner sei gehalten, der darlegungsbelasteten Partei Material zu ihrem Sieg zu verschaffen, über das sie nicht schon von selbst verfüge.¹⁸⁸ *Jonas* kritisiert, dieser ablehnenden Haltung liege gleichsam die verfehlte Vorstellung zu Grunde:¹⁸⁹

„Dem soll der Sieg zufallen, dem es gelingt, den Richter von sich aus zu überzeugen, nicht dem, von dessen Recht sich der Richter unter Ausnutzung aller ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen überzeugen wird.“

Jonas hingegen beabsichtigt eine „Freimachung der richterlichen Energie“: Der Richter soll dort aufklären, wo er es für erforderlich hält.¹⁹⁰ Damit ist die Kulisse umrissen, vor deren Hintergrund sich die Auseinandersetzung mit den Geratewohl-Behauptungen in den Jahrzehnten nach Einführung der Wahrheitspflicht abspielt.

1. Der Kampf um die Deutungshoheit nach Einführung der Wahrheitspflicht

Das Verständnis der Wahrheitspflicht als reines Lügeverbot, und die daraus folgende Zulässigkeit bloßer Vermutungen ist nach Positivierung der Wahrheitspflicht im Jahr 1933 durch die Literatur herausgearbeitet worden.¹⁹¹ *Rosenberg* hat das Lügeverbot in dreifacher Hinsicht zu begründen versucht:¹⁹² Zum einen erlaube es § 138 Abs. 4 ZPO der Partei, Behauptungen, deren Wahrheit sie nicht kennt, zu bestreiten; gleiches muss daher für

186 Vgl. auch *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 50.

187 Periodisierungsversuche mit entsprechenden Zuschreibungen bei *von Hippel*, Wahrheitspflicht, 1939, fortlaufend, insbesondere S. 161–228; 289–293, 317–333.

188 Vgl. *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700.

189 *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700.

190 Vgl. *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700 f.

191 Namentlich *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 288 f.; vgl. auch *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 20 m. w. N.

192 Vgl. *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 288 f.

das Behaupten gelten. Außerdem zwingt das materielle Recht die darlegungsbelastete Partei zur Behauptung von Tatsachen, hinsichtlich derer sie kein sicheres Wissen hat – etwa die Ersparnisse des Bereicherungsschuldners – und vielleicht gar nicht haben kann (z. B. ob eine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben worden wäre, vgl. § 119 Abs. 1 BGB). Schließlich sei ein Behaupten ohne sicheres Wissen nicht unredlich, und nur eine unredliche Erklärung wolle § 138 Abs. 1 ZPO, wie der Vorpruch zur Novelle erkennen lasse, treffen. *Rosenbergs* abschließende Bemerkung, über das Ergebnis bestehe Einverständnis,¹⁹³ ist heute noch treffender als damals und soll hier für die Annahme, dass § 138 Abs. 1 ZPO tatsächlich nur die Lüge verbietet, genügen.

Ausgehend von dem Verständnis der Wahrheitspflicht als Lügeverbot wurde in den Jahren nach 1933 zum Teil gefolgert, auch auf ganz allgemein gehaltene Behauptungen hin müsse sich die Gegenseite wahrheitsgemäß erklären.¹⁹⁴ So wurde für den Fall, dass die Kindesmutter etwa bei einer Klage auf Ersatz von Entbindungskosten selbst als Partei auftrat, verlangt, dass sie sich gegenüber der ohne weitere Anhaltspunkte aufgestellten Behauptung des Mehrverkehrs während der Empfängniszeit erklären müsse.¹⁹⁵ Darin enthalten, aber noch nicht klar herausgestellt ist der Gedanke, dass die Geratwohl-Behauptung, zu der sich die Gegenseite wahrheitsgemäß erklären soll, zulässig sein muss.

Die entgegengesetzte Richtung schien hingegen die Rechtsprechung einschlagen zu wollen: Die Einführung des § 138 Abs. 1 ZPO nahm sie bald zum Anlass, ihrem schon seit längerem gehegten Unbehagen gegen bloße Vermutungen folgend, diese nun als Verstoß gegen die Wahrheitspflicht abzuqualifizieren.¹⁹⁶ So meinte das Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1936:¹⁹⁷

193 *Rosenberg*, ZZP Bd. 58 (1934), 283, 289.

194 So etwa *Sello*, JW 1934, 536 f.; vgl. auch *Glücklich*, Parteivernehmung, 1938, S. 60 m. w. N.

195 Vgl. *Sello*, JW 1934, 536 f.; ähnlich *Jonas*, DR 1941, 1697, 1700.

196 So *Brebm*, Bindung des Richters, 1982, S. 159–167, der hierin den Kampf einer konservativen Richterschaft gegen vermutungsweise Behauptungen als liberales Element des Zivilprozesses erkennt. Bald nach Einführung der Wahrheitspflicht sei dann auch das Eigeninteresse des Richters an der Vermeidung zeitraubender Beweisaufnahmen über unwahrscheinliche Behauptungen deutlich geworden.

197 RG, Urt. v. 29.2.1936 – I ZR 196/35, JW 1936, 2228 = NSW ZPO § 138 Nr. 11; ähnlich auch RAG, Urt. v. 11.11.1936 – 73/36, NSW ZPO § 138 Nr. 13: „Es widerspricht der Wahrheitspflicht der Partei, blindlings Behauptungen aufzustellen, ohne für ihre Richtigkeit irgendeinen beachtlichen Anhaltspunkt zu haben.“

„Ein Beweisantritt, der sich auf bloße Vermutungen stützt, ist mit dem Grundsatz des § 138 Abs. 1 ZPO nicht vereinbar, wonach die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben haben.“

Damit setzte die Rechtsprechung dem Aufklärungsinteresse der Partei mit der Wahrheitspflicht gleichsam einen „neuartigen Entrechtungsgrund“ entgegen,¹⁹⁸ dem sich die Literatur im Kampf um die Deutungshoheit zu stellen hatte.

2. Die reine Lehre: Zulässigkeit jeder Art von Vermutung

Vor diesem Hintergrund bot der durch die Rechtsprechung kasuistische gehandhabte Topos Ausforschungsbeweis einen geradezu idealen Gegenstand der Auseinandersetzung.¹⁹⁹ Vereinzelt folgte die Literatur der Rechtsprechung in der Annahme, dass die Wahrheitspflicht nicht auf ein Lügeverbot beschränkt sei und Geratewohl-Behauptungen ohne die erforderliche Überzeugung und daher unter Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO aufgestellt würden.²⁰⁰ Nicht ganz konsequent fielen Literaturansichten aus, die trotz Anerkennung der Wahrheitspflicht als reines Lügeverbot tatsächliche Anhaltspunkte für die Vermutung forderten, da ansonsten darauf geschlossen werden könne, dass die Partei selbst nicht an ihre Behauptungen glaube,²⁰¹ eine Auffassung, die später auch seitens des BGH lange Zeit Zuspruch erfahren hat.²⁰² Zwingend ist dieser Schluss keineswegs, denn auch wenn die Partei keine Anhaltspunkte für ihre Vermutung hat, ist nicht gesagt, dass sie dieselbe für unwahr hält²⁰³ – schließlich besteht ja die Möglichkeit, dass sie mit der Behauptung ins Blaue gleichsam einen Treffer ins Schwarze erzielt.²⁰⁴ Mit etwas zeitlichem Abstand zur Einführung der Wahrheitspflicht zog ein Teil der Literatur aus dem angenommenen Lügeverbot Konsequenzen: Wenn § 138 Abs. 1 ZPO nur die Lüge verbietet und

198 *von Hippel*, Wahrheitspflicht, 1939, S. 241 Anm. 41.

199 Vgl. etwa *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 7 und 19–24.

200 Vgl. *Knichel*, Ausforschungsbeweis, 1959, S. 79–81.

201 So etwa *Dunz*, NJW 1956, 769, 772; dazu *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 22 Anm. 106 m. w. N.

202 So etwa BGH, Urt. v. 14.3.1968 – II ZR 50/65, NJW 1968, 1233, 1234; dazu *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 88 m. w. N.

