

## Zweiter Teil: Substantiiertes Bestreiten

Behauptungen setzen Tatsachenvortrag voraus (Substantiierung). Der Umfang der Substantiierungslast richtet sich nach dem Zweck des Tatsachenvortrags: Um zu prüfen, ob die Tatsachen unter einen bestimmten Rechtsatz subsumiert werden können, müssen sie klar und eindeutig geschildert werden. Mehrdeutige Tatsachenbehauptungen müssen in Einzeltatsachen zergliedert werden, um die Bedeutung zu klären und somit die Zuordnung zu einem Rechtsatz zu ermöglichen.

Zur Verteidigung können neben Rechtsausführungen auch Behauptungen in Form von Gegennormen vorgebracht werden. Diese Einreden müssen erheblich sein, für sie gilt daher als Substantiierungsmaßstab, dass eine Erheblichkeitsprüfung möglich sein muss. Es kann aber auch genügen, die Richtigkeit des gegnerischen Sachvortrags zu bestreiten (Klageleugnen). Um die Richtigkeit des gegnerischen Tatsachenvortrags anzugreifen, wird regelmäßig ein substantiiertes, d. h. auf positiven Angaben beruhendes Bestreiten verlangt. Gegenstand des zweiten Teils sind die Voraussetzungen, nach denen ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist.



## Erstes Kapitel: Einfaches und substantiiertes Bestreiten

Nach § 138 Abs. 2 ZPO haben sich die Parteien über die Tatsachenbehauptungen der Gegenseite zu erklären. Unterbleibt jegliche Erklärung, gelten die gegnerischen Tatsachenbehauptungen als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Der Wortlaut des § 138 Abs. 2 ZPO sagt aber nichts darüber aus, *wie* die Erklärung erfolgen soll. Das Gesetz regelt nur eine Form der Erklärung eindeutig: § 138 ZPO Abs. 4 ZPO ist zu entnehmen, dass eine Erklärung *mit Nichtwissen* über Tatsachen zulässig ist, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Der Umkehrschluss könnte lauten, dass ein substantiiertes Bestreiten immer dann erforderlich ist, wenn die Partei über Wissen verfügt.<sup>1</sup> Zum Teil wird diese Überlegung aber nicht für zwingend erachtet: Der Schluss sei ein „Irrweg“, gar eine „Gehörsverweigerung contra legem“, auch bei eigenem Wissen soll der Partei grundsätzlich ein „einfaches“ Bestreiten ohne nähere Angaben gestattet sein.<sup>2</sup>

Dieses Kapitel geht der Grundsatzfrage nach, ob ein „einfaches“ Bestreiten überhaupt je als ausreichend anzusehen ist, und wie die Erforderlichkeit eines substantiierten Bestreitens begründet werden kann.

### A. Leitlinien der Rechtsprechung zum „einfachen“ und substantiierten Bestreiten

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen das „einfache“ Bestreiten genügen oder substantiiertes Bestreiten erforderlich sein soll, haben sich in der Rechtsprechung des BGH verschiedene Leitlinien herausgebildet, die zunächst im Überblick dargestellt werden. Daran anschließend soll ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO Aufschluss darüber geben, wie es zu den divergierenden Leitlinien kommen konnte.

---

1 *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56; *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 11; *E. Schmidt*, in: AK-ZPO, 1987, § 138 Rn. 72; *Ambts*, Nichtwissen, 1997, S. 73 und 94; *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 97 f., 107.

2 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, <sup>3</sup>2018, S. 41 f. Rn. 50 und S. 43 Rn. 58.

## I. Überblick zu den Leitlinien der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des BGH können drei Linien unterschieden werden: Eine, wonach ein substantiiertes Bestreiten grundsätzlich erforderlich sein soll, eine, wonach das „einfache“ Bestreiten in der Regel genüge, und eine Misch-Formel, welche die beiden gegenläufigen Linien zu verbinden sucht.

### 1. Substantiiertes Bestreiten grundsätzlich erforderlich

Erst die Entscheidung BGH NJW-RR 1986, 60 hat zum Erfordernis des substantiierten Bestreitens in unmissverständlicher Weise Stellung bezogen:<sup>3</sup> Dort heißt es, grundsätzlich habe die Partei auf die Behauptungen des Gegners substantiiert, also mit näheren positiven Angaben zu erwidern, wenn ihr ein substantiiertes Gegenvortrag möglich sei; dies sei in der Regel dann der Fall, wenn sich die behaupteten Vorgänge in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben sollen.

### 2. „Einfaches“ Bestreiten „in der Regel“ ausreichend

Das genaue Gegenteil postuliert eine auf BGH NJW 1993, 1782 zurückgehende Rechtsprechungslinie:<sup>4</sup> „In der Regel“ genüge gegenüber einer Tatsachenbehauptung das „einfache“ Bestreiten des Gegners. Nähere Angaben seien nur ausnahmsweise zu verlangen, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens steht, während der Gegner die wesentlichen Tatsachen kennt (sog. sekundäre Darlegungslast).

---

3 BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.3.2010 – IX ZR 104/08, II 3a) aa), NJW 2010, 1357, 1358; BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, II 2b) aa), NJW 2015, 468, 469; BGH, Urt. v. 20.2.2018 – II ZR 272/16, III 2b) aa), NZG 2018, 497, 498.

4 BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3a, NJW 1993, 1782, 1783; weitere Nachweise unter C II 5.

### 3. Mischformel

Zum Teil wird auch versucht, die unterschiedlichen Postulate miteinander zu verbinden, so etwa in BGH NJW 2011, 1509:<sup>5</sup>

„Im Grundsatz hängt die Substantiierungslast des Bestreitenden davon ab, wie eingehend die darlegungspflichtige Gegenpartei vorgetragen hat [...]. In der Regel genügt aber gegenüber einer Tatsachenbehauptung der darlegungspflichtigen Partei ein einfaches Bestreiten des Gegners [...]. Eine darüber hinausgehende Substanziierungslast trifft die nicht darlegungsbelastete Partei im Regelfall nur dann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgeblichen Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr ergänzende Angaben zuzumuten sind [...].“

Der Widerspruch zwischen dem „Grundsatz“, das der erforderliche Substantiierungsgrad des Bestreitens von der Substantiierung der gegnerischen Behauptungen abhängen soll, und der „Regel“, wonach ein „einfaches“ Bestreiten ausreichend und substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise bei Informationsnot des Darlegungsbelasteten erforderlich sei, tritt hier deutlich hervor und wird durch die Entscheidung auch nicht an anderer Stelle aufgelöst.

### 4. Standpunkte der Literatur

In der Literatur reicht die Einschätzung dieser „Unstimmigkeiten“<sup>6</sup> von der vorsichtigen Anmerkung, die Rechtsprechung sei hier „nicht ganz einheitlich“<sup>7</sup> bis zum Befund *Adloffs*, ob der BGH sein eigenes Regel-Ausnahme-Verhältnis noch richtig nachvollziehe, sei recht fraglich.<sup>8</sup> Die Widersprüchlichkeit und der Mangel an einer zwingenden Begründung lassen

---

5 BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 146/10, II 2a, NJW 2011, 1509, 1511; ähnlich auch schon BGH, Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 42/93 II 3, NJW 1995, 3311, 3312; BGH, Urt. v. 15.6.2000 – I ZR 55/98, II 6b, NJW-RR 2000, 1635, 1638.

6 *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 119.

7 *von Selle*, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, <sup>35</sup>Ed. Stand: 1.1.2020, § 138 Rn. 16; *V. Schultz*, NJW 2017, 16, 20; *Arz/Gemmer*, JuS 2020, 935, 937; vgl. auch schon *Hansen*, JuS 1991, 588, 589 Anm. 23.

8 *Adloff*, Vorlagepflichten, 2007, S. 178 f.; ähnlich auch schon *Hackenberg*, Nichtwissen, 1996, S. 118 Anm. 84 a. E., der dem BGH „Unsicherheiten“ attestiert.

die tradierten Formulierungen als bloße Leitlinien ohne Anspruch auf Allgemeingültigkeit erscheinen. Das ist in der Entwicklung der letzten Jahrzehnte besonders augenfällig geworden; Zusammenhangslosigkeit wurde der Rechtsprechung in diesem Bereich allerdings auch schon früher bescheinigt.<sup>9</sup> *Stephan* hat die Ambiguität des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bereits im Jahr 1968 trefflich eingefangen:<sup>10</sup> Die Rechtsprechung verlange substantiiertes Bestreiten, wenn „(nur) der Bestreitende die Verhältnisse genau kennt“ – die Einklammerung lässt sowohl Regel als auch Ausnahme möglich erscheinen.

Auch die Literatur lässt einen einheitlichen Standpunkt vermissen. Mehrheitlich hält sie ein substantiiertes Bestreiten für geboten, wenn die Partei in der Lage ist, positive Angaben zu machen.<sup>11</sup> Daneben gibt es jedoch Stimmen, die ausdrücklich ein „einfaches“ Bestreiten gegenüber substantiierten Behauptungen genügen lassen und davon nur eine Ausnahme machen wollen, wenn sich der Darlegungsbelastete in einem Fall der „sekundären Darlegungslast“ in Informationsnot befindet.<sup>12</sup> Schließlich bleibt bei zahlreichen Ausführungen der eigentliche Standpunkt dunkel; zum Teil ist in den letzten Jahren nicht einmal mehr klar, ob im Rahmen des § 138 Abs. 2 ZPO zwischen substantiiertem Bestreiten einerseits und der „sekundären Darlegungslast“ andererseits begrifflich überhaupt noch differenziert werden soll.<sup>13</sup>

---

9 So etwa *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 85 f.; vgl. auch *Stürner*, ZZP 104 (1991), 203, 213 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

10 Vgl. *Stephan*, in: Zöller, ZPO, <sup>10</sup>1968, § 138 III.

11 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, <sup>16</sup>2019, § 138 Rn. 10; *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, <sup>5</sup>2016, Rn. 19 f.; *Wöstmann*, in: Saenger, ZPO, <sup>8</sup>2019, § 138 Rn. 4; *Prütting/Gehrlein*, ZPO, <sup>11</sup>2019, § 138 Rn. 10; *Laumen*, in: Hdb. d. Beweislast, <sup>4</sup>2019, S. 193, Rn. 86; *Zeiss/Schreiber*, ZPR, <sup>12</sup>2014, S. 167 Rn. 383; *Musielak/Voit*, Grundkurs, <sup>14</sup>2018, S. 260 Rn. 726; *Paulus*, Lehrbuch, <sup>6</sup>2017, S. 107 Rn. 277; *Jauernig/Hess*, ZPO <sup>30</sup>2011, S. 175 § 43 III 2b; *M. Schwab*, ZPR, <sup>5</sup>2016, S. 140 Rn. 239; Nachweise zur älteren Literatur fortlaufend in Kap. 1 B.

12 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, <sup>3</sup>2018, S. 42 f. Rn. 57 f.; ihnen folgend *Bischoff*, JA 2010, 532, 534; so wohl auch *B/L/H/Anders*, ZPO, <sup>78</sup>2020, § 138 Rn. 18 f.; aus der älteren Literatur *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 66; *Wieczorek*, ZPO, <sup>2</sup>1976, § 138 D I a–D Ia 3, *Blomeyer*, ZPR, <sup>2</sup>1985, S. 307 § 59 I 3b.

13 Seit der 60. Aufl. 2002 synonyme Verwendung bei *B/L/A/Hartmann*, ZPO, vgl. dort § 138 Rn. 29. Undeutlich seit der 20. Aufl. 1983 auch *Stein/Jonas*, ZPO, wo seitdem die Erklärung *Leipolds* fortgeschrieben wird, verlange man eine Substantiierung des Bestreitens, „so heißt dies nichts anderes, als daß auch dem Gegner der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei eine gewisse (sekundäre) *Behauptungslast* auferlegt wird“, vgl. dort § 138 Rn. 28 (Hervorhebung im Original).

Im Folgenden soll die Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO kurz skizziert werden. Sie vermag in erster Linie Aufschluss über das Fehlen eindeutiger Maßstäbe zu geben. Ihr schließt sich ein Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung in den Jahrzehnten nach Inkrafttreten der ZPO an.