203 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 159.

204 Vgl. *Borck*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, ³2007, § 138 Rn. 60.

Vermutungen ohne sicheres Wissen zulässig sein sollen, dann können auch Tatsachenbehauptungen, die gleichsam „ins Blaue hinein“ oder „aufs Geratewohl“ aufgestellt werden, nicht gegen die Wahrheitspflicht verstoßen!²⁰⁵ Gewissermaßen als reine Lehre hat vor allem *Peters*²⁰⁶ diesen Gedanken geprägt: Nicht die Partei soll Anhaltspunkte für ihre Vermutung ermitteln, vielmehr soll das Gericht auch ohne solche Anhaltspunkte tätig werden.²⁰⁷ Damit schließt diese Lehre an die von *Jonas* geforderte Stärkung des Richters auf dem Gebiet der Sachaufklärung an,²⁰⁸ wobei dem Gedanken methodisch statt eines kruden „Über-das-Gesetz-Hinauswachsen“²⁰⁹ die Berufung auf § 138 Abs. 1 ZPO eine positive Grundlage im geltenden Recht verschaffen soll.

3. Begründungswechsel in der Rechtsprechung

Nachdem sich in der Literatur die Auffassung durchgesetzt hatte, dass § 138 Abs. 1 ZPO ein reines Lügeverbot bedeutet und vermutungsweise aufgestellte Behauptungen auch ohne sicheres Wissen zulässig sind, musste die Wahrheitspflicht schließlich auch seitens des BGH als Begründung des Ausforschungsverbots aufgegeben werden.²¹⁰ Jedoch beharrt die Rechtsprechung darauf, dass Vermutungen ohne greifbare Anhaltspunkte unzulässig sein sollen und hat sich auf die nicht näher ausgeführte Erwägung zurückgezogen, Geratewohl-Behauptungen seien *rechtsmissbräuchlich*.²¹¹ Bei diesem Stand ist es bis heute geblieben.

205 *Lüderitz*, Ausforschungsverbot, 1966, S. 19–24; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 90–92; *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 76 f.; *Söllner*, Beweisantrag, 1972, S. 204. – A. A. *Esser*, Ausforschungsbeweis, 1969, S. 199 f.

206 Vgl. zu ihm auch *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 110 und *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 105.

207 *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 47.

208 Vgl. auch die Bezugnahme auf *Jonas* bei *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 47 Anm. 71.

209 So die Beobachtung *Jonas*, DR 1941, 1697, 1701: Die Rechtsprechung habe sich zum Teil, tastend zwischen „Gesetzestreue“ und „Über-das-Gesetz-Hinauswachsen“, schon diesem Standpunkt angenähert.

210 *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 36. – In der Rechtsprechung des BGH stellt auf einen vermuteten Wahrheitspflichtverstoß noch ab BGH, Urt. v. 30.1.1989 – II ZR 175/88, 2a, BeckRS 1989, 31066301.

211 *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 36. – Vgl. etwa BGH, Urt. v. 20.9.2002 – V ZR 170/01, II 2b) aa), NJW-RR 2003, 69, 70, dort auch mit Abgrenzung von rechtsmissbräuchlicher Geratewohl-Behauptung und Wahrheitspflichtverstoß.

C. Rechtsschutzbedürfnis und Geratewohl-Behauptungen

„Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irreführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.“²¹² (Aus der Vorrede zur Novelle 1933)

Ohne jegliche Anhaltspunkte aufgestellte Tatsachenbehauptungen erscheinen der ständigen Rechtsprechung²¹³ und mehrheitlichen Auffassung in der Literatur²¹⁴ als rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig. Die vor allem in der älteren Literatur vertretene Gegenansicht,²¹⁵ wonach Geratewohl-Behauptungen zulässig sein sollen, findet nur noch vereinzelt Anhänger.²¹⁶ Worin allerdings der seitens der herrschenden Ansicht angenommene Rechtsmissbrauch bestehen soll, wird in der Rechtsprechung gar nicht, in der Literatur nur vereinzelt²¹⁷ zu begründen versucht.

212 RGBl. I, 780.

213 BGH, Urt. v. 30.9.1964 – VIII ZR 302/62, 3, WM 1964, 1168, 1170; BGH, Urt. v. 14.3.1968 – II ZR 50/65, MDR 1968, 565 f.; BGH, Urt. v. 23.4.1991 – X ZR 77/89, LS 3, II 4b, NJW 1991.

214 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, ¹⁶2019, § 284 Rn. 18; Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, Vor § 284 Rn. 8c; B/L/H/Anders, ZPO, ⁷⁸2020, § 138 Rn. 17, 21 und Vor § 284 Rn. 27; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2016, § 138 Rn. 4; von Selle, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, ³⁵Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 32; Wöstmann, in: Saenger, ZPO, ⁸2019, § 138 Rn. 4; vgl. auch Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 106–127; ders., JZ 1985, 183, 186 (Anm. zu BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83).

215 Anhalt, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 106a; E. Peters, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 88, 102–104; Söllner, Beweisantrag, 1972, S. 205–207; Wieczorek, ZPO, ²1976, § 282 B II c 4; Blomeyer, Lehrbuch ²1985, S. 398 § 74 II 1.

216 So vor allem noch die von E. Peters begründete Kommentierung des § 138 ZPO im Münchener Kommentar, vgl. die Erstauflage 1992, Rn. 9. Die 5. Aufl. 2016 schließt mit der relativierenden Ergänzung, „wenn überhaupt“ seien tatsächliche Anhaltspunkte zurückhaltend einzufordern, vgl. dort Rn. 10 a. E.; Chudoba, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 95, 98, 159; Hackenberg, Nichtwissen, 1996, S. 81 f., 139–141; Balzer/Waltther, Das Urteil, ³2018, S. 33 Rn. 30; Braun, ZPR, 2014, S. 751 § 47 III 2c.

217 So vor allem Stürmer, Aufklärungspflicht, 1976, S. 106–127.

I. Rechtsmissbrauch, Gebot zur redlichen Prozessführung,
Rechtsschutzbedürfnis

Rechtsmissbrauch, das Gebot zur redlichen Prozessführung und das Rechtsschutzbedürfnis sollen nachfolgend als mögliche Gründe für das Verbot von Geratewohl-Behauptungen untersucht werden. Unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Rechtsmissbrauchs kann noch zwischen unzulässiger Prozessverschleppung und institutionellem Missbrauch differenziert werden. Trennscharf sind diese Begründungsansätze nicht.²¹⁸ Man kann sie als ungeschriebene Schranken auffassen, die das Verfahren vor zweckentfremdenden, unredlichen, respektive nicht verfahrenszielkonformen Handlungen schützen sollen. Gegenüber diesen Argumentationstopoi besteht ein teils erhebliches Unbehagen, das sich aus der drohenden Beliebigkeit der vermeintlich schützenswerten Zwecke speist.²¹⁹ Eine grundsätzliche Berechtigung ist dieser im Kern teleologischen Betrachtung der Prozessordnung jedoch nicht schlechthin abzuspreehen, will man nicht mit dieser Methode als Ganzes brechen.

Dass der Gesetzgeber diese Schranken wollte und dem Gesetzesanwender auch gleich die zu schützenden Zwecke vorgezeichnet hat, kann zudem der im Reichsgesetzblatt abgedruckten Vorrede zur Novelle 1933 entnommen werden: Sie verbietet Prozessverschleppung, gebietet eine nicht nur sorgfältige, sondern auch redliche Prozessführung und gibt dem Interesse der Allgemeinheit gegenüber dem Individualinteresse den Vorzug.²²⁰ Sie ist nicht bloß deklaratorische Ausschmückung, sondern enthält ausweislich der Entstehungsgeschichte Wertungen, die als konstitutive Solens-Sätze zu verstehen sind,²²¹ auch wenn der Text selbst zwischen Vorrede und „Gesetz“ eine sprachliche Trennung vornimmt.²²² Die Vorrede

218 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 115.