## II. Überblick zur Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO

Bei den Vorarbeiten<sup>14</sup> zu § 138 ZPO wurde die Frage, ob „einfaches“ oder substantiiertes Bestreiten erforderlich sein soll, unter zwei Gesichtspunkten diskutiert: Zum einen, ob es genügen sollte, die Behauptungen des Gegners „allgemein“ zu leugnen, oder es geboten sei, sich zu jeder Behauptung einzeln zu erklären;<sup>15</sup> zum anderen, ob der Erklärung konkrete Gegenangaben zu Grunde zu legen seien.<sup>16</sup> Für das „allgemeine Leugnen“ bedarf es zunächst einer Begriffsklärung.

### 1. Das „allgemeine“ Leugnen

Bis zum jüngsten Reichsabschied im Jahr 1654 schwankte die Reichskammergerichtsordnung zwischen der Möglichkeit, eine Klage entweder nur summarisch zu begründen oder in einzelne Artikel zu zergliedern.<sup>17</sup> Nur

---

14 Das sind – soweit hier von Interesse – in erster Linie die Beratungen über den Entwurf einer allgemeinen Civilprozessordnung für die Deutschen Bundesstaaten, welcher ob des Orts der Beratungen als Hannoverscher Entwurf bezeichnet wird (im Folgenden: HE) und die Beratungen über den Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund, vollständig veröffentlicht im Jahr 1870 (in folgenden: NE). – Der HE bildet zusammen mit dem im Jahr 1864 veröffentlichten Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat (im Folgenden: PE) die Beratungsgrundlage für den NE. Von den unmittelbaren Vorarbeiten hervorzuheben sind noch der Entwurf des preußischen Justizministeriums (Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung nebst Begründung, 1871; im Folgenden: E I) und der Entwurf der Sachverständigenkommission (Begründung des Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, 1872; im Folgenden: E II, zitiert als *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, <sup>2</sup>1881).

15 Prot. (HE) Bd. 14, 1865, S. 5008; Prot. (NE), 1868, S. 287 f.; Begr. zum E I, 1871, S. 293; *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 214.

16 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87–89.

17 Vgl. zur Entwicklung im Einzelnen *Schwartz*, Civilprozeß-Gesetzgebung, 1898, S. 81 f.; 108 f., 117 f., 121.

bei einer artikulierten Klage musste der Beklagte sich zu jeder einzelnen Behauptung mit den Worten „Wahr“ oder „Nicht wahr“ erklären;<sup>18</sup> eine unbestimmte, d. h. nicht auf eine spezielle Behauptung bezogene Beantwortung konnte dann als Geständnis aufgefasst werden.<sup>19</sup> Eine bloß summarisch vorgetragene Klage dagegen durfte der Beklagte ganz „allgemein“ verneinen, mit der Folge, dass der Kläger jede einzelne Behauptung zu beweisen hatte.<sup>20</sup> Der Jüngste Reichsabschied brach mit dieser Differenzierung und bestimmte, dass sich der Beklagte auch über eine summarisch vorgetragene Klage zu jeder Behauptung einzeln zu erklären hatte, erklärte also zumindest augenscheinlich das „allgemeine“ Leugnen für unzulässig.<sup>21</sup>

## 2. Allgemeines Leugnen und Erforderlichkeit von Gegenangaben im Hannoverschen Entwurf

Für die Behandlung der Frage, ob nach der ZPO ein Bestreiten „allgemein“ oder zu jeder einzelnen Behauptung, und wenn ja, unter Zugrundelegung von Gegenangaben erfolgen soll, sind vor allem die Beratungen zum Hannoverschen Entwurf aufschlussreich. Dort herrschte die Auffassung vor, dass ein allgemeines Leugnen sämtlicher gegnerischen Behauptungen nicht zulässig sei. Stattdessen hatten sich die Parteien zu jeder Behauptung des Gegners einzeln zu erklären. So bestimmte der Entwurf nach erster Lesung:<sup>22</sup>

„Thatsachen sind der Wahrheit gemäß, vollständig und bestimmt vorzutragen. Ein allgemeines Zugeständnis der von der Gegenpartei behaupteten Thatsachen ist zulässig, nicht aber ein allgemeines Ableugnen derselben. Jede Partei hat sich, den Fall eines allgemeinen Zugeständnisses ausgenommen, über jede einzelne von der Gegenpartei behauptete erhebliche Thatsache bestimmt zu erklären. [...]“

Man könnte versucht sein, aus dem Gebot, sich über jede einzelne Behauptung des Gegners auch „bestimmt“ zu erklären, die Erforderlichkeit kon-

---

18 Wetzell, System, <sup>3</sup>1878, S. 947.

19 Schwartz, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, S. 82.

20 Vgl. Schwartz, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, S. 109.

21 Wetzell, System, <sup>3</sup>1878, S. 947; vgl. aber zur inkonsequenten Durchführung Schwartz, Civilproceß-Gesetzgebung, 1898, 121 f.

22 (HE) Anlage C, 1863; vgl. auch Prot. (HE) Bd. 14, 1865, S. 5008.



kreter Gegenangaben zu folgern. Zur Klarstellung wurde vorgeschlagen, die Vorschrift dahingehend zu ergänzen, die Partei müsse sich bestimmt erklären „und (sagen,) wie sich die Sache anders verhält“.<sup>23</sup> Schon der Jüngste Reichsabschied habe dies verlangt und es sei wünschenswert, dessen Bestimmung, die sich als praktisch bewährt habe, zu übernehmen, oder wenigstens mittels des Protokolls einen Anhaltspunkt für die dereinstige Auslegung geben.<sup>24</sup> Gemeint war damit der § 37 JRA, in dem es heißt, der Beklagte habe „kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar“ zu sagen, „ob und worin das Factum anderst als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte [...]“.<sup>25</sup>

Der Vorschlag wurde indessen mehrheitlich abgelehnt<sup>26</sup> und die vehement geführte Diskussion zeigt, dass hier ein grundsätzlicher Dissens bestand. Unter anderem wurde eingewandt, der Vorschlag greife tief in die Verteidigungsrechte der Parteien ein: Der Bestreitende wäre gegebenenfalls gezwungen, mit seiner Erklärung anspruchsbegründende Tatsachen, deren Beibringung eigentlich Sache des Darlegungsbelasteten sei, zu offenbaren.<sup>27</sup> Dagegen wurde argumentiert, eine Erklärung, bei welcher es der Partei gestattet sein soll, Behauptungen in Abrede zu stellen ohne angeben zu müssen, wie es sich anders verhalte, hieße dem Richter die Wahrheit vorenthalten.<sup>28</sup> Vermittelnd wurde auf das richterliche Fragerecht verwiesen; letzteres sei geeignet, im Einzelfall Abhilfe zu verschaffen.<sup>29</sup>

### 3. Allgemeines Leugnen und Erforderlichkeit von Gegenangaben in den späteren Entwürfen

Neben dem Hannoverschen Entwurf hatte sich auch der Preußische Entwurf gegen die Möglichkeit eines „allgemeinen“ Ableugnens ausgesprochen, wenn auch nicht in der gleichen Deutlichkeit.<sup>30</sup> Zur Erforderlich-

---

23 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87.

24 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87.

25 Zitiert nach *Wetzell*, System, <sup>3</sup>1878, S. 947.

26 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 89.

27 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 87.

28 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, S. 88.

29 Prot. (HE) Bd. 1, 1862, 87 f.

30 Vgl. § 259 Abs. 1 des Entwurfs: „Jede Partei ist verpflichtet, die Thatsachen, auf welche sie ihre Anträge gründet, bestimmt und unzweideutig anzugeben und sich über die von dem Gegner angeführten Thatsachen bestimmt und unzweideutig zu erklären.“

keit, den einzelnen Behauptungen des Gegners positive Angaben gegenüber zu stellen, findet sich hier nicht Eindeutiges. Im Norddeutschen Entwurf wurde dann aber auch die Zulässigkeit eines „allgemeinen“ Bestreitens wieder debattiert: Ob ein allgemeines Bestreiten genüge, sei eine tatsächliche, nicht generell zu entscheidende Frage, wobei Für und Wider dem richterlichen Fragerecht als Korrekturmittel in Zweifelsfällen argumentiert wurde.<sup>31</sup> Das Ergebnis war, dass man der Würdigung eines allgemeinen Bestreitens im Einzelfall nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorgreifen wollte.<sup>32</sup> Zustimmung fand folgende Formulierung:<sup>33</sup>

„Jede Partei hat sich, außer dem Falle eines allgemeinen Zugeständnisses, über die von dem Gegner behaupteten erheblichen Thatsachen so bestimmt zu erklären, daß nicht zweifelhaft bleibt, was zugestanden und was bestritten ist.“ (§ 310 des NE)

In den Begründungen zum E I und E II heißt es nur noch knapp unter Verweis auf die Protokolle zum Norddeutschen Entwurf, ob ein allgemeines Bestreiten ausreichend sei, müsse der Würdigung durch das Gericht im Einzelfall überlassen bleiben.<sup>34</sup> Es schließen sich einige grundsätzliche Überlegungen zur Rolle des Richters an:<sup>35</sup> Vollumfänglich kämen die Vorzüge des mündlichen Verfahrens nur bei einer ausgedehnten Verhandlungsleitung durch den Richter zur Geltung, der fördernd auf den Prozess und die Gestaltung des Rechtsstreits einwirken soll; die Ausführungen gehen fließend in die Begründung des Fragerechts i. S. v. § 139 ZPO über.

### III. Schlussfolgerungen aus der Entstehungsgeschichte für das Normverständnis

Die im E II stark verdichtete Fassung des § 138 Abs. 2 ZPO lässt die während der Normgenese zutage getretenen Streitfragen nicht erkennen. Den Vorarbeiten zu dieser Vorschrift kann entnommen werden, dass eine Festlegung hinsichtlich der Erforderlichkeit einer konkreten Gegenerklärung

---

31 Prot. (NE), 1868, S. 287 f.

32 Prot. (NE), 1868, S. 288.

33 Vgl. Prot. (NE), 1868, S. 288; hier in der redaktionellen Endfassung wiedergegeben, vgl. NE, 1870, § 310.

34 Begr. zum E I, 1871, S. 293; *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 214.

35 *Hahn/Stegemann*, Materialien zur CPO, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 214 f.

im Rahmen des Bestreitens nicht gewollt war.<sup>36</sup> Statt abstrakt-genereller Regelungen vertraute man die Beurteilung, ob die Erklärung im Einzelfall als ausreichend anzusehen sei, dem Richter an, dem man mit dem Frage-recht ein wirksames Instrument an die Hand gegeben zu haben glaubte.<sup>37</sup> Da der Richter sich aber zunächst selbst die grundsätzliche Frage stellen muss, was nach der Prozessordnung als ausreichend und was als ungenügend anzusehen ist,<sup>38</sup> zeichnet sich hier bereits ab, dass die während der Ausarbeitung des § 138 ZPO zu Tage getretene Streitfrage nur auf eine andere Ebene verschoben worden ist. Weder genügt es daher, das Erfordernis eines substantiierten Bestreitens auf einen Umkehrschluss aus § 138 Abs. 4 ZPO zurückzuführen; denn dass die Erklärung mit Nichtwissen bei fehlender Kenntnis die Folgerung erlaubt, der Gesetzgeber habe im Rahmen des § 138 Abs. 2 ZPO bei entsprechender Kenntnis ein substantiiertes Bestreiten gewollt, greift angesichts der Entstehungsgeschichte dieser Norm zu kurz. Noch kann die Ansicht, die ein substantiiertes Bestreiten bei eigener Kenntnis grundsätzlich für erforderlich hält, rundweg als Auslegung *contra legem* abqualifiziert werden: Auch dem „einfachen“ Bestreiten wollte der Gesetzgeber keinen Vorrang einräumen. Das schließt nicht aus, dass sich der Prozessordnung an anderer Stelle eine Antwort entnehmen lässt. Es gilt daher, klare Grundsätze zum „einfachen“ und substantiierten Bestreiten zu erarbeiten, deren Begründung über Evidenzerlebnisse hinaus geht und die für sich in Anspruch nehmen können, der Konzeption der ZPO zu entsprechen.

#### IV. Entwicklung der Rechtsprechung nach Inkrafttreten der ZPO

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 2 ZPO vermag die unsichere Behandlung der Materie durch die Rechtsprechung kaum zu überraschen. Als erste Entscheidungen, die sich mit den Anforde-

---

36 So auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 142, der zutreffend bemerkt, dass die weitergehende Ansicht *Stürmers*, § 138 Abs. 3 ZPO sei eine Kann-Vorschrift (vgl. Aufklärungspflicht, 1976, S. 238), nicht von den Materialien gedeckt ist. *Brehms* eigene Formulierung, § 138 Abs. 2 ZPO erlaube dem Richter nur ein „ermessen“, ob „einfaches“ oder substantiiertes Bestreiten erforderlich sei, ist allerdings auch nicht ganz glücklich gewählt, vgl. Bindung des Richters, 1982, S. 142.

37 Vgl. auch *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 238 Anm. 11 a. E.

38 Ähnlich *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 13 Anm. 11 und S. 66 f.

rungen an die Qualität des Bestreitens näher auseinandersetzen, werden häufig RG JW 1911, 184 und RG JW 1912, 199 angeführt.<sup>39</sup>

In RG JW 1911, 184 blieb die Ansicht der Vorinstanz, die vermissten positiven Angaben ließen darauf schließen, dass das Bestreiten „nicht ernstlich“ gemeint sei, im Ansatz unbeanstandet; da der Beklagte jedoch eingewandt hatte, zu positiven Angaben außerstande zu sein, hielt das Reichsgericht den Schluss im konkreten Fall für unzulässig.<sup>40</sup> RG JW 1912, 199 musste sich mit einer Konstellation auseinandersetzen, in welcher die Beklagte auf Frage des Gerichts, ob sie alle oder nur einzelne Behauptungen bestreiten wolle, entgegnete, sie wolle nicht alle Behauptungen bestreiten, könne aber keine weitere Erklärung abgeben; das Reichsgericht hielt dies für zu unbestimmt.<sup>41</sup>

Die Deutung jener Entscheidungen in der nachfolgenden Kommentarliteratur, mit Ausnahme der Fälle, in denen der Partei eine Substantiierung nicht zugemutet werden könne, sei „im allgemeinen“ nur das Bestreiten mittels einer positiven Gegendarstellung als ernstlich anzusehen,<sup>42</sup> ist konsequent. Sie geht jedoch in ihrer Verbindlichkeit über das tatsächlich Gesagte deutlich hinaus. Verhaltener gibt sich der ins Nachschlagewerk des Reichsgerichts aufgenommene Leitsatz einer Entscheidung aus dem Jahr 1910:

„Der § 138 sagt nicht, *wie* jede Partei sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären habe. Es kann daher das bloße Bestreiten ausreichen, um die Geständnisfolge auszuschließen. Hierüber aber [sic] ob nicht vielmehr mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der aufgestellten Behauptungen mehr, als ein allgemeines Bestreiten erforderlich sei, hat das Gericht unter Würdigung der Umstände des Falles zu entscheiden.“<sup>43</sup>

---

39 Vgl. etwa *Morhard*, Informationspflicht, 1993, S. 9.

40 RG, Urt. v. 1.12.1910 – VII ZR 223/10, JW 1911, 184.

41 RG, Urt. v. 5.12.1911 – II ZR 247/11, JW 1912, 199.

42 Vgl. *Stein/Jonas*, ZPO, <sup>12</sup>1925, § 138 I 2; ab der 15. Aufl. 1934 wieder zu Gunsten einer relativierenden Formulierung aufgegeben, vgl. auch aktuell *Kern*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, <sup>23</sup>2016, § 138 Rn. 30.

43 RG, Urt. v. 23.4.1910 – I ZR 199/09, NSW ZPO § 138 Nr. 6 (Hervorhebung im Original; richtig müsste es – wie auch in der Entscheidung selbst – „oder“ statt „aber“ heißen, vgl. BArch R 3001/8182, fol. 91, 92).

Damit wird gleichsam auf den Ausgangspunkt zurückverwiesen. Erst eine frühe Entscheidung des BGH bezieht deutlicher Position:<sup>44</sup> Der Kläger behauptete dort, der Beklagten die Lieferung von 500 Tonnen Stahl zum Preis von 50.000 DM vermittelt zu haben und berechnete davon ausgehend die Höhe seines Provisionsanspruchs. Die Beklagte beschränkte sich zunächst darauf, ohne weitere Angaben die Höhe des Anspruchs zu bestreiten.<sup>45</sup> Nach Ansicht des BGH durfte das Berufungsgericht dieses Bestreiten zu Recht als unwirksam ansehen:<sup>46</sup> Da die Beklagte selbst an dem streitigen Geschehen beteiligt gewesen sei, müsse sie ihrem Bestreiten positive Gegenangaben zu Grunde legen. Grundsätzliche Erwägungen lässt aber auch diese Entscheidung vermissen.

Während sich ein Teil der Literatur nach Inkrafttreten der ZPO schon bald darauf festlegte, das positive Gegenangaben dort, wo sie möglich sein müssten, als substantiiertes Bestreiten von der Partei zu fordern seien,<sup>47</sup> sollte rund ein Jahrhundert vergehen, bevor schließlich BGH NJW-RR 1986, 60 diesen Gedanken in aller Klarheit zur Doktrin erhob.<sup>48</sup> Auch dort fehlt es jedoch an einer Begründung, warum das substantiierte Bestreiten bei entsprechender Kenntnis der Partei grundsätzlich geboten sein soll.

## B. Die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens

Ein anschauliches Beispiel, an dem die Erforderlichkeit eines substantiierten Bestreitens diskutiert werden kann, findet sich bei *Brehm*.<sup>49</sup> Der Kläger verlangt Kaufpreiszahlung in Höhe von 1.000 EUR. Der Anspruch ist dem Grunde nach unstreitig, streitig ist allein die Höhe. Der Beklagte hält die geforderten 1.000 EUR für unzutreffend, weil er davon überzeugt ist, dass nur 800 EUR vereinbart worden sind. Er hat allerdings kein Interesse daran, das Bestreiten des behaupteten Kaufpreises auf eine substantiierte Ge-

---

44 BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49; vgl. auch *Morhard*, 1993, Informationspflicht, S. 17.

45 BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49, 50.

46 BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49, 50.

47 *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112, § 35 III 2; *O. Fischer*, Lehrbuch, 1918, S. 167; *Stein/Jonas*, ZPO, <sup>12</sup>1925, § 138 I 2.

48 Grundsätzliche Überlegungen finden sich schon in der Entscheidung BGH NJW 1961, 826, 828, auf die BGH NJW-RR 1986, 60 auch Bezug nimmt; dort kommen sie allerdings nur unvollkommen zum Ausdruck.

49 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 87; ähnlich auch *Braun*, ZPR, 2014, S. 506 § 32 II 2b.

gendarstellung zu stützen; denn dann wäre bei Angabe des nach Auffassung des Beklagten vereinbarten Kaufpreises – 800 EUR statt 1.000 EUR – das klägerische Begehren zum (Groß-)Teil begründet.<sup>50</sup>

Aus dem Wahrheitsgebot des § 138 Abs. 1 ZPO ergibt sich die Pflicht, irreführende und entstellend verkürzte Erklärungen zu unterlassen. Daher kommt es von vornherein nicht in Betracht, dass die Partei lapidar die *Vereinbarung* des Kaufpreises mit dem Hintergedanken bestreitet, der Preis sei jedenfalls nicht *so* vereinbart worden. Damit würde irreführenderweise der Eindruck erweckt, es sei gar kein Preis vereinbart worden.<sup>51</sup> Statt die Vereinbarung des behaupteten Kaufpreises als solche in Abrede zu stellen, muss deutlich werden, dass der Anspruch lediglich der Höhe nach bestritten wird. Der Bestreitende muss also sagen, es sei anders gewesen. Ob er auch sagen muss, weshalb es anders gewesen sein soll, ergibt sich daraus noch nicht. Letzteres wird aber überwiegend gefordert: Derjenige, der nicht die Vereinbarung eines Kaufpreises als solche, sondern nur die Höhe desselben bestreitet, müsse angeben, welcher Kaufpreis stattdessen vereinbart worden sein soll.<sup>52</sup> Die Begründungsansätze hierzu sind vielfältig; gemeinsam ist ihnen, dass sie sich nicht mit dem als Wortlautauslegung schon zweifelhaften, bei historischer Betrachtung unhaltbaren Evidenzargument zufriedengeben, substantiiertes Bestreiten sei erforderlich, „weil es so in § 138 Abs. 2 ZPO steht.“<sup>53</sup>

## I. Gebot zu konkreten Gegenangaben auf Grund der Wahrheitspflicht

Teilweise wird § 138 Abs. 1 ZPO ein Gebot zu konkreten Gegenangaben im Rahmen des Bestreitens entnommen, da sich die Partei nach dem Wortlaut dieser Norm nicht nur wahrheitsgemäß, sondern darüber hinaus

---

50 Die Parallele zum Stahlgeschäfte-Fall (siehe oben A IV) ist unübersehbar: Dort räumt die Beklagte schließlich ein, statt der behaupteten 500 Tonnen zu 50.000 DM immerhin 300 Tonnen zu 30.000 DM vermittelt bekommen zu haben, nachdem sie die Höhe zunächst unzulässigerweise „einfach“ bestritten hatte, vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1953 – II ZR 27/53, BGHZ 12, 49, 50.

51 *Braun*, ZPR, 2014, S. 506 § 32 II 2b.

52 *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112 § 35 III 2; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 87; *Braun*, ZPR, 2014, S. 508 § 32 II 2b; *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 102.

53 So aber *E. Schneider*, MDR 1969, 579, 580 (Anm. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68); vgl. auch *ders*, MDR 1962, 361, 363, wo versichert wird, dass nur substantiiertes Bestreiten zulässig sei, ergäbe sich „eindeutig“ aus § 138 Abs. 2 ZPO.

auch *vollständig* zu erklären habe.<sup>54</sup> Vollständig, so die Überlegung, sei nur ein substantiiertes Bestreiten, durch das dem Vortrag des Gegners positive Angaben in Form einer Gegendarstellung entgegengehalten werden.<sup>55</sup> Eine Variante dieser Auffassung findet sich bei *Schönke*:<sup>56</sup> Aus dem Vorschlag zur Novelle 1933 ergebe sich jetzt eine „Mitwirkungspflicht“ der Parteien; der Gegner sei verpflichtet alles zu tun, um das Rechtsverhältnis zwischen ihm und der anderen Partei aufzuklären und dürfe sich daher in der Regel nicht auf ein reines Bestreiten beschränken.

Beide Varianten sind in ihrer Deutung des § 138 Abs. 1 ZPO nicht frei von Zweifeln. Vollständigkeit ist richtigerweise nur ein Teilaspekt der Wahrheitspflicht und verbietet in entstellender Weise verkürzte Erklärungen.<sup>57</sup> Die Annahme einer neben die Wahrheitspflicht tretenden selbstständigen Vollständigkeitspflicht erscheint angesichts der Normgenese zumindest unbelegt. Im Reichsgesetzblatt wurde § 138 Abs. 1 ZPO auch nur unter der Überschrift „Wahrheitspflicht“ abgedruckt.<sup>58</sup> Obgleich der Sache nach bloßer Teilaspekt der Wahrheitspflicht, ist die Hervorhebung der Vollständigkeit im Gesetzeswortlaut nicht unplausibel, wie bereits *Lent* ausgeführt hat:<sup>59</sup> Es wird in Teilen der Bevölkerung ein Unterschied gemacht zwischen einer direkten Lüge und einem entstellenden Verschweigen. Dementsprechend kennt die ZPO auch an anderer Stelle die Eidesnorm des § 392 S. 3 ZPO dahingehend, dass der Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nicht verschwiegen habe.<sup>60</sup> Ein Gebot zum substantiierten Bestreiten kann sich bei zutreffendem Verständnis des § 138 Abs. 1 ZPO als reine Wahrheitspflicht aus dieser Norm nicht ergeben.<sup>61</sup>

Was die „Mitwirkungspflicht“ *Schönkes* anbelangt, drängt sich der Schluss auf die Unzulässigkeit eines „einfachen“ Bestreitens aus der ver-

---

54 Schönke/*Kuchinke*, ZPR, <sup>9</sup>1969, S. 220 f. § 47 II 1; *Blunck*, MDR 1969, 99.

55 *Blunck*, MDR 1969, 99.