219 Vgl. *Paulus*, ZPR, 62017, S. 55 Rn. 137 und S. 130 Rn. 331.

220 So heißt es in der Vorrede, das Verfahren habe einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Parteien und ihre Vertreter müssten sich bewusst sein, dass „die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient“, vgl. RGBl. I, 780 und RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1.

221 Wörtlich heißt es in der Begründung, „die leitenden Grundgedanken, von denen der Prozeß im neuen Reiche beherrscht sein soll“ würden „dem Gesetz in einigen leicht verständlichen Sätzen“ vorangestellt, RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1.

222 Vgl. den letzten Absatz der Vorrede: „Um die zur Erreichung dieser Ziele vorhandenen Mittel zu verstärken [...] hat die Reichsregierung das nachstehende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird“, RGBl. I, 780.

kann daher weder ihrem Inhalt nach als unverbindliche Absichtserklärung, noch ihrer Form nach als reine Privatarbeit behandelt werden.

Zweifel mögen allerdings dahingehend bestehen, ob der Gesetzgeber seine Ziele nicht bereits durch die nachfolgenden Einzelschriften abschließend konkretisiert haben könnte. Ein Teil der Lehre hält den Rückgriff auf das Gebot zur redlichen Prozessführung für ausgeschlossen, da § 138 Abs. 1 ZPO bereits die Konkretisierung dieses Gebots sei.²²³ Da die Wahrheitspflicht in § 138 Abs. 1 ZPO nur Erklärungen verbiete, von deren Unrichtigkeit die Partei überzeugt ist, sei das Verbot willkürlicher Erklärungen nicht aus dem Gebot zur redlichen Prozessführung herleitbar.²²⁴ So meint *Anhalt*:²²⁵ „Was man durch das Sieb des § 138 Abs. 1 ZPO in den Prozeß hineinfließen ließ, kann man nicht mit der Angel des § 242 BGB (analog) wieder herausfischen!“

Überzeugend ist der vermeintlich abschließende Regelungscharakter der Novelle jedoch nicht. § 138 Abs. 1 ZPO beschränkt sich auf die Bestimmung, dass Tatsachen wahrheitsgemäß vorzutragen sind; dafür, dass die Wahrheitspflicht einzige Voraussetzung der Zulässigkeit des Tatsachenvortrags sein soll, ist nichts dargetan. Aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Verbotes der Geratewohl-Behauptungen kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die Wertungen der Vorrede sich in der Wahrheitspflicht erschöpften.²²⁶ *Brehm* weist darauf hin, dass die Vorrede zur Novelle 1933 nicht das Lügeverbot in den Vordergrund stellt, sondern in erster Linie der Rechtsschutz des Einzelnen von der im Allgemeininteresse stehenden Funktionsfähigkeit der Rechtspflege abhängig gemacht werden soll.²²⁷ Die

223 Vgl. *Anhalt*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 99 f.; *E. Peters*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 86.

224 *Anhalt*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 100; *E. Peters*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 86.

225 Vgl. *Anhalt*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 100.

226 Weshalb der Gesetzgeber auch zu keinem späteren Zeitpunkt Veranlassung für eine solche Einzelschrift trotz der zwischenzeitlich entstandenen Kontroverse gesehen hat, legt eine Stelle des im Jahr 1977 veröffentlichten Berichts der Kommission für das Zivilprozeßrecht nahe: Die in den Jahren 1964 bis 1975 im Auftrag des Bundesjustizministeriums arbeitende Kommission riet von einer gesetzlichen Regelung des Ausforschungsverbotes ab, weil die Gerichte den *Ausforschungsbeweis bereits durchgängig als unzulässig behandeln würden* und ein gesetzliches Verbot die Vielgestaltigkeit der Fälle kaum erfassen könnte, vgl. Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, 1977, S. 126.

227 Vgl. *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 161 f.; vgl. auch die Begr. in RANZ Nr. 257 v. 2.11.1933, S. 1.

allgemeinen Zielbestimmungen der Vorrede sind daher nicht bereits durch die nachfolgenden Einzelschriften erfüllt.

1. Geratewohl-Behauptungen als missbräuchliche Prozessverschleppung

Willkürliche Behauptungen könnten ausschließlich dem Zweck dienen, das Gericht und den Gegner in eine zeitaufwendige Beweisaufnahme zu verwickeln und so eine ungünstige Entscheidung möglichst lange zu verzögern. Die Prozessverschleppung birgt für den Gegner nicht nur das Risiko einer zwischenzeitlichen Insolvenz seiner selbst, es bedroht ihn auch mit dem Insolvenzrisiko der Partei, welche die Verzögerung betreibt.²²⁸ Auch wenn sich das Risiko nicht verwirklicht: Der Gläubiger wartet jedenfalls länger auf seine Befriedigung, der Schuldner erhält einen Zahlungsaufschub.²²⁹ Für diese Motivlage wird sogar eine gewisse Häufigkeit vermutet.²³⁰ Willkürliche Behauptungen erscheinen zur Prozessverschleppung geeignet,²³¹ da die Partei phantasievoll aus einer großen Auswahl an abstrakt-möglichen und ihr günstigen Behauptungen schöpfen kann, sofern sie nicht von der Unrichtigkeit der Vermutung überzeugt ist. Ein solches Vorgehen ist nicht zu billigen. Wenn die Partei eine Beweisaufnahme nur zur Prozessverzögerung, und nicht zur Aufklärung über die Behauptung herbeiführen will, werden die prozessualen Befugnisse zweckentfremdet;²³² es handelt sich um einen Rechtsmissbrauch.²³³

Eine Zurückweisung von Geratewohl-Behauptung wegen rechtsmissbräuchlicher Prozessverschleppung erweist sich jedoch praktisch als nicht durchführbar: Das Verwerfliche an dem Aufstellen willkürlicher Behauptungen zur Prozessverschleppung ist das subjektive Element, die Absicht hierzu.²³⁴ Es gibt zahllose Beweisaufnahmen, die ohne Erfolg bleiben und objektiv zur Verzögerung des Prozesses führen, ohne dass daraus der Partei, welche die Beweisaufnahme herbeigeführt hat, ein Vorwurf zu machen wäre.²³⁵ Erst die Gesinnung zur Prozessverzögerung macht dieselbe ver-

228 Chudoba, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 157.

229 Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 115.

230 Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 115.

231 Chudoba, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 157.

232 Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 115.

233 Brehm, Bindung des Richters, 1982, S. 115; Chudoba, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 157.

234 Knichel, Ausforschungsbeweis, 1959, S. 54 f.

235 Chudoba, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 157.

werflich. Ein dahingehender Vorsatz wird sich aber regelmäßig nicht feststellen lassen, wenn nicht auf vage Gesichtspunkte wie etwa das (außer-)prozessuale Gesamtverhalten der Partei abgestellt werden soll. Allein der Umstand, dass eine Behauptung ohne konkrete Anhaltspunkte aufgestellt wird, bietet kein aussagekräftiges Indiz für eine Prozessverschleppungsabsicht: In diesem Fall kann es nämlich ebenso gut sein, dass die Partei hofft, die gleichsam ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung werde sich als wahr erweisen, ihr also nicht (nur) an der Verzögerung des Prozesses gelegen ist. Eine Prozessverschleppungsabsicht mag zwar Teil des Motivbündels sein; von der Hoffnung, auf gut Glück ein günstiges Ergebnis in der Beweisaufnahme herbeizuführen, lässt sich dieses Motiv aber äußerlich nicht unterscheiden. Mangels Erkennbarkeit der Prozessverschleppungsabsicht bei Geratewohl-Behauptungen scheidet dieselbe nach richtiger Ansicht als Begründung für das Verbot von willkürlichen Behauptungen aus.²³⁶

2. Geratewohl-Behauptungen als Verstoß gegen das Gebot der redlichen Prozessführung

Dem Gebot zur redlichen Prozessführung könnte es entsprechen, nur solche Tatsachenbehauptungen in den Prozess einzuführen und unter Beweis zu stellen, für deren Richtigkeit es einen konkreten tatsächlichen Anhaltspunkt gibt. Das OLG Freiburg etwa sah in einer frühen Entscheidung Geratewohl-Behauptungen als Verstoß gegen Treu und Glauben an.²³⁷ Allerdings will sich die Unredlichkeit einer Geratewohl-Behauptung nicht recht erschließen, wenn man sich wiederum vor Augen hält, dass der Partei durchaus daran gelegen sein kann, mit ihrem Schuss ins Blaue gleichsam einen Treffer ins Schwarze zu erzielen.²³⁸ Ein auf Treu und Glauben gestütztes Unwerturteil rechtfertigt ein solches Verhalten kaum.

236 Ähnlich *Knichel*, *Ausforschungsbeweis*, 1959, S. 55; *Anhalt*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 93; *Chudoba*, *Ausforschungsbeweis*, 1993, S. 157. – A. A. *Lüderitz*, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 37, 41 f.; *Stürmer*, *Aufklärungspflicht*, 1976, S. 115 f.

237 OLG Freiburg, Beschl. v. 7.4.1952 – 2 W 9/52, JZ 1953, 229, 230; vgl. auch *Lüderitz*, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 24 m. w. N.

238 Ebenso *Lüderitz*, *Ausforschungsverbot*, 1966, S. 24.

3. Geratewohl-Behauptungen als institutioneller Rechtsmissbrauch

Stürner meint, Geratewohl-Behauptungen würden einen institutionellen Rechtsmissbrauch darstellen, weil der soziale Zweck des Zivilprozesses bei Behauptungen ohne jeden vernünftigen Grund verfehlt würde.²³⁹ Sicherlich ist es richtig, die Frage nach der Verfahrenszielkonformität zu stellen; wenn im Folgenden der gleiche Gedanke als eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses aufgefasst wird,²⁴⁰ dann nur, weil Rechtsmissbrauch impliziert, dass damit missbilligenswerte Zwecke verfolgt werden. Eine dahingehende Absicht ist aber bei den Geratewohl-Behauptungen, wie bereits zum Motiv der Prozessverschleppungsabsicht und einem etwaigen Verstoß gegen das Gebot redlicher Prozessführung dargelegt, nicht zwangsläufig gegeben: Die Partei kann durchaus die Hoffnung haben, dass der Gegner die aufs Geratewohl aufgestellte Behauptung zugesteht oder sie sich in der Beweisaufnahme als wahr erweist. Das Rechtsschutzbedürfnis ist insofern neutraler. Von einem Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses kann man auch sprechen, wenn schlicht keine Notwendigkeit besteht, Rechtsschutz zu gewähren, mit Blick auf die Geratewohl-Behauptungen etwa deshalb, weil die Hoffnung, mit der spekulativen Behauptung richtig zu liegen, nicht schutzwürdig erscheint. Im Übrigen sind die Argumentationslinien von Rechtsschutzbedürfnis und Rechtsmissbrauch weitgehend deckungsgleich.²⁴¹

4. Geratewohl-Behauptungen als eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses

Das Reichsgericht hat, als es die Geratewohl-Behauptungen für einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO erklärte, unter Verweis auf die Vorrede zur Novelle 1933 ausgeführt, diese Vorschrift beruhe auf dem Gedanken, dass dem Anrecht auf Rechtsschutz eine Pflicht zur redlichen Prozessführung entspreche.²⁴² Es war *Schönke*, der diesen Gedanken von der Wahrheitspflicht löste und zum Teil seiner problemübergreifenden Lehre vom

239 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 113 f.

240 Auch *Stürner* nimmt auf das Rechtsschutzbedürfnis Bezug, vgl. Aufklärungspflicht, 1976, S. 116.

241 So auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 115; *ders.*, 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 91 f.

242 Vgl. RG, Urt. v. 29.2.1936 – I ZR 196/35, JW 1936, 2228 = NSW ZPO § 138 Nr. 11.

Rechtsschutzbedürfnis machte.²⁴³ Letzteres ist nicht bloß Sachurteils-voraussetzung, sondern Voraussetzung für die Zulässigkeit aller Prozess-handlungen.²⁴⁴ Für jede Handlung während des Prozesses, nicht nur bei der Klageerhebung, muss das Rechtsschutzbedürfnis gegeben sein.²⁴⁵ Es schränkt den Rechtsschutz auf verfahrenszielkonforme Ziele ein,²⁴⁶ die als Bewahrung des Rechts und Wahrung des Rechtsfriedens verstanden werden.²⁴⁷ Fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, ist die Prozesshandlung unzulässig.²⁴⁸ Den Geratewohl-Behauptungen spricht *Schönke* das Rechtsschutzbe-dürfnis ab: Es wäre eine nicht gerechtfertigte Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen, wenn die Gerichte verpflichtet wären, bloßen Vermutungen nachzugehen.²⁴⁹ Dem Zahlvater etwa, der trotz „einigermaßen sicherer Feststellungen“ seine Nichtvaterschaft behauptet, fehle für eine Ausfor-schung der Kindesmutter das Rechtsschutzbedürfnis.²⁵⁰

II. Gibt es ein Rechtsschutzbedürfnis für willkürliche Tatsachenbehauptungen?

Auch die Gegenansicht, die Geratewohl-Behauptungen für zulässig hält, fragt nach dem Rechtsschutzbedürfnis, so etwa – die Antwort schon in sich tragend – *von Hippel*, wiederum auf die Vorrede zur Novelle 1933 be-zugnehmend:²⁵¹

„Aber wie steht es denn eigentlich mit ‚dem Rechtsschutz, auf den je-der Anrecht hat‘? Hat nicht auch der Kläger auf solchen Rechtsschutz Anrecht und besteht für ihn vorliegend der angemessene Rechtsschutz

243 Vgl. *Schönke*, ZPR, ¹1938, S. 6 § 2 III 1a. – Vgl. zu ihm auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 30 f. und 162; *ders.*, 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 89, 91 f.

244 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 14 f; *ders.*, in: Stein/Jonas, ZPO, ¹⁸1953, Einl. D I.

245 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 13.

246 *Schönke*, in: Stein/Jonas, ZPO, ¹⁸1953, Einl. D III; vgl. auch *Poble*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 204.

247 Vgl. *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 11, 13, 33.

248 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 14.

249 Vgl. *Schönke*, ZPR, ¹1938, S. 6 § 2 III 1a.

250 *Schönke*, Rechtsschutzbedürfnis, 1950, S. 34.

251 *von Hippel*, Wahrheitspflicht, 1939, S. 241 Anm. 41 unter Bezug auf RG JW 1936, 2228 und die dort zitierte Stelle zum Rechtsschutz in dem Vorspruch der Novelle 1933; Hervorhebung im Original.

nicht eben darin, daß man gewisse, ihm nicht hinreichend bekannte Verhältnisse erforsche und *aufkläre?*“

So selbstverständlich, wie von *Hippel* glauben machen will, ist das nicht: Der Ansicht, die auf tatsächliche Anhaltspunkte verzichten will, liegt implizit die Vorstellung zu Grunde, dass die außerhalb des Geschehens stehende Partei den Rechtsstreit nur mangels Zugangs zur Information zu verlieren droht und ihr daher geholfen werden muss. Richtigerweise wird man das Fehlen von jeglichen Anhaltspunkten wohl eher als Indiz²⁵² werten können, dass das rechtliche Begehren einer tatsächlichen Grundlage entbehrt. Voreingenommenheit für den vermeintlich Benachteiligten verleitet die Gegenansicht dazu, die Folgen der gewünschten extensiven Aufklärung gar nicht erst in den Blick zu nehmen. Dabei sind die praktischen Konsequenzen eines Verzichts auf konkrete Anhaltspunkte kaum zu überblicken: Die Verkündung eines Urteils könnte „auf gut Glück“ mit der Behauptung angegriffen werden, das Verkündungsprotokoll sei möglicherweise gefälscht.²⁵³ Auf Verdacht ließen sich zahllose Produkte hinsichtlich ihrer möglicherweise gesundheitsschädlichen Wirkung überprüfen.²⁵⁴ Der Schädiger könnte die Vermutung aufstellen, das durch ihn zu Tode gekommene Opfer sei todkrank gewesen und wäre ohnehin binnen kürzester Zeit verschieden; Beweis: Sachverständigengutachten nach Exhumierung der Leiche; Anhaltspunkte: Keine.²⁵⁵ Damit würde der voraussetzungslosen Sachverhaltsermittlung gleichsam Tür und Tor geöffnet,²⁵⁶ weil jede Behauptung, deren Gegenteil nicht feststeht, abstrakt möglich und daher zulässig wäre.