56 *Schönke*, ZPR, <sup>1</sup>1938, S. 5 § 2 III 1a; ebenso RG, Urt. v. 10.3.1941 – II ZR 87/40, RGZ, 166, 240, 242.

57 Vgl. statt vieler *Gerken*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, <sup>4</sup>2013, § 138 Rn. 12 f.; so auch schon *Lent*, *Wahrheit- und Aufklärungspflicht*, 1942, S. 46 f. VII 3.

58 Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27.10.1933, RGBl. I, 780 und *Rosenberg*, ZJP Bd. 58 (1934), 283, 286.

59 *Lent*, *Wahrheit- und Aufklärungspflicht*, 1942, S. 47.

60 *Lent*, *Wahrheit- und Aufklärungspflicht*, 1942, S. 46.

61 BGH, Urt. v. 20.1.1961 – I ZR 79/59, B 3c, NJW 1961, 826, 828; *von Greyerz*, *Negative Tatsachen*, 1963, S. 58 f.; *Brehm*, *Bindung des Richters*, 1982, S. 89 Anm. 127.

meintlichen Quelle dieser Pflicht, dem Vorspruch zur Novelle 1933, nicht gerade auf. Ein Blick auf die einschlägige Textpassage<sup>62</sup> unter Hervorhebungen desjenigen Teils, den *Schönke* für seine These beansprucht,<sup>63</sup> mag dies verdeutlichen:

„Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen 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.*“

Inhaltliche Schwerpunkte der Novelle sind die Positivierung der Wahrheitspflicht sowie Regelungen zur strafferen Zusammenfassung des Streitstoffes, zwei Aspekte, die in der Gesetzesbegründung, der gesamten Vorrede<sup>64</sup> und auch gerade in der oben wiedergegebenen Passage deutlich herausgestellt werden. Vor diesem Hintergrund spricht die Vorrede von einer Pflicht zur redlichen und sorgfältigen Prozessführung. Weder ist das „einfache“ Bestreiten unwahr, noch wird sich hier eine Prozessverschleppungsabsicht feststellen lassen. Letzteres folgt schon daraus, dass in zahlreichen Fällen der Prozess nicht beschleunigt wird, wenn die Partei ihrem Bestreiten positive Gegenangaben zu Grunde legt, so etwa auch, wenn der Beklagte einräumt, statt der geforderten 1.000 EUR seien 800 EUR vereinbart worden – über den streitigen Restbetrag muss dann weiterhin Beweis erhoben werden. Und selbst wenn die geforderte Redlichkeit sich nicht in dem Lügeverbot erschöpfen sollte, wird man sie nicht einfach mit einer weitreichenden Mitwirkungspflicht gleichsetzen können. Eine allgemeine „Mitwirkungspflicht“, aus der sich Rückschlüsse für die Zulässigkeit eines „einfachen“ Bestreitens ergeben, kann daher der Novelle 1933 nicht entnommen werden.

## II. Freie Verhandlungswürdigung gem. § 286 ZPO

Eine Spielart der sich auf § 138 Abs. 1 ZPO berufenden Ansicht meint, dass ein „einfaches“ Bestreiten auf eine fehlende innere Überzeugung von

---

62 Vgl. RGBl. I, 780

63 Vgl. *Schönke*, ZPR, 1938, S. 5 § 2 III 1a

64 Siehe dazu oben Teil I, Kap. 2 B III.



der Richtigkeit desselben hindeute.<sup>65</sup> Aus einem Unterlassen positiver Gegenangaben dort, wo diese möglich sein müssten, sei im Rahmen der Verhandlungswürdigung nach § 286 ZPO der Schluss zu ziehen, dass die Partei in Wahrheit keine erheblichen Gegenangaben machen könne,<sup>66</sup> so etwa auch, wenn die Höhe der gegnerischen Forderung ohne eigene Gegenangaben „einfach“ bestritten wird.<sup>67</sup> Zuzustimmen ist dem Ausgangspunkt dieser Ansicht, wonach zu fragen ist, wie der Richter ein Bestreiten ohne Gegenangaben verstehen darf. Geradezu kontrafaktisch ist aber der Schluss, die Partei könne in diesem Fall wahrheitsgemäß keine erheblichen Gegenangaben machen.<sup>68</sup> *Blunck* hat den Aussagegehalt des „einfachen“ Bestreitens prägnant zusammengefasst:<sup>69</sup>

„Das einfache Bestreiten ist die höhnische Erklärung an das Gericht: ‚Ich weiß, daß es nicht so war, wie der Kläger behauptet, aber ich sage Euch nicht, wie es wirklich gewesen ist.‘“

Wer die Höhe des Kaufpreises bestreitet und gegebenenfalls nach Rückfragen dahin präzisiert, es sei ein *niedrigerer* als der behauptete Preis vereinbart worden, bietet keinen Anhaltspunkt, der auf einen Wahrheitspflichtverstoß hindeuten würde. Vielmehr gibt die Partei zu verstehen, dass sie über Wissen verfügt, welches ihre Erklärung stützt. Das Zurückhalten dieses Wissens mag man zwar für nicht sonderlich rücksichtsvoll halten; wahrheitswidrig ist die Erklärung, es sei ein niedrigerer Preis vereinbart worden, aber nicht.

### III. Substantiiertes Bestreiten als Verpflichtung aus Treu und Glauben

*Weismann* gibt in seinem Lehrbuch aus dem Jahr 1903 folgende Erklärung für die Notwendigkeit eines substantiierten Bestreitens:<sup>70</sup>

---

65 So etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.5.1993 – 5 U 160/92, 1b, OLGZ 1994, 80, 84; *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, <sup>23</sup>2016, § 138 Rn. 30; *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56; *Blunck*, MDR 1969, 99, 100.

66 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, <sup>23</sup>2016, § 138 Rn. 30; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 52 f.; *Blunck*, MDR 1969, 99, 100.

67 Vgl. RG, Urt. v. 1.12.1910 – VII ZR 223/10, JW 1911, 184, 185.

68 Ähnlich auch schon *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 87.

69 *Blunck*, MDR 1969, 99.

70 *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112, § 35 III 2.

„Das bloße Leugnen genügt allerdings, wenn die Tatsache gänzlich in Abrede gestellt werden soll. Wird sie aber nur in bestimmter Hinsicht bestritten, so genügt nicht die Erklärung, *daß* sich die Tatsache anders, es muss auch angegeben werden, *wie* sich die Sache verhalte. So fordert es Treu und Glaube des Prozeßverkehrs.“

Vereinzelt hat die apodiktische Bezugnahme auf Treu und Glauben auch in der Rechtsprechung Zustimmung gefunden.<sup>71</sup> Eine Pflicht zum Bestreiten mit positiven Gegenangaben allein auf diesen amorphen Topos zu stützen, begegnet jedoch in mehrfacher Hinsicht Bedenken. Zuvorderst hat eine Übertragung des Rechtsgedankens aus § 242 BGB auf das Prozessrecht die dort vorherrschende antagonistische Interessenlage zu beachten, sodass jenseits der vom Gesetzgeber auferlegten Mitwirkungspflichten grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist.<sup>72</sup> Aber auch wenn man Treu und Glauben als Einfallstor einer teleologischen Betrachtung versteht, welche möglich bleiben muss, wenn sich aus dem Gesetz keine andere Antwort findet – die isolierte Bezugnahme birgt hier doch zumindest Widersprüche. Glaubt der Bestreitende etwa, es sei ein niedrigerer Preis vereinbart worden, heißt das aus seiner Sicht im Umkehrschluss, dass der von der Gegenseite behauptete Preis irrtümlich oder gar mutwillig überhöht angegeben wurde (sodass es im letzteren Fall schon zweifelhaft erscheinen mag, ob es die Redlichkeit noch gebietet, auch dann den für richtig gehaltenen Teil der Behauptung unstreitig zu stellen, wenn die Gegenseite – vermeintlich – selbst diesem Gebot zuwiderhandelt).

Stellt sich der geforderte Preis aus Sicht des Bestreitenden als Irrtum dar, müsste sich aus Treu und Glauben die Verpflichtung ergeben, den Darlegungsbelasteten ohne Weiteres auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen. Das ist nicht unplausibel, steht jedoch in Widerspruch zu den Voraussetzungen, unter denen das materielle Recht hier einen ebenfalls auf Treu und Glauben gestützten Auskunftsanspruch gewährt: Neben einer bestehenden Sonderverbindung setzt dieser Auskunftsanspruch u. a. voraus, dass der Anspruchsberechtigte sich *unverschuldet* über die begehrten Informationen im Unklaren befindet, was der Auskunftssuchende zur prozesualen Durchsetzung seines Anspruchs auch darzulegen und zu beweisen hat.<sup>73</sup> Eine initiative Informationspflicht der bestreitenden Partei bedeutet aber zwangsläufig, dass der Gegenseite die Darlegung des fehlenden Ver-

---

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

72 *Paulus*, ZPR, <sup>6</sup>2017, S. 130 Rn. 331.

73 Vgl. zu den Voraussetzungen *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, <sup>8</sup>2019, § 260 Rn. 13–20.

schuldens erspart wird, sodass die prozessuale Informationspflicht mit dem materiellen Auskunftsverlangen außer dem jeweiligen Anspruch, ein Gebot der Redlichkeit zu sein, nichts mehr gemein hätte. Es erscheint schwer verständlich, weshalb das universelle Gebot der Redlichkeit solch unterschiedliche Folgen zeitigen sollte.

#### IV. Erheblichkeitskontrolle; Festlegung des Streitprogramms

Das Erfordernis einer konkreten Gegendarstellung könnte sich aus dem Grundsatz rechtfertigen, dass es zur Überprüfung der Erheblichkeit des Bestreitens konkreter Tatsachen bedarf.<sup>74</sup> Alleine mit der abstrakten Wertung, es habe sich „anders“ zugetragen, werden keine Tatsachen mitgeteilt, aus denen sich ein anderer Sachverhalt ergeben könnte.<sup>75</sup> Eine solche Erklärung ist für das Gericht nicht verwertbar.<sup>76</sup> *Brehm* erklärt, wer gegenüber dem geforderten Kaufpreis lediglich angibt, es sei „anders“ gewesen, lasse eben auch ein *höheren* als den vom Gegner geforderten Betrag möglich erscheinen – dann wäre das Bestreiten aber nicht erheblich, und der Anspruch auf Kaufpreiszahlung begründet.<sup>77</sup> Der Gedanke bedarf noch einer Ergänzung: Erklärt etwa der Bestreitende ausdrücklich, aber lakonisch, der Kaufpreis sei *niedriger* als der behauptete Betrag gewesen, wird man diese Erklärung nicht als vollständig unerheblich ansehen können. Ergänzend wird daher gefordert, dass die Erklärung des Bestreitenden das *Streitprogramm* festlegen soll, und zwar in dem Sinne, dass ausschließlich über denjenigen Teil der gegnerischen Tatsachenbehauptung Beweis erhoben wird, den der Bestreitende nicht bereits für richtig hält.<sup>78</sup> Nur ein solches Vorgehen entspreche dem Zweck der Beweisaufnahme: Die richterliche Überzeugungsbildung soll klären, welche Tatsachen dem Urteil zu Grunde gelegt werden; gehen beide Parteien von dem gleichen Tatbestand aus, ist eine Beweisaufnahme hierzu obsolet.<sup>79</sup> Dabei geht es weniger um eine Begrenzung des Arbeitsaufwands für das Gericht und der Belästigung der Zeugen;<sup>80</sup> teilweise mag zwar auch diese Überlegung ihre Berechtigung haben, in anderen Fällen, so auch im Beispiel der streitigen Kauf-

---

74 So etwa *Blunck*, MDR 1969, 99; *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 63 f.

75 *Blunck*, MDR 1969, 99.

76 *Blunck*, MDR 1969, 99.

77 Vgl. *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 87.

78 Vgl. nur *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 88–90.

79 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 63 f.