Die Kritiker des Verbots von Geratewohl-Behauptungen beschränken sich darauf, die dem teleologischen Argument immanente Offenheit des Rechtsmissbrauchs respektive des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses an-

252 *J. Lang*, Aufklärungspflicht, 1999, S. 21; vgl. auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117, der weitergehend meint, es spräche in diesen Fällen eine hohe Wahrscheinlichkeit gegen das Rechtsschutzziel.

253 Das eine solche Vermutung bei konkreten Anhaltspunkten zulässig ist, zeigt BGH, Beschl. v. 26.5.2010 – XII ZB 205/08, II 2c, FamRZ 2010, 1326.

254 Zu den konkreten Anhaltspunkten, auf die etwa der Verdacht der Gesundheitsschädlichkeit eines Holzschutzmittels gestützt werden kann vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1995 – VI ZR 31/94, II 1, NJW 1995, 1160, 1161.

255 Anders, wenn sich aus der Krankengeschichte hierfür Anhaltspunkte ergeben, vgl. auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 122 f.

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

zugreifen²⁵⁷ – dabei ist die Gegenansicht, wie schon die vorangestellte Suggestivfrage von *Hippels* zeigt,²⁵⁸ selbst im Kern durch und durch teleologischer Natur. Der Verzicht auf jegliche Anhaltspunkte zur Wahrheitsermittlung ist ebenso zweckgeleitet wie die Forderung nach denselben: Dort der Wunsch nach einer möglichst weitgehenden Wahrheitsfindung als Prozessziel, hier die Besorgnis vor einer entgrenzten Wahrheitsermittlung um jeden Preis.²⁵⁹ Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht etwa der Zynismus *Peters*, wenn die Partei keine Kenntnis der ihr günstigen Tatsachen habe, könne sich immerhin ein vermöglicher Beweisführer durch einen Privatdetektiv tatsächliche Anhaltspunkte ermitteln lassen!²⁶⁰ Der Umkehrschluss lautet wohl: Aus Gründen der sozialen Gerechtigkeit soll der Richter als amtlich bestellter Ermittler den Sachverhalt erstmals erforschen – auf Kosten der Staatskasse, respektive der Allgemeinheit.

Den eigentlichen Offenbarungseid leistet jedoch *Poble*: Der Prozess habe nicht nur die Aufgabe, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, sondern ebenso die, „Rechtssungewissheit“ zu beseitigen.²⁶¹ Jeder solle die Möglichkeit haben, eine bindende Feststellung der Rechtslage zu erhalten.²⁶² Diesem Verständnis des Prozesszwecks folgend müsse auch bei „noch so schwachen Zweifeln an der Rechtslage“ eine gerichtliche Entscheidung möglich sein,²⁶³ z. B. auch hinsichtlich der bestrittenen *Vaterschaft*.²⁶⁴

In der Tat ist es Aufgabe des Gerichts, einem Sachverhalt, über den unterschiedliche Rechtsauffassungen bestehen, eine verbindliche Beurteilung zukommen zu lassen. Das von *Poble* angeführte Beispiel der bestrittenen *Vaterschaft* zeigt allerdings, dass es ihm in Wahrheit um die Ermittlung einer ungewissen *Sachlage* geht, die anschließend rechtlich bewertet werden soll, und die Kritik hieran ist, das „noch so schwache Zweifel“ an einer

257 Vgl. etwa *E. Peters*, in: Münchener Kommentar, ZPO, ¹1992, § 138 Rn. 9: Der Rechtsmissbrauch ist ein „beliebig dehnbarer Begriff“; ablehnend zum weiten Verständnis des Rechtsschutzbedürfnisses *Poble*, in: Stein/Jonas, ¹⁹1972, Vor § 128 XI 3h): Ein unbestimmter Begriff, der eine unerträgliche Unsicherheit ins Prozessgeschehen bringen würde.

258 Vgl. zu dem Doppelstandard von *Hippels*, der eine Argumentation mit dem Prozesszweck ablehnt, selbst jedoch mehr oder weniger offen seinen Überlegungen einen eigenen Prozesszweck zu Grunde legt auch schon *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 30 Anm. 4.

259 Vgl. dazu *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 50.

260 Vgl. *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 47.

261 Vgl. *Poble*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 203 und 219.

262 *Poble*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 203.

263 *Poble*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 203.

264 *Poble*, in: FS Lent, 1957, S. 195, 219.

Sachlage kein Rechtsschutzbedürfnis begründen. Dass die Ermittlung von ungewissen, lediglich abstrakt-möglichen Sachverhalten auf einen dunklen Verdacht hin dem Rechtsfrieden dient oder dem Streben nach Gerechtigkeit um ihrer selbst willen geschuldet wäre, erscheint nicht gerade naheliegend. *Stürner* bringt es auf den Punkt:²⁶⁵ „Wer keinen nachvollziehbaren Grund hat, für sich ein Recht oder einen Einwand anzunehmen, soll Gerichte und Mitbürger nicht behelligen.“

Ob dort aufgeklärt werden soll, wo aufgeklärt werden kann, oder ob es nicht Aufgabe des Zivilprozesses ist, Bewährung des Rechts zu sein, statt durch Vorermittlungen erst die tatsächliche Grundlage für einen Rechtsstreit zu bereiten, ist letztlich eine Frage der Überzeugung. Die Beantwortung dieser Frage steht jedoch nicht im Belieben des Betrachters, sondern ist dem Gesetzgeber vorbehalten. In Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege, welcher der Gesetzgeber im Rahmen der Novelle 1933 gegenüber dem Individualrechtsschutz den Vorrang eingeräumt hat, kann es eine zeitraubende unbeschränkte Aufklärung von anhaltslosen Geratewohl-Behauptungen nicht geben. Daran vermögen auch die Zeitumstände, unter denen diese Wertung getroffen wurde, nichts zu ändern.²⁶⁶

III. „Behaupten mit Nichtwissen“ gem. § 138 Abs. 4 ZPO

Einige Literaturstimmen, welche der Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen das Wort reden, glauben allerdings ihrer Auffassung mit § 138 Abs. 4 ZPO eine Stütze im Gesetz bereiten zu können. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über solche Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind. Daraus folgern nun manche, dem Gedanken des § 138 Abs. 4 ZPO nach seien auch *Behauptungen* ohne entsprechendes Wis-

265 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

266 Die Vorrede und mehr noch die Gesetzesbegründung zur Novelle atmen unbestreitbar den Zeitgeist des Jahres 1933; Spezifisch nationalsozialistisch ist indes weder die Figur des Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. auch *Brehm*, in: 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 89, 92), noch ist es die stärkere Betonung des Allgemeininteresses an einer funktionierenden Rechtspflege gegenüber dem Einzelinteresse an einer rein spekulativen Aufklärung (zur Billigung des Ausforschungsverbot durch das Bundesverfassungsgericht vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 30.07.1996 – 1 BvR 634/94, III 2, ZIP 1996, 1761, 1762; v. 10.2.2009 – 1 BvR 1232/07, III 2b, NJW 2009, 1585, 1586; v. 24.01.2012 – 1 BvR 1819/10, IV 1, BeckRS 2012, 6218).

sen zulässig.²⁶⁷ Die darlegungsbelastete Partei, welche kein Wissen habe, um ihre Behauptungen zu begründen, stünde jedenfalls wertungsmäßig der Partei gleich, die sich mit einer Erklärung nach § 138 Abs. 4 ZPO verteidigen kann.²⁶⁸ Am weitesten geht die Ansicht *Hackenberg*: Der neutrale Wortlaut des § 138 Abs. 4 ZPO („Erklärung“) lasse es zu, darunter sowohl ein Bestreiten, als auch ein Behaupten zu fassen.²⁶⁹ Diese Ansicht läuft auf ein „Behaupten mit Nichtwissen“²⁷⁰ hinaus. Bereits eine genauere Wortlautdeutung lässt ein solches „Behaupten mit Nichtwissen“ jedoch fraglich erscheinen, denn die Partei soll sich nach dem Gesetz „über Tatsachen“ erklären, was eine vorangehende Tatsachenbehauptung nahelegt;²⁷¹ dafür spricht auch die systematische Stellung des Abs. 4.²⁷² Auch eine analoge Anwendung des § 138 Abs. 4 ZPO käme daher nicht in Betracht. Ein Blick auf die Normgeschichte beseitigt letzte Zweifel:

„Thatsachen, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind, kann sie mit Nichtwissen beantworten, so daß dieselben in diesem Falle als bestritten angesehen werden müssen“,

heißt es in der Begründung des CPO-Entwurfs der Sachverständigenkommission.²⁷³ Für eine Deutung als „Behaupten mit Nichtwissen“ findet sich daher in der Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 4 ZPO keine Stütze.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für Geratewohl-Behauptungen nicht besteht. Der Regelungsabsicht der Novelle 1933 kann nicht entnommen werden, dass die Positivierung des Lüge-

267 Vgl. *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 139–141, 146 f., ähnlich auch schon *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 100 f.; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 116; *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 29; *Chudoba*, Ausforschungsbeweis, 1993, S. 94.

268 *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 100 f.; *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 140.

269 *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 140. – Auch bei *Hackenberg* soll es zwar eine Plausibilitätskontrolle geben, vgl. S. 140 f. Gemeint ist damit jedoch, dass die darlegungsbelastete Partei ihre eigene Unkenntnis (!) plausibel machen soll, vgl. dort S. 146 und *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 78.

270 So die ablehnende Charakterisierung durch *Amb*s, Nichtwissen, 1997, S. 77; *Anhalt*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 101 spricht von einer „Behauptung aufgrund Nichtwissens“, *Hackenberg* selbst will eine „offene Erklärung mit Nichtwissen“, vgl. dort S. 140.

271 Vgl. *Morhard*, Informationspflicht, 1993, S. 67.

272 *Beckhaus*, Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 344.

273 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, ²1881, S. 214.

verbotes im Umkehrschluss bedeutet, über alle abstrakt-möglichen Vermutungen, von deren Unwahrheit die Partei nicht überzeugt ist, sei auch Beweis zu erheben. Aus den Wertungen des Gesetzgebers ist vielmehr zu schließen, dass eine unbeschränkte Aufklärung auf Kosten der Funktionsfähigkeit des Verfahrens nicht gewollt ist.

D. Tatsächliche Anhaltspunkte zur Missbrauchskontrolle

Werden Tatsachen behauptet, für deren Richtigkeit nichts außer der abstrakten Möglichkeit derselben spricht, handelt es sich um willkürlichen Vortrag, welcher nach der Rechtsprechung rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig ist. Zur Missbrauchskontrolle sollen tatsächliche Anhaltspunkte für die Erklärung erforderlich sein. Der BGH bedient sich folgender Formulierung:²⁷⁴ Grundsätzlich sei die Partei nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Eine Beweiserhebung dürfe nur dann unterbleiben, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstelle. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne sei jedoch Zurückhaltung geboten. In der Regel könne auf sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte geschlossen werden.

I. Wahrscheinlichkeit und Rechtsschutzbedürfnis

Etwas missverständlich mag die Bezugnahme auf die Wahrscheinlichkeit der Behauptung erscheinen,²⁷⁵ denn der Grad der Wahrscheinlichkeit soll ja für die Erheblichkeit des Tatsachenvortrags ohne Bedeutung sein.²⁷⁶ Das Erfordernis der tatsächlichen Anhaltspunkte korreliert zwar mit einem niedrigen Grad an Wahrscheinlichkeit, speist sich aber maßgeblich aus dem Werturteil, das grundlos Aufklärung nicht verlangt werden soll; das bringt die Formulierung, Willkür sei in der Regel nur bei Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte anzunehmen, mehr oder minder treffend zum Ausdruck.

274 So etwa BGH, Urt. v. 26.4.2018 – VII ZR 139/17, II 3c; NJW 2019, 76, 78.

275 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 118.

276 Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, II 1d), NJW 1984, 2888, 2889.

Zur Veranschaulichung kann die Entscheidung BGH NJW 1989, 2947 herangezogen werden:²⁷⁷ Dort hatte eine Veterinärmedizinstudentin, die an einem seltenen Virus erkrankt war, behauptet, sich durch die Berührung eines angeblich unbeaufsichtigt auf dem Campus der Hochschule herumlaufenden Hundewelpen infiziert zu haben.²⁷⁸ Das Virus wird durch Tierkontakt übertragen und ist im Freien nur begrenzt lebensfähig.²⁷⁹ Die Studentin vermutete, dass an der Hochschule mit diesem Virus experimentiert worden sei und gründete darauf den Vorwurf einer Verkehrssicherungspflichtverletzung.²⁸⁰ Dem auf Beiziehung der Forschungsunterlagen gerichteten Beweisantrag wollte das Berufungsgericht nicht stattgeben.²⁸¹ Zu Unrecht, wie der BGH entschied:²⁸² Es handle sich nicht um einen Rechtsmissbrauch, da die Klägerin angesichts der behaupteten Anhaltspunkte „verständlicherweise den nicht ganz hergeholten Verdacht haben kann, sie habe sich in der Tierärztlichen Hochschule mit diesem Virus infiziert.“ Dass ein Professor der Hochschule Experimente mit dem fraglichen Virus in seiner Zeugenaussage ausgeschlossen habe, hindere die Klägerin nicht daran, eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts zu verlangen.²⁸³

In der Entscheidung wird deutlich, dass es weder darauf ankommt, ob die Beweisbarkeit der Vermutung den Umständen nach wenig wahrscheinlich erscheint, noch wie glaubhaft die behaupteten Anhaltspunkte – hier in Form des unbeaufsichtigten Welpen auf dem Hochschulgelände – sind: Entscheidend ist allein, ob die Vermutung bei Wahrunterstellung der Anhaltspunkte verständlich und in diesem Sinn plausibel ist. In Abgrenzung dazu kann man sich den Fall des Zahlvaters vor Augen führen, der ohne jegliche Anhaltspunkte die Einrede des Mehrverkehrs erhebt, und mit dieser an sich schlüssigen, möglicherweise auch zutreffenden, jedoch rein spekulativen Tatsachenbehauptung keines Rechtsschutzes bedarf.

277 Vgl. dazu auch *Schlosser*, JZ 1991, 599, 605 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

278 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, NJW 1989, 2947.

279 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 2, NJW 1989, 2947.

280 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, NJW 1989, 2947.

281 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 3, NJW 1989, 2947.

282 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 3, NJW 1989, 2947 f.