80 Vgl. dazu aber *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 100.

preishöhe, erscheint sie allerdings wenig zwingend: Wenn der Beklagte einen Teilbetrag unstreitig stellt, ist die Belastung des Gerichts und etwaiger Zeugen zur Aufklärung des Restbetrages unterschiedslos zu dem Fall, in dem der Beklagte es bei einem „einfachen“ Bestreiten des vollständigen Betrages belässt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Beweisbelastete davor geschützt wird, den Prozess wegen eines *non liquet* in der Beweisaufnahme zu verlieren, obwohl der Gegner von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung ausgeht.<sup>81</sup>

Im Fall des Kaufpreises, der mit 1.000 EUR angegeben wurde, würde ein „einfaches“ Bestreiten der Höhe desselben mit dem Wissen, dass 800 EUR vereinbart waren, zu einer Beweisaufnahme führen, obwohl nur ein Differenzbetrag von 200 EUR als unrichtig angesehen wird. Nur hinsichtlich des Differenzbetrags ist es jedoch erforderlich, eine verbindliche Entscheidung herbeizuführen, und nur für diesen Teil der Behauptung soll der Beweisbelastete das Risiko eines *non liquet* tragen.

## V. Zwischenergebnis; Standpunkt der Gegenansicht

Die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens im Rahmen von § 138 Abs. 2 ZPO wird aus unterschiedlichen Gesichtspunkten zu begründen versucht, wobei diese oft kumulativ in Betracht gezogen werden. So führt etwa bereits das OLG Celle in einer Entscheidung aus dem Jahr 1934 zur Unzulässigkeit des „einfachen“ Bestreitens gegenüber einer substantiierten Behauptung aus:

„Das Erfüllen der Erklärungs- und Wahrheitspflicht vereinfacht den Streitstoff, vermindert unter Umständen auch den Streitgegenstand und erspart damit unnötige Kosten und Arbeit [...]“<sup>82</sup>

Damit soll allerdings nicht überspielt werden, dass die Einzelbegründungen unterschiedlich überzeugend und insgesamt nicht zwingend sind. Eine Ansicht, die in der Vollständigkeit nach § 138 Abs. 1 ZPO mehr als nur ein Teilaspekt der Wahrheitspflicht sehen will, ist ahistorisch und daher abzulehnen. Ebenso ist aus dieser Norm respektive der Vorrede zur Novelle 1933 keine „allgemeine Mitwirkungspflicht“ zu entnehmen. Auch kann das „einfache“ Bestreiten nicht allein deshalb nach § 286 ZPO als un-

---

81 *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 11 f., *Nicoli*, JuS 2000, 584 und 587, 589, *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 101.

82 OLG Celle, Beschl. v. 28.5.1934 – 2 W 134/34, DJ 1934, 914, 915.

wahr abqualifiziert werden, weil es keine positiven Gegenangaben enthält. Eine analoge Anwendung des § 242 BGB birgt Widersprüche zu den Voraussetzungen des materiell-rechtlichen Auskunftsanspruchs, der aus dem gleichen Topos hergeleitet wird.

Überzeugend ist allein die Festlegung des Streitprogramms in dem Sinne, dass nur über denjenigen Teil der gegnerischen Tatsachenbehauptung Beweis erhoben wird, den der Bestreitende nicht bereits für richtig hält. Es geht um den Schutz des Beweisbelasteten. Bei diesem Zwischenergebnis kann die Betrachtung jedoch nicht stehen bleiben, denn dass gerade letzteres der Konzeption der ZPO entsprechen soll, wird so nicht begründet, sondern vorausgesetzt.

Ebenso apodiktisch lässt sich der Standpunkt einnehmen, dass es alleine Sache des Beweisbelasteten sei, dem Gericht die notwendige Überzeugung über die Tatsachen zu verschaffen, die zu seinem prozessualen Obsiegen notwendig sind.<sup>83</sup> Die Funktion des Bestreitens bestünde demnach darin, den Gegner zum Beweis der ihm günstigen Tatsachen zu zwingen, auch wenn diese teilweise für zutreffend erachtet werden<sup>84</sup> – sinngemäß: „Selbst wenn die Behauptungen des Gegners richtig sind – soll er sie doch erst einmal beweisen!“<sup>85</sup> *Balzer* als vehementer Verfechter dieser Ansicht bildet dazu folgendes Beispiel:<sup>85</sup> Der Kläger behauptet, im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages seien 375 Dioden geliefert worden; der Beklagte glaubt hingegen, es sei nur eine Lieferung von 220 Dioden erfolgt. *Balzer* meint, der Beklagte dürfe den *gesamten* Lieferumfang „einfach“ bestreiten und den Kläger so zum Beweis auch der für richtig gehaltenen Menge zwingen, da es keine allgemeine Verpflichtung gebe, „sich selbst ans Messer zu liefern.“<sup>86</sup> Unvereinbar mit der Wahrheitspflicht ist ein solches Vorgehen, wie bereits gezeigt wurde, nicht:<sup>87</sup> Wer den für überhöht gehaltenen Lieferumfang subjektiv wahrheitsgemäß „einfach“ bestreitet, macht keine entstellenden Angaben, die gegen § 138 Abs. 1 ZPO verstoßen würden.

Sowohl die Ansicht, der zufolge substantiierte Gegenangaben notwendig sind, um das Streitprogramm so festzulegen, dass ausschließlich über

---

83 So vor allem *Balzer/Walther*, Das Urteil, <sup>3</sup>2018, S. 43 f. Rn. 51–53; *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 66; *Wieczorek*, ZPO, <sup>2</sup>1976, § 138 D I a–D Ia 3, *Blomeyer*, ZPR, <sup>2</sup>1985, S. 307 § 59 I 3b; *Bischoff*, JA 2010, 532, 534.

84 So ausdrücklich *Wieczorek*, ZPO, <sup>2</sup>1976, § 138 B III b, der weitergehend auch ein „einfaches“ Bestreiten für zulässig hält, wenn die Partei vollständig von der Richtigkeit der gegnerischen Behauptung überzeugt ist.

85 Vgl. *Balzer/Walther*, Das Urteil, <sup>3</sup>2018, S. 43 f. Rn. 51–53.

86 Vgl. *Balzer/Walther*, Das Urteil, <sup>3</sup>2018, S. 43 f. Rn. 53.

87 Vgl. auch schon *von Greyerz*, Negative Tatsachen, 1963, S. 58 f.

jenen Teil der gegnerischen Tatsachenbehauptung Beweis erhoben wird, den der Bestreitende nicht bereits für richtig hält, als auch die Gegenansicht, die ein „einfaches“ Bestreiten als reines Beweisverlangen für zulässig hält, bleiben den Nachweis schuldig, dass die jeweilige Auffassung nach der ZPO geboten ist. Notwendig ist eine Begründung, die für sich in Anspruch nehmen kann, der Konzeption des Gesetzes zu entsprechen – angesichts der historischen Ausgangslage ein Unterfangen, das nur auf Umwegen möglich ist. Im Folgenden sollen zwei systematische Überlegungen den Nachweis erbringen, dass die ZPO grundsätzlich ein substantiiertes Bestreiten verlangt.

## VI. Historisch-systematische Betrachtung des Einlassungszwangs in der ZPO

Ausgangspunkt der Betrachtung sind zunächst die in § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO normierten Säumnisfolgen: Danach gilt das tatsächliche mündliche Vorbringen als zugestanden. Bevor im Wege der historischen Auslegung die Motive für diesen faktischen Einlassungszwang<sup>88</sup> offen gelegt werden, stellt sich die Frage, ob es überhaupt einen systematischen Zusammenhang zwischen der unterbliebenen Einlassung im Rahmen der §§ 331 ff. ZPO und § 138 Abs. 2 und 3 ZPO geben kann. Der Übertragbarkeit von Wertungen zur Säumnis auf die Ebene des Bestreitens scheint ein Hindernis in Gestalt des § 334 ZPO im Wege zu stehen: Nach dieser Norm finden die Säumnisvorschriften ausdrücklich keine Anwendung, wenn die Partei im Termin verhandelt, sich aber über Tatsachen, Urkunden oder Anträge auf Parteivernehmung nicht erklärt.

Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Norm jedoch nicht als Hürde. § 334 ZPO liegt nämlich nicht der Gedanke zu Grunde, dass zwischen einer unterlassenen Einlassung in Form des vollständigen Ausbleibens und einer unterlassenen Einlassung in Form unzureichender Erklärungen ein prinzipieller Unterschied bestünde – im Gegenteil. Die Begründung des E II will zwischen „totaler“ Säumnis und „teilweiser“ Säum-

---

88 Richtigerweise ist die Einlassung für den Beklagten eine prozessuale Last, die nicht erzwungen werden kann, vgl. *Goldschmidt*, ZPR, <sup>2</sup>1932, S. 106 f. § 35. „Einlassungslast“ ist aber eine sprachliche Verunstaltung, und für den Beklagten, der zur Einlassung *genötigt* wird – so *R. Schmidt*, Lehrbuch, <sup>2</sup>1910, S. 397 f., der sich in diesem Zusammenhang gegen die Begriffe „Pflicht“ und „Zwang“ wendet – stellt sich die drohende Folge einer unterbleibenden Einlassung doch zumindest als faktischer Zwang dar.

nis im Sinne des unvollständigen Verhandeln hinsichtlich der *Rechtsfolgen* unterscheiden, weil eine Gleichbehandlung „zu den größten praktischen Schwierigkeiten führen müsste“.<sup>89</sup> Bei partieller Säumnis wäre ansonsten ein Teil des Rechtsstreits – nämlich diejenigen Erklärungen, die ordnungsgemäß erfolgt sind – durch kontradiktorisches Urteil zu entscheiden, jedoch in Form des Versäumnisurteils, soweit die Erklärungen unvollständig sind, mit der Möglichkeit eines Einspruchs gegen diesen Teil des Rechtsstreits.

Die Einspruchsmöglichkeit gegen ein Versäumnisurteil wegen teilweise unvollständiger Erklärungen sei angesichts der „Verwirrung des Verfahrens und endloser Verzögerung“ abzulehnen; das Privileg der Einspruchsmöglichkeit soll bei partieller Säumnis daher nicht gewährt werden.<sup>90</sup> Stattdessen wird die Partei mit der teilweise versäumten Prozesshandlung ausgeschlossen, vgl. § 138 Abs. 3 ZPO, woraus sich jedoch angesichts des Prozessleitungsamts des Richters, namentlich seines Fragerechts, keine beachtliche Gefährdung der Parteiinteressen ergebe.<sup>91</sup> Unvollständiges Verhandeln und totale Säumnis sind also gewissermaßen vom gleichen Stamm, mit dem Unterschied, dass aus praktischen Gründen härtere Rechtsfolgen – Zugeständnisfiktion ohne Einspruchsmöglichkeit – an die partielle Säumnis geknüpft werden. Dies vorangestellt, sollen die Überlegungen, die der Gesetzgeber zur Bedeutung der totalen Säumnis im Prozess angestellt hat, näher in den Blick genommen werden.

Bei Ausarbeitung der ZPO musste sich der Gesetzgeber zwischen verschiedenen Modellen entscheiden, wie mit der Säumnis einer Partei zu verfahren ist.<sup>92</sup> In Betracht kam unter anderem die sog. negative Litiskonstestation: Der unterbliebenen Einlassung wird die Bedeutung beigelegt, alle Tatsachenbehauptungen des Gegners zu bestreiten, unabhängig davon, ob sie für richtig gehalten werden oder nicht.<sup>93</sup> Der Beweisbelastete muss in der Folge alle ihm günstigen Tatsachen beweisen, also auch solche, die der Gegner möglicherweise für richtig hält.<sup>94</sup> Die ZPO hat diesem Modell jedoch eine Absage erteilt und folgt stattdessen dem Modell der sog. affirmativen Litiskonstestation:<sup>95</sup> Bei unterbliebener Einlassung des Gegners

---

89 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 292 f.

90 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 296 f.

91 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 297.

92 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 293 f.; dazu auch *Braun*, ZPR, 2014, S. 24–30 § 2 III.