283 BGH, Urt. v. 4.7.1989 – VI ZR 309/88, II 3, NJW 1989, 2947 f.

II. Konkrete Anhaltspunkte auf Grund von Wahrnehmungen

Die konkreten Anhaltspunkte dürfen sich ihrerseits nicht auf bloße Spekulation beschränken, sondern es muss sich um eine Wissensmitteilung handeln, die auf entsprechenden Wahrnehmungen der Partei beruht. Im Fall der Veterinärmedizinstudentin genügte das Zusammenspiel der Seltenheit des Virus und des möglichen Virusüberträgers in Gestalt des Welpen, um die Vermutung von Experimenten seitens der Hochschule als nicht ganz unbegründet erscheinen zu lassen. War die Partei selbst nicht unmittelbar am Geschehen beteiligt, muss sie tatsächliche Anhaltspunkte in Form von ihr mitgeteilten Wahrnehmungen Dritter behaupten.²⁸⁴ Auch der Dritte muss konkrete Anhaltspunkte für die fragliche Behauptung haben, was sich insbesondere aus eigenen Wahrnehmungen ergeben kann. Eine haltlose Spekulation wird nicht dadurch zum konkreten Anhaltspunkt, dass die Partei sie aus zweiter oder dritter Hand erfährt.²⁸⁵ Als Anhaltspunkt für die Vermutung können bei einem entsprechenden Sachverhalt auch Erfahrungssätze herangezogen werden.²⁸⁶

Ein Ausforschungsbeweis in Form von Geratewohl-Behauptungen kommt demnach nicht in Betracht, wenn die Partei aus eigenem Wissen zu einem Geschehen vorträgt, an dem sie selbst beteiligt war.²⁸⁷ Werden etwa Zusicherungen mit einem bestimmten Inhalt anlässlich von Vertragsverhandlungen behauptet, an denen die Partei selbst beteiligt gewesen sein will, scheidet der Vorwurf einer Geratewohl-Behauptung zum Inhalt der angeblichen Zusicherung bereits von vornherein aus.²⁸⁸ Die Annahme einer Geratewohl-Behauptung kommt daher auch nicht in Betracht, wenn die Partei ihr Wissen von Dritten erlangt haben will, die am Geschehen beteiligt gewesen sein sollen.²⁸⁹ Hat das Gericht Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Behauptung, weil es etwa an einer Schilderung der Begleitumstände fehlt, berechtigt das nicht zu einer vorweggenommenen Beweiswürdigung.

284 BGH, Urt. v. 8.5.2002 – I ZR 28/00, II 2b, NJW-RR 2002, 1433 1435; Greger, in: Zöller, ZPO, ³³2020, § 284 Rn. 8c; Brögelmann, JR 2005, 309, 313.

285 Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1980 – VI ZR 308/79 B II 2b) bb), NJW 1981, 2062, 2064: Zweifel an der Authentizität eines Tagebuchs können nicht allein damit begründet werden, dass Dritte ebenfalls Zweifel geäußert haben.

286 Stürner, Aufklärungspflicht, 1976, S. 124 m. w. N.

287 BGH, Urt. v. 21.6.2018 – IX ZR 129/17, II 2c; NJW-RR 2018, 1150, 1152.

288 Vgl. auch BGH, Urt. v. 26.5.1999 – VIII ZR 123/98 II 4c, NJW-RR 1999, 1481 1484.

289 Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 345/97, II 2c, NJW-RR 1999, 360.

III. Kritik an der Plausibilitätskontrolle im Sinne *Stürners*

Zu einem anderen Ergebnis kommt letztlich *Stürner*: Er versichert zwar, dass die von ihm vorgeschlagene Plausibilitätskontrolle nicht im Entferntesten das Gericht von der Wahrheit der Behauptung überzeugen soll,²⁹⁰ sondern es darum gehe, dass die Partei den Grund ihrer Streitlust plausibel macht.²⁹¹ *Stürner* wird aber seinem eigenen Ansatz untreu, wenn er meint, auch wer aus eigener Wahrnehmung vortrage, schulde Angaben zu Ort, Zeit und Umständen.²⁹² Das hat mit der Unzulässigkeit von aufs Geratewohl behaupteten, abstrakt-denkbaren Möglichkeiten nichts mehr zu tun; vielmehr soll damit der Gefahr einer bewusst erlogenen Behauptung Vorbeuge geleistet werden.²⁹³ Die Entscheidung BGH WM 1962, 719 etwa hält *Stürner* für zu großzügig, weil dort die Partei sich jener Angaben, die ihr bei Beteiligung an dem behauptetem Geschehen eigentlich möglich sein müssten, enthielt.²⁹⁴ Solche „Lücken“ könnten nur durch Zeitablauf oder hohes Alter gerechtfertigt werden.²⁹⁵ Damit gibt sich auch die Plausibilitätskontrolle im Sinne *Stürners* im Ergebnis als eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung zu erkennen, die ihre Überzeugung von der Unerweislichkeit nicht unter der Ausschöpfung prozessualer Erkenntnismöglichkeiten gewinnt, sondern dem Richter zur Abkürzung des Verfahrens eine entsprechende Prognose an Hand seines Erfahrungswissens zutraut.²⁹⁶

Stürner meint indessen, mit seinen Überlegungen nicht in Widerspruch zu § 286 ZPO zu stehen, weil Voraussetzung der Wahrheitserforschung bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Behauptung sei.²⁹⁷ Das folge aus der im Rahmen eines Versäumnisurteils nach § 331 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO gebotenen Schlüssigkeitsprüfung.²⁹⁸ Ein anderer Zweck als ein Wahrscheinlich-Machen der Behauptungen sei im Rahmen des § 331 ZPO schlechterdings nicht denkbar.²⁹⁹

Der Wahrscheinlichkeitsbegriff ist in diesem Zusammenhang zumindest missverständlich, denn dass ein tatsächliches Geschehen schlüssig be-

290 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 123.

291 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

292 Vgl. aber *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127.

293 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 126.

294 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127.

295 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 127 Anm. 119.

296 Vgl. auch schon *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 131.

297 Vgl. *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

298 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

299 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

hauptet wird, erlaubt angesichts der Möglichkeit einer Lüge oder doch zumindest unzutreffenden Wahrnehmung der Partei offenkundig keinen positiven Schluss auf die Wahrheit, geschweige denn die Beweisbarkeit der Behauptung.³⁰⁰ Die Überlegung *Stürmers* zum „Wahrscheinlichkeitsprinzip“³⁰¹ hat wohl im Kern auch eine andere Zielrichtung:³⁰² Ist die darlegungsbelastete Partei bereits nicht einmal in der Lage, ihr Begehren schlüssig vorzutragen, erlaubt die ZPO ausweislich des § 331 Abs. 2 2. HS ZPO die Folgerung, dass anspruchsbegründende Tatsachen nicht vorhanden sind und behandelt letztere in diesem Sinn als *unwahrscheinlich*. Allerdings macht § 331 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO die Säumnisfolgen unstreitig nur vom Vorhandensein eines schlüssigen Tatsachenvorbringens abhängig – wie aus einem so verstandenen Wahrscheinlichkeitsprinzip eine „Plausibilitätskontrolle“ mit dem Erfordernis zusätzlicher, schlüssigkeitsfremder Modalitäten transzendieren soll, bleibt auch bei *Stürner* offen.³⁰³ Eine Stütze im Gesetz hat die über das Verbot von Geratewohl-Behauptungen hinausgehende Plausibilitätskontrolle mithin nicht.

IV. Praktische Bedenken gegen das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte

Als bloßes Addendum soll abschließend auf einige praktische Bedenken gegen das Erfordernis tatsächlicher, als wahr zu unterstellender Anhaltspunkte bei vermutungsweisem Vorbringen eingegangen werden. Diesen Bedenken wohnt zwar für die Frage, ob ohne Anhaltspunkte, gleichsam aufs Geratewohl aufgestellte Behauptungen nach der Prozessordnung zulässig sein sollen, kein eigener Wert inne; gleichwohl werden sie in diesem Zusammenhang regelmäßig genannt und sollen deshalb nicht unerwähnt bleiben.

1. Die Gefahr erlogener Anhaltspunkte

Wegen der Gefahr, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte für die Vermutung frei erfunden werden, schlägt *Peters* vor, gleich ganz auf sie zu ver-

300 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 112.

301 Der Begriff stammt von *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, S. 150 f.

302 Vgl. dazu *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 117.

303 Unverständlich auch schon *Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951, S. 151.

zichten: Die herrschende Ansicht dränge die Partei zur Verletzung der Wahrheitspflicht.³⁰⁴ Das offenbart ein merkwürdiges Verständnis des Geltungsanspruchs von Gesetzesrecht; die Überlegung *Peters* läuft darauf hinaus, dem befürchteten Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO durch seine Legalisierung zuvorzukommen. Ergebnis einer Gesetzesauslegung ist dieses allein in einem rechtspolitischen Diskurs gültige Argument offenkundig nicht. Im Übrigen verfehlen die geforderten Anhaltspunkte ihren Sinn auch bei Wahrunterstellung nicht: Sie bieten den gleichen Schutz, der auch sonst durch die Schlüssigkeitsprüfung gewährleistet wird, namentlich eine unnötige Beweisaufnahme über rechtlich Unerhebliches zu vermeiden, im Falle der vermutungsweisen Behauptung also die Aufklärung eines Sachverhalts, für welche mangels tatsächlicher Anhaltspunkte kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Die Gefahr einer dreisten Lüge lässt sich so nicht verhindern, was allerdings auch für jede andere tatsächliche Behauptung gilt, ohne dass dadurch das Prinzip der Schlüssigkeitsprüfung als obsolet anzusehen wäre.

2. Der vermeintliche Verzicht auf Anhaltspunkte seitens der Rechtsprechung

Ebenfalls aus der Feder *Peters* stammt die Assertion, „zahlreiche“ Entscheidungen der Rechtsprechung würden auf jegliche Anhaltspunkte verzichten.³⁰⁵ Auch das ist offenkundig kein valides Argument gegen das Verbot von Geratewohl-Behauptungen, sondern lediglich der Vorwurf – vermeintlicher – Inkonsequenz seitens der Rechtsprechung. Im Übrigen dürfte dieser Vorwurf auch in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend sein.³⁰⁶ Es finden sich zwar vereinzelt Entscheidungen, die insoweit zumindest missverständlich sind. Ein prominentes Beispiel ist die sog. *Pressediens*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826, welche häufig als Beleg für die vermeintlich inkonsequente Zulassung einer anhaltlosen Behauptung durch den BGH angesehen wird.³⁰⁷ Dort behauptete der Kläger, ein konkurrierender juristischer Pressediens habe sich in seiner Werbung und in seinem Impres-

304 Vgl. *E. Peters*, *Ausforschungsbeweis*, 1966, S. 48.

305 Vgl. *E. Peters*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, ¹1992, § 138 Rn. 8.

306 So auch schon *Beckhaus*, *Sachverhaltsaufklärung*, 2010, S. 82 f.

307 Vgl. nur *Stürmer*, *Aufklärungspflicht*, 1976, S. 125 und *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 124, die sich gleichermaßen gegen diese vermeintliche Ausnahme vom Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte wenden.

sum zu Unrecht der Mitarbeit von rund 100 namhaften Juristen berührt.³⁰⁸ Der BGH hielt den Beklagten hierzu für erklärungsbelastet,³⁰⁹ ohne dass aus der Entscheidung deutlich wird, worauf der Kläger den Vorwurf einer unrichtigen Werbung gründete. Das scheint auf den ersten Blick einen Bruch mit der Linie nahezulegen, nach der Vermutungen ohne tatsächliche Anhaltspunkte keine Berücksichtigung finden. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, dass die Behauptung der unrichtigen Werbung keineswegs ohne Anhalt war: Vorinstanzlich hatte der Kläger nämlich angegeben, dass drei der in der Namensliste als Mitarbeiter genannten Personen nach ihren eigenen Erklärungen nichts von einer zugesagten Mitarbeit wüssten.³¹⁰ Entscheidungen des BGH, in denen schlüssige, aber anhaltlose Behauptungen als ausreichend angesehen würden, finden sich nicht.³¹¹

3. Der Missbrauch des Ausforschungsverbots durch die Instanzgerichte

Nicht nur die Literaturansicht, welche auf konkrete Anhaltspunkte verzichten will, konstatiert, dass die vermeintliche Kontrolle missbräuchlicher Geratewohl-Behauptungen ihrerseits Missbrauch durch die Instanzgerichte ermöglicht: Die Annahme von Geratewohl-Behauptungen erscheine zum Teil als der in das Gewand eines Arguments gekleidete Wunsch, unliebsame Beweisaufnahmen zu vermeiden.³¹² Auch wird bemerkt, dass Entscheidungen der Instanzgerichte, die sich auf das Verbot der Geratewohl-Behauptungen berufen, selten durch den BGH Bestätigung finden.³¹³ Daraus zu folgern, man solle das Verbot der Geratewohl-Behauptungen „vergessen“,³¹⁴ geht allerdings zu weit. Zum einen mag die Annahme von rechtsmissbräuchlichen Geratewohl-Behauptungen durch den BGH zwar selten

308 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, 1, NJW 1961, 826.

309 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828.

310 Vgl. OLG München, Urt. v. 26.3.1959 – 6 U 1319/58, Bl. 6 (unveröffentlicht).

311 Das gilt auch für die drei Entscheidungen, mit denen *E. Peters* die Behauptung „zahlreicher“ Ausnahmen belegen will, vgl. Münchener Kommentar zur ZPO, ¹1992, § 138 Rn. 8; vgl. dazu schon *Beckhaus*, Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 82 f.

312 *Osterloh-Konrad*, Informationsanspruch, 2007, S. 93; vgl. auch *E. Peters*, Ausforschungsbeweis, 1966, S. 46.

313 *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 33 Rn. 30.

314 So aber *Balzer/Walther*, Das Urteil, ³2018, S. 33 Rn. 30.

sein;³¹⁵ das kann allerdings schon darin seinen Grund haben, dass ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen, die seitens der Instanzgerichte mangels jeglicher Anhaltspunkte *zutreffend* unbeachtet bleiben, kaum durch den Rechtsbehelf angegriffen werden dürften. Zum anderen eignen sich auch andere Regeln des Prozessrechts zum Missbrauch – man denke nur an die Präklusionsvorschriften –, ohne dass deshalb deren Abschaffung verlangt würde. Entscheidend ist, dass bei Wahrunterstellung der tatsächlichen Anhaltspunkte kein Raum für verfahrensfremde Erwägungen verbleibt. Dass in der Praxis die Gefahr einer bewussten Missachtung jener Anforderungen durch die Instanzgerichte besteht, ist unterschiedslos zur Gefahr erlogener Anhaltspunkte seitens der Parteien und für die Geltung des Verbots der Geratewohl-Behauptungen gleichermaßen bedeutungslos. Die Verfahrensbeteiligten müssen ihr Verhalten nach den Anforderungen der Prozessordnung richten und nicht umgekehrt.

V. Ergebnisse

Richtig verstanden sind die von der Rechtsprechung geforderten Anhaltspunkte geeignet, die Institution des Zivilprozesses vor rein spekulativen Behauptungen zu schützen: Anhaltspunkte können für die vermutungsweise aufgestellte Behauptung verlangt werden, weil nur bei deren Vorliegen ein Rechtsschutzbedürfnis der Partei anzuerkennen ist. Die Anhaltspunkte für die Vermutung sind als wahr zu unterstellen, ebenso, wie ein Sachverhalt, der nach den Behauptungen der Partei auf sicherem Wissen beruht, im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung als wahr zu unterstellen ist. Deshalb kommt es auch nicht in Betracht, Vorbringen als unplausibel auszuschließen, wenn die Partei das Geschehen aus eigenem Wissen schildert. Das Verbot von Geratewohl-Behauptungen darf nicht mit einer Wahrheitskontrolle verwechselt werden. Ob die behauptete Tatsache gegeben ist oder nicht, kann zur Überzeugung des Richters nur im Rahmen einer Beweisaufnahme geklärt werden.

315 Vgl. die Nachweise bei *Beckhaus*, Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 84 f. und *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3125, Anm. 49.