93 Vgl. *Braun*, ZPR, 2014, S. 26 § 2 III 2.

94 Vgl. *Braun*, ZPR, 2014, S. 27 § 2 III 2.

95 Vgl. *Hahn/Stegemann*, Materialien, Bd. 2, <sup>2</sup>1881, S. 293 f.

gelten die tatsächlichen Behauptungen des Darlegungsbelasteten als zugestanden, vgl. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Für das Beispiel des Kaufpreises, dessen Höhe teilweise für richtig gehalten wird, heißt das: Im Modell der *negativen* Litiskontestation könnte der Beklagte nicht erscheinen, seine unterbliebene Einlassung würde den Kläger zum Beweis zwingen. Der Beklagte könnte also implizit Tatsachen bestreiten, von deren Richtigkeit er bereits ausgeht – etwa den Teilbetrag des Kaufpreises – indem er einfach säumig bleibt. Nach der ZPO hingegen gelten bei unterbliebener Einlassung gem. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO die klägerischen Behauptungen als zugestanden. Der Beklagte kann also nicht den Kläger zum Beweis auch solcher Tatsachen, die er selbst für richtig hält zwingen, indem er sich gar nicht einlässt.

Das legt nahe, dass es auch im Rahmen des § 138 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zulässig sein kann, gegnerische Behauptungen, die für richtig gehalten werden, „einfach“ zu bestreiten und den Gegner so zum Beweis derselben zu zwingen. Wenn die Partei gerade nicht wie im abgelehnten Modell der negativen Litiskontestation in den Genuss kommen soll, in Form der Säumnis durch ihr implizites Bestreiten ohne Gegenangaben den Gegner zum Beweis selbst solcher Tatsachen zu zwingen, die beide Parteien für richtig halten – warum sollte dies bei einem expliziten Bestreiten ohne Gegenangaben der Fall sein? Überzeugender erscheint es, dass nach der Konzeption der ZPO der Beweisbelastete nur diejenigen Tatsachen zu beweisen hat, die der Gegner nicht bereits für richtig erachtet, sodass von letzterem positive Gegenangaben zu fordern sind, um die Festlegung des Streitprogramms in diesem Sinn zu ermöglichen.<sup>96</sup>

Ein dazu wesensgleiches<sup>97</sup> Argument ergibt sich aus einer Betrachtung der Folgen einer verweigerten Parteivernehmung gem. § 446 ZPO.

---

96 So offenbar auch *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 100 unter Bezugnahme auf *Braun*, ZPR, 2014, S. 24–27 § 2 III.

97 Vgl. zur Parallele der Folgen von Säumnis einerseits und verweigerter Parteivernehmung andererseits bereits *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 239 m. w. N.



## VII. Antizipierte Beweisvereitelung als abschließender Wertungsgesichtspunkt

Bereits *Stürner* hat den Zusammenhang zwischen Parteivernehmung und Erklärungslast nach § 138 ZPO herausgestellt:<sup>98</sup> Spätestens im Rahmen einer Parteivernehmung muss der Richter entscheiden, wie mit einer Partei umzugehen ist, die bewusst erhebliche Informationen zurückhält. Es soll daher zunächst geklärt werden, welche Rechtsfolge die Erklärungsverweigerung im Rahmen der Parteivernehmung hat. In einem zweiten Schritt wird gefragt, ob die Wertungen im Rahmen der Parteivernehmung auch bereits auf der Ebene des Bestreitens Berücksichtigung finden können.

### 1. Beweisvereitelung in der Parteivernehmung; Sanktion

Als Rechtsfolge einer verweigerten Parteivernehmung sieht § 446 ZPO vor, dass das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, insbesondere etwaiger Entschuldigungsgründe, nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob es die behauptete Tatsache für erwiesen erachtet. Die Norm ist in ihrer Fassung missglückt, da sie zwischen einem redundanten Verweis auf den Grundsatz der freien Verhandlungswürdigung nach § 286 ZPO und der Einräumung eines richterlichen Ermessens zu schwanken scheint.<sup>99</sup> Die freie Verhandlungswürdigung nach § 286 ZPO allein kann nicht erklären, warum die gegnerische Behauptung bei verweigerter Vernehmung ganz oder zum Teil als zugestanden anzusehen sein soll.<sup>100</sup> Ungünstige Schlüsse, wie es häufig heißt, lassen sich aus der verweigerten Vernehmung in der Tat ziehen, allerdings gerade nicht in dem Sinne, dass der Gegner damit zu verstehen geben würde, er halte die gegnerische Behauptung für vollständig wahr: Es bleibt vielmehr offen, welchen Teil der Behauptung er für richtig hält.<sup>101</sup> Die Behauptung für vollständig erwiesen zu erachten, beruht nicht auf einer entsprechenden Überzeugung, sondern sucht einen Ausgleich zu der beabsichtigten Beweisvereitelung zu schaf-

---

98 Vgl. *Stürner*, ZZP 104 (1991), 203, 213 (Anm. zu BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89).

99 Vgl. auch *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 241 f.

100 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 85–87; vgl. auch *Blomeyer*, AcP 158 (1959), 97, 98,

101 *Stürner*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 241 f., 243.

fen.<sup>102</sup> § 286 ZPO gestattet eine solche Sanktion des Parteiverhaltens nicht.<sup>103</sup> Jedoch können nach allgemeiner Ansicht an eine Beweisvereitelung Rechtsfolgen geknüpft werden, welche die aus der Vereitelung resultierenden Schwierigkeiten kompensieren sollen,<sup>104</sup> so auch im Falle der verweigerten Parteivernehmung nach § 446 ZPO.<sup>105</sup> Daher ist die beweisbelastete Partei des Beweises ihrer Behauptung zu entheben und es dem Gegner zu überlassen, die richterliche Überzeugung von der als wahr zu unterstellenden Behauptung durch Führen des Gegenbeweises zu erschüttern.<sup>106</sup> Nur so können die aus der Beweisvereitelung resultierenden Schwierigkeiten adäquat<sup>107</sup> kompensiert werden. Über Gebühr wird der Gegner damit nicht belastet: Anders als in den typischen Fällen der Beweisvereitelung, in denen Beweismittel nicht gesichert oder gar vernichtet wurden, hat es der Gegner hier in der Hand, durch Mitteilung seines Wissens Abhilfe zu schaffen.<sup>108</sup>

## 2. Antizipierte Beweisvereitelung durch „einfaches“ Bestreiten

Die verweigerte Erklärung stellt sich im Rahmen der Parteivernehmung demnach regelmäßig als Beweisvereitelung dar, die dadurch zu kompensieren ist, dass die beweisbelastete Partei des Beweises enthoben wird. Es ist also nach der ZPO im Rahmen der Parteivernehmung durchaus geboten, sich entweder gleichsam selbst ans Messer zu liefern oder die Sanktion einer Verweigerung zu erdulden. Dem müssten im Ergebnis auch die Befürworter eines „einfachen“ Bestreitens zustimmen. Fraglich ist allerdings, ob dieser Wertung auch bereits auf Ebene des Bestreitens Rechnung zu tragen ist. Das ist richtigerweise zu bejahen: Wer Behauptungen des Gegners „einfach“ bestreitet, obwohl ihm Gegenangaben hierzu möglich sein müss-

---

102 *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 241.

103 *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 141.

104 Vgl. dazu statt vieler *Saenger*, in: ZPO, <sup>8</sup>2019, § 286 Rn. 95–97.

105 Vgl. nur *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, <sup>16</sup>2019 § 446 Rn. 1.

106 Vgl. *Saenger*, ZPO, <sup>8</sup>2019, § 286 Rn. 97; ähnlich *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 249.

107 Die Adäquanz der Rechtsfolge ist an sich nicht unproblematisch, da unklar ist, ob der Beweis überhaupt Erfolg gehabt hätte und die Partei, welche den Beweis möglicherweise nur fahrlässig vereitelt hat, sich damit gleichsam selbst des einzigen Beweismittels zur Widerlegung beraubt haben kann, vgl. auch schon *Blo-meyer*, AcP 158 (1959), 97, 102 f.

108 Vgl. dazu auch *Brehm*, Bindung des Richters, 1982, S. 143.

ten, gibt noch vor der Beweisaufnahme zu verstehen, dass er zwar den Gegner zum Beweis zwingen, eine Mitwirkung aber verweigern und sich dennoch die Beweisfähigkeit des anderen zugutehalten will.<sup>109</sup> Man könnte hier von einer *antizipierten* Beweisvereitelung sprechen. Ein solches Verhalten ist bereits auf Ebene des Bestreitens zu ahnden. Es wäre widersinnig, ein Bestreiten ohne konkrete Gegenangaben zunächst als ausreichend anzusehen, um in eine Beweisaufnahme einzutreten, an deren Ende die verweigerter Angaben dann im Rahmen des § 446 ZPO der Partei als Beweisvereitelung vorgehalten wird.

Gegen die Übertragbarkeit der im Rahmen des § 446 ZPO regelmäßig nachteiligen Wertung verweigerter Angaben auf die vorgelagerte Ebene des Bestreitens wird eingewandt, das damit gegen eine vermeintlich im Gesetz zum Ausdruck kommende Konzeption – Sanktion der verweigerter Angaben erst im Rahmen des § 446 ZPO – verstoßen würde.<sup>110</sup> Jedenfalls dann, wenn vorrangige Beweismittel durch den Beweisführer benannt wurden, seien diese auszuschöpfen und verweigerter Angaben erst im Rahmen des § 446 ZPO zu berücksichtigen.<sup>111</sup>

Zunächst ist auf die immanente Unbilligkeit hinzuweisen, die sich bei Befolgung dieser Ansicht aus dem subsidiären Charakter der Parteivernehmung ergeben würde: Letztere ist gem. § 445 Abs. 2 ZPO nicht statthaft, wenn sich das Gericht aus den vorrangigen Beweismitteln bereits eine gegenteilige Überzeugung gebildet hat. Ein „einfaches“ Bestreiten würde es mithin der Partei erlauben, ihre Angaben in der Hoffnung zurückhalten, das Gericht werde sich *fälschlich* eine Überzeugung vom Gegenteil bilden, sodass die Vernehmung nicht mehr statthaft und die Verweigerung nicht mehr sanktionierbar ist. Denn der Beweisgegner hält die entscheidungserheblichen Tatsachen ja nicht in dem Glauben zurück, das Gericht werde sich durch vorrangige Beweismittel von der Richtigkeit der Behauptung überzeugen.

Auch kann nicht unwidersprochen bleiben, es entspräche der Konzeption des Gesetzes, verweigerter Angaben erst im Rahmen des § 446 ZPO zu ahnden. Dass § 446 ZPO eine eigene Regelung hierfür schafft, ist dem Ablauf des Verfahrens geschuldet: Denn im Normalfall ist zum Zeitpunkt des Bestreitens noch nicht klar, dass die bestreitende Partei inkonsequenter-

---

109 Ähnlich auch schon *Lent*, Wahrheit- und Aufklärungspflicht, 1942, S. 56.

110 *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 159 f.; *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b.

111 *Papanikolaou*, Sekundäre Erklärungspflicht, 2018, S. 159 f.; *Braun*, ZPR, 2014, S. 507 § 32 II 2b.

weise in der Beweisaufnahme eine Vernehmung ablehnen wird. In Abwandlung des Kaufpreis-Beispiels könnte etwa der Beklagte eingeräumt haben, es seien statt der behaupteten 1.000 EUR richtigerweise 800 EUR als Kaufpreis vereinbart worden. Über den noch streitigen Differenzbetrag wird Beweis erhoben. Wenn sich der Beklagte dann unerwartet in der Beweisaufnahme einer Parteivernehmung hinsichtlich des Differenzbetrages verweigert und sich damit nun für das Gericht erkennbar in Widerspruch zu seiner vorangegangenen Erklärung setzt, kann dies auch erst zu diesem Zeitpunkt entsprechend sanktioniert werden. Steht hingegen von Anfang an fest, dass die bestreitende Partei den Gegner zwar zum Beweis zwingen will, entscheidungserhebliche Tatsachen aber zurückhält, kann bereits zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden, dass die gegnerische Behauptung jedenfalls zum Teil als richtig angesehen wird und im Übrigen die Beweisführung des Gegners entsprechend erschwert werden soll.

Richtigerweise ist daher einer solchen antizipierten Beweisvereitelung bereits auf der Ebene des Bestreitens Rechnung zu tragen: In Ermangelung etwaiger Entschuldigungsgründe gilt die gegnerische Behauptung gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.<sup>112</sup> Das entspricht im Ergebnis der gleichen Wertung, die auch im Rahmen des § 446 ZPO vorgenommen wird und begründet für die Partei keine besondere Härte, weil sie es selbst in der Hand hat, für Aufklärung zu sorgen und so die Zugeständnisfiktion abzuwenden.

## VIII. Ergebnisse

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Gegenüber einer schlüssigen Behauptung muss eine substantiierte Gegenerklärung erfolgen. Die Gegenerklärung muss erkennen lassen, welcher Teil der gegnerischen Behauptung nicht für richtig und daher für beweisbedürftig gehalten wird. Tatsachenbehauptungen, die beide Parteien für richtig erachten, können nicht Gegenstand einer Beweisaufnahme sein. Dass diese Festlegung des Streitprogramms nach der ZPO geboten, ein „einfaches“ Bestreiten als reines Beweisverlangen hingegen abzulehnen ist, kann auf zwei Gesichtspunkte gestützt werden: Die historisch-systematische Betrachtung zeigt, dass es dem Bestreitenden nicht gestattet sein soll, ohne konkrete Gegenangaben durch Säumnis alle gegnerischen Behauptungen zu bestreiten, den Gegner also zum Beweis selbst solcher Tatsachen zu zwingen, die beide für richtig hal-

---

112 Ähnlich auch *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 248.

ten. Das dient dem Schutz des Beweisbelasteten. Dieser Wertung lässt sich nur dadurch konsequent Rechnung tragen, wenn es der Partei, die zwar erscheint, ihr Bestreiten aber wiederum nicht auf konkrete Gegenangaben stützt, verwehrt bleibt, den Gegner damit zum Beweis sämtlicher Tatsachenbehauptungen zu zwingen. Gleiches folgt aus dem Gedanken der antizipierten Beweisvereitelung: Im Rahmen des § 446 ZPO führen verweigerter Angaben, sofern keine Entschuldigungsgründe ersichtlich sind, zu dem Schluss, dass die gegnerische Behauptung jedenfalls zum Teil für richtig gehalten wird und die Verweigerung nur den Sinn hat, dem Gegner den Beweis zu erschweren. Aus der Beweisvereitelung resultierende Schwierigkeiten sind dadurch zu kompensieren, dass die beweisbelastete Partei des Beweises enthoben wird. Steht von Anfang an fest, dass die bestreitende Partei den Gegner zum Beweis zwingen will, konkrete Gegenangaben aber verweigert, ist dieses Verhalten auch bereits auf der Ebene des Bestreitens zu missbilligen. Die Partei hat es in der Hand, unter Vermeidung der Zugeständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO durch positive Gegenangaben den Rechtsstreit auf jene Tatsachen zu begrenzen, die sie nicht bereits für richtig hält.

### *C. Das Verhältnis von einfachem und substantiiertem Bestreiten*

Bisher konnte gezeigt werden, dass die Rechtsprechungslinie Zustimmung verdient, wonach die Partei grundsätzlich substantiiert, also mit positiven Angaben zu bestreiten hat, wenn die behaupteten Vorgänge sich in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben und ihr daher ein substantiiertes Gegenvortrag möglich sein müsste.<sup>113</sup> Im Folgenden soll geklärt werden, wie sich dieser Befund mit der Rechtsprechungslinie verträgt, wonach ein „einfaches“ Bestreiten „in der Regel“ möglich und nur ausnahmsweise substantiiertes Bestreiten geboten sein soll, wenn die darlegungsbelastete Partei außerhalb des Geschehens steht.

#### I. Anerkannte Fälle des einfachen Bestreitens

Es gibt einige Ausnahmekonstellationen, in denen ein einfaches Bestreiten allgemein Anerkennung erfährt. So ist das einfache Bestreiten unzweifelhaft dort möglich, wo eine Behauptung vollständig in Abrede gestellt wer-

---

113 Vgl. nur BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60.

den soll und eine Erheblichkeitsprüfung möglich ist.<sup>114</sup> „Der Darlehns-empfang wird bestritten“ ist etwa als Erklärung zu einer behaupteten Darlehnsschuld eindeutig zu verstehen: Das Darlehn wurde nicht valuiert.<sup>115</sup> In solchen Fällen, in denen gleichsam mit einem bloßen „Ja“ oder „Nein“ geantwortet werden könnte,<sup>116</sup> ist es der Partei gestattet, den unmissverständlichen Aussagegehalt ihrer Erklärung durch die Kurzformel des einfachen Bestreitens zu ersetzen: Etwas, nämlich die gegnerische Behauptung, „wird bestritten“. Wer hingegen nur die Höhe des gegebenen Darlehns bestreiten will, muss der Behauptung positive Gegenangaben entgegensetzen.<sup>117</sup>

Daneben findet sich in Rechtsprechung<sup>118</sup> und Literatur<sup>119</sup> der Satz, wonach die Partei auf eine „pauschale“ Behauptung hin ebenso „pauschal“ respektive „einfach“ bestreiten können soll. Das ist eine Formel von zweifelhaftem Wert,<sup>120</sup> jedenfalls aber ohne Allgemeingültigkeit: Entweder die Behauptung ist schlüssig, dann können vom Gegner auch Gegenangaben verlangt werden, oder sie ist nicht schlüssig, dann braucht der Gegner gar nicht, auch nicht „einfach“ zu bestreiten. Dass es „pauschale“ Behauptungen geben soll, die dem Gegner zur Vermeidung einer Zugeständnisfiktion zumindest ein „einfaches“ Bestreiten abnötigen sollen, folgert die Literatur maßgeblich aus der Rechtsprechung des BGH zu sog. Rechtstat-sachen und pauschalen Posten.<sup>121</sup> Letzteres sind Fälle, in denen stark abstrahierte Tatsachenbehauptungen, nämlich aus mehreren Positionen zusammengesetzte Summen, nur „pauschal“, d. h. ohne Mitteilung der zu Grunde liegenden Einzelpositionen, geltend gemacht werden.

Bei den pauschalen Posten ist schon fraglich, ob die Partei sich gegenüber einer solchen Behauptung überhaupt erklären muss: Die rechnerische Zusammensetzung der Anspruchshöhe ist Teil der Schlüssigkeitsprüfung, die das Gericht im Falle einer Säumnis gem. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO durch-

---

114 Vgl. schon *Weismann*, Lehrbuch, 1903, S. 112 § 35 III 2.

115 Vgl. *Zeiss/Schreiber*, ZPR, <sup>12</sup>2014, S. 167 Rn. 383.

116 *E. Schneider*, Die Klage, S. 504, <sup>3</sup>2007, Rn. 2415.

117 Vgl. auch *Zeiss/Schreiber*, ZPR, <sup>12</sup>2014, S. 167 Rn. 383.

118 Vgl. BGH, Urt. v. 27.5.1982 – I ZR 35/80, II, GRUR 1982, 681, 683, dort mit unzutreffendem Verweis auf *B/L/A/Hartmann*, ZPO, <sup>40</sup>1982, § 138 ZPO Anm. 4.

119 Statt vieler *Prütting/Gehrlein*, ZPO, <sup>11</sup>2019, § 138 Rn. 10.

120 *Hartmann* selbst bemerkt zu BGH GRUR 1982, 681, dass ein substantiiertes Bestreiten eben doch unabhängig vom Umfang des (schlüssigen) Gegenvortrags geboten sein kann, widrigenfalls das Gericht davon ausgehen muss, dass das Bestreiten ohne Grund erfolgt, vgl. <sup>42</sup>1984, § 138 Anm. 4 A.

121 Vgl. etwa die Darstellung bei *Greger*, in: Zöller, ZPO, <sup>33</sup>2020, § 138 Rn. 8a m. w. N.

zuführen hätte. Bei den sog. Rechtstatsachen stellt sich hingegen die Frage, wieso es dem Gegner gestattet werden soll, bei einer schlüssigen Tatsachenbehauptung – nur sofern man die sog. Rechtstatsachen als solche auffasst – Gegenangaben, die ihm hierzu möglich sein müssten, zurückzuhalten.<sup>122</sup> Hier können die Bedenken gegen die Notwendigkeit respektive Zulässigkeit eines „einfachen“ Bestreitens in den zuletzt genannten Fällen zurückstehen, da es sich jeweils um Ausnahmekonstellationen handelt. Damit bleibt zu klären, wie der Grundsatz, wonach schlüssige Behauptungen substantiiert zu bestreiten sind, sich mit der Rechtsprechungslinie verträgt, der zufolge „in der Regel“ ein „einfaches“ Bestreiten ausreicht und nur ausnahmsweise bei Informationsnot des Darlegungspflichtigen ein substantiiertes Bestreiten erforderlich sein soll.

## II. Rechtsprechungsanalyse zum Regel-Ausnahme-Verhältnis

Eine Rechtsprechungsanalyse soll zeigen, wie die divergierenden Leitlinien entstanden sind und weshalb der eklatante Widerspruch, trotz gelegentlicher Hinweise seitens der Literatur, weitgehend unbemerkt geblieben ist.

### 1. „Eine Last zum substantiierten Bestreiten besteht nicht schlechthin“ – BGH NJW 1961, 826

Quelle fortgesetzter Missverständnisse ist die sog. *Pressedienst*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826.<sup>123</sup> Dort heißt es eingangs, eine Pflicht zum substantiierten Bestreiten bestünde nicht „schlechthin“.<sup>124</sup> Dies schließe jedoch eine Darlegungslast des Gegners nicht aus, wenn der außerhalb des Geschehens stehenden Partei die genaue Kenntnis der Tatsachen fehlt, der Gegner sie dargegen hat und leicht die erforderliche Aufklärung beibringen kann.<sup>125</sup>

Für sich genommen könnten diese Ausführungen so verstanden werden, dass ein substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise, nämlich im Fall der Informationsasymmetrie erforderlich sein soll. Das wäre jedoch zu kurz gegriffen, denn unmittelbar daran anschließend heißt es:<sup>126</sup>

---

122 Siehe oben Teil I, Kap. 1 C II 2.

123 Siehe dazu bereits oben Teil I, Kap. 2 D IV 2.

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

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

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

„Unter diesen Gesichtspunkten hat die Rspr. eine Darlegungslast des Bkl. z.B. angenommen, wenn er, auf Zahlung mehrerer Einzelposten in Anspruch genommen, lediglich erklärt, nicht alle Posten seien berechtigt, ohne zu sagen, welche nicht begründet seien (RG, JW 11, 184; 12, 199). An diesen Grundsätzen, die sich aus der allgemeinen Pflicht zu redlicher, mit den Geboten von Treu und Glauben zu vereinbarender Prozeßführung ergeben, ist festzuhalten.“

Bei den als Beispiel für die Erforderlichkeit des substantiierten Bestreitens referenzierten Entscheidungen RG JW 1911, 184 und RG JW 1912, 199 lag gerade *keine* Informationsasymmetrie vor.<sup>127</sup> Entscheidend war vielmehr, dass der Gegner jeweils über das notwendige Wissen verfügte, um seinem Bestreiten positive Gegenangaben zu Grunde zu legen. Als unzureichend wurde das „einfache“ Bestreiten in diesen Entscheidungen angesehen, weil sich der Gegner weigerte, auf die schlüssige Behauptung hin zu erklären, welcher Teil der gegnerischen Behauptung nicht für richtig und mithin beweisbedürftig gehalten wurde. Das deckt sich auch mit dem vom BGH selbst zu entscheidenden Fall: Dort hatte der Kläger behauptet, der beklagte konkurrierende Pressedienst verfüge in Wahrheit nicht über die in seiner Werbung angepriesene Zahl an Mitarbeitern, die laufend Beiträge leisteten; der Beklagte weigerte sich, die genaue Anzahl der laufend Beiträge leistenden Mitarbeiter mitzuteilen.<sup>128</sup>

Die Kernaussage in BGH NJW 1961, 826 ist also, dass ein substantiiertes Bestreiten „nicht schlechthin“, aber immer dann notwendig sein soll, wenn die Partei über entsprechendes Wissen verfügt – und so fügt es sich auch, dass in BGH NJW-RR 1986, 60, wo dieser Gedanke in unmissverständlicher Klarheit ausgesprochen wird, die *Pressedienst*-Entscheidung als Beleg angegeben wird.<sup>129</sup>

## 2. Rezeption der *Pressedienst*-Entscheidung BGH NJW 1961, 826

Andere Schlussfolgerungen zog hingegen ein Urteil des OLG Frankfurt aus dem Jahr 1968: Unter Referenz der *Pressedienst*-Entscheidung heißt es dort, eine Last zum substantiierten Bestreiten sei nur dann anzunehmen, wenn dem Darlegungsbelasteten eine genaue Kenntnis der Tatsachen

---

127 Siehe dazu oben A IV.

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

129 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1985 – VI ZR 265/83, II 3, NJW-RR 1986, 60.



fehlt, während der Gegner über sie verfügt und ihm eine Aufklärung möglich und zumutbar ist; ein „einfaches und allgemeines“ Bestreiten sei dann „ausnahmsweise“ nicht ausreichend.<sup>130</sup> Das vom OLG Frankfurt angenommene Regel-Ausnahme-Verhältnis blieb – von vereinzelter Kritik abgesehen<sup>131</sup> – weitgehend unbeachtet. Dabei war das OLG in seiner Deutung der *Pressedienst*-Entscheidung nicht allein: In der Kommentarliteratur bemerkte *Stephan* mit Blick auf BGH NJW 1961, 826 vorsichtig, die Rechtsprechung verlange substantiiertes Bestreiten, wenn „(nur) der Bestreitende die Verhältnisse genau kennt“.<sup>132</sup>

In der nachfolgenden Rechtsprechung des BGH findet die Deutung, ein substantiiertes Bestreiten sei *nur* bei Informationsasymmetrie notwendig, jedoch keine ausdrückliche Zustimmung. Im Gegenteil: Im Jahr 1970 konstatiert der I. Senat, nach anerkannter Rechtsprechung genüge ein „einfaches“ Bestreiten nur, wenn die Partei zu positiven Gegenangaben nicht in der Lage ist oder ihr solche den Umständen nach nicht zugemutet werden können.<sup>133</sup> Der VII. Senat weist dies im Jahr 1976 als herrschende Meinung aus.<sup>134</sup> Als Gegenansicht wird die Kommentierung zu § 138 ZPO durch *Wieczorek* angegeben, auf die sich auch schon das OLG Frankfurt berufen hatte.<sup>135</sup> Dort heißt es, „regelmäßig“ genüge ein „allgemeines“ Bestreiten.<sup>136</sup> Denn das Bestreiten sei die Willenserklärung, die Richtigkeit der Behauptung nachprüfen lassen zu wollen, selbst wenn der Bestreitende die Behauptung bereits für richtig halte.<sup>137</sup> Unabhängig davon, ob man diese Überlegung nachvollziehen kann: Jedenfalls teilte der BGH im Jahr 1976 diese Auffassung nicht.

---

130 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68, MDR 1969, 579.

131 Ablehnend zum vermeintlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis allein *E. Schneider*, MDR 1969, 579, 580 (Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68).

132 Vgl. *Stephan*, in: Zöller, ZPO, <sup>10</sup>1968, § 138 III. – *Stephan* selbst ging in einem Umkehrschluss zu § 138 Abs. 4 ZPO davon aus, dass ein substantiiertes Bestreiten bei eigener Kenntnis in der Regel zumutbar sei, vgl. Zöller, ZPO, <sup>10</sup>1968, § 138 IV.

133 BGH, Urt. v. 24.4.1970 – I ZR 69/68, IV 2b, juris, Tz. 17.

134 BGH, Urt. v. 1.7.1976 – VII ZR 294/74, II 2a, WM 1976, 1089.

135 Vgl. BGH, Urt. v. 1.7.1976 – VII ZR 294/74, II 2a, WM 1976, 1089; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 24.10.1968 – 15 U 94/68, MDR 1969, 579.

136 *Wieczorek*, ZPO, <sup>2</sup>1976, § 138 D I a. – Geradezu entstellend ist dort die Angabe von RG JW 1911, 184 als vermeintlicher Beleg für ein „regelmäßig“ genügendes „allgemeines“ Bestreiten, vgl. zu dieser Entscheidung oben A IV.

137 Vgl. *Wieczorek*, ZPO, <sup>2</sup>1976, § 138 B III b und D I.

3. „Die ZPO kennt keine allgemeine Aufklärungspflicht“ – BGH NJW 1990, 3151

Ein Rechtsprechungswechsel dahingehend, dass ein „einfaches“ Bestreiten der Regelfall sein soll, lässt sich auch der späteren Entscheidung BGH NJW 1990, 3151 nicht entnehmen, die von einem Teil der Literatur allerdings so gedeutet wird. Im Leitsatz wendet sich der II. Senat gegen eine begrifflich von *Stürner* geprägte „allgemeine Aufklärungspflicht“:<sup>138</sup> Über die anerkannten Fälle des substantiierten Bestreitens hinaus kenne die ZPO eines solche Pflicht des Gegners nicht. Daraus folgern nun manche, dass der BGH ein substantiiertes Bestreiten „nur“ in Fällen von Informationsasymmetrie für erforderlich halte.<sup>139</sup> Diese Folgerung übersieht jedoch den Ausgangspunkt, welcher den Senat zu seinen Ausführungen veranlasst: Dort geht es allein um die Frage, ob sich der Gegner auch dann substantiiert erklären muss, wenn sich die darlegungsbelastete Partei auf wenig konkrete Vermutungen beschränkt – *das* muss er nach Ansicht des Senats nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens steht und daher keine nähere Kenntnisse der maßgeblichen Tatsachen hat. Was die Entscheidung hier an Deutlichkeit vermissen lässt, kann an Hand der zuvor bestehenden Rechtsprechungspraxis des Senats nachvollzogen werden: So erklärt *Bundschuh*, der dem Senat zeitweilig angehörte, grundsätzlich habe die Partei substantiiert, d. h. mit näheren Angaben zu erwidern; diese Pflicht bestehe jedoch nicht schlechthin, *sondern nur dann, wenn der Gegner zuvor seiner Darlegungslast nachgekommen sei* – steht der Darlegungsbelastete jedoch außerhalb des Geschehensablaufes, müsse die Gegenseite, welche die Verhältnisse kennt, auch einen solchen Vortrag substantiiert bestreiten.<sup>140</sup> Dass der Gegner substantiierte Behauptungen grundsätzlich ebenso substantiiert zu bestreiten hat, wird also durch BGH NJW 1990, 3151 in keiner Weise negiert und stünde obendrein in Widerspruch zu den in der Entscheidung angeführten Belegstellen.<sup>141</sup>

Ablehnend steht der Senat der „allgemeinen Aufklärungspflicht“ gegenüber, weil er sie wohl zum einen – fälschlicherweise – in der Nähe der von

---

138 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151.

139 So etwa *Balzer/Walther*, Das Urteil, <sup>3</sup>2018, S. 43 f. Rn. 53 und S. 46–50.

140 Vgl. *Bundschuh*, EWiR 1985, 913 (Anm. zu BGH, Urt. v. 4.2.1985 – II ZR 142/84)

141 *Arens*, auf den sich der Senat beruft, nimmt ausdrücklich an, dass substantiierte Behauptungen grundsätzlich substantiiert, d. h. mittels einer Gegendarstellung bestritten werden müssen, vgl. ZZZP 96 (1983), 1, 2 und 4.

*Peters* geprägten Lehre zur Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen wähnt.<sup>142</sup> Das meint auch der seitens des Senats wiedergegebene Satz, grundsätzlich sei niemand gehalten, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, *über das dieser nicht schon von sich aus verfügt*.<sup>143</sup> Zum anderen, und insoweit zutreffend, wird der von *Stürmer* geforderte Umfang des Aufklärungsbeitrags für weitergehend gehalten, als das § 138 Abs. 2 ZPO zu entnehmen ist, da nach jener Lehre nicht bloß ein substantiiertes Bestreiten vom Gegner verlangt werden kann, sondern dieser gehalten sein soll, alle denkbaren und zumutbaren Aufklärungsbeiträge zu leisten.<sup>144</sup>

Kernaussage der Entscheidung ist also nicht, dass regelmäßig ein „einfaches“ Bestreiten ausreichend wäre, sondern, dass ein substantiiertes Bestreiten im Fall der Informationsasymmetrie ausnahmsweise auch dann notwendig sein soll, wenn die außerhalb des Geschehens stehende darlegungsbelastete Partei ihre Behauptungen in Form von Vermutungen vorgetragen hat.<sup>145</sup> Nur gegenüber einer anhaltslosen, aufs Geratewohl aufgestellten Vermutung braucht sich der Gegner nicht zu erklären.

#### 4. „In der Regel genügt das einfache Bestreiten“ – BGH NJW 1993, 1782

Erst im Jahr 1993 findet sich dann in einer Entscheidung des BGH die Formulierung, „einfaches“ Bestreiten sei „in der Regel“ ausreichend.<sup>146</sup>

---

142 Jedenfalls tut dies *Arens*, vgl. ZZZ 96 (1983), 1, 10 und 14, der dem Senat in der Wiedergabe der „Aufklärungspflicht“ als Gewährsmann dient. – Dass die „Aufklärungspflicht“ im Sinne *Stürmers* alles andere voraussetzungslos ist, hat *Stürmer* selbst in einer Anmerkung zur BGH-Entscheidung klargestellt, vgl. ZZZ 104 (1991), 203, 210, 213; tatsächlich stellt *Stürmer* mit seiner Plausibilitätskontrolle *strengere* Anforderungen, als dass die Rechtsprechung tut, siehe oben Teil I, Kap. 1 D III. Zu den Kuriositäten des Falls zählt es, dass *E. Peters* als Verfechter der Zulässigkeit von Geratewohl-Behauptungen sich in einem rund 3 Monate vor der BGH-Entscheidung erschienenen Beitrag gewissermaßen als (Mit-)Begründer einer dann wohl tatsächlich voraussetzungslosen „allgemeinen Prozessförderungs-“ oder auch „Mitwirkungspflicht“ zu erkennen gegeben hat, vgl. *ders.*, in: FS Schwab, 1990, S. 399–408.

143 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, III 1, NJW 1990, 3151; die dort angeführte Belegstelle BGH NJW 1958, 1491 hat die Unzulässigkeit eines ausforschenden Beweisantrages zum Gegenstand; vgl. auch *Arens*, ZZZ 96 (1983), 1, 4.

144 Vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, III, NJW 1990, 3151 und *Stürmer*, Aufklärungspflicht, 1976, S. 151.

145 Vgl. auch *Prütting/Gehrlein*, ZPO, <sup>11</sup>2019, § 138 Rn. 11.

146 Vgl. BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3a, NJW 1993, 1782, 1783.

„In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das ‚einfache Bestreiten‘ des Beklagten. Nur ausnahmsweise sind von letzterem, wenn er die wesentlichen Tatsachen kennt, während der Kläger außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, zumutbare nähere Angaben zu verlangen (vgl. z. B. BGHZ 86, 23, 29).“

Hier wird also ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dergestalt angenommen, dass eine substantiierte Gegenerklärung *nur* erfolgen soll, wenn der eigentlich Darlegungsbelastete sich in einer Informationsnot befindet. Der angegebene Rechtsprechungsbeleg BGHZ 86, 23 betrifft auch tatsächlich einen Fall von Informationsasymmetrie.<sup>147</sup> Dort heißt es unter Anknüpfung an die *Pressedienst*-Entscheidung, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehens stehe, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kenne, genüge ein „einfaches“ Bestreiten nicht.<sup>148</sup> Die Schlussfolgerung, dass *nur* in diesem Fall ein substantiiertes Bestreiten erwartet werden darf, ist aber nicht der Belegstelle zu entnehmen, sondern die originäre – und irri- ge – Wiedergabe seitens BGH NJW 1993, 1782.

Bei konsequenter Befolgung der neugeschaffenen Regel dürfte der gut informierte Gegner eine substantiierte Behauptung des ebenso gut informierten Darlegungsbelasteten „einfach“ bestreiten, da mangels Informationsasymmetrie die Voraussetzung für das „ausnahmsweise“ erforderliche substantiierte Bestreitens nicht gegeben wäre. Diese schwerwiegende Konsequenz blieb im konkreten Fall aber unbemerkt: Der Senat verneinte dort eine Pflicht zum substantiierten Bestreiten, weil die Voraussetzungen für eine Erklärung mit Nichtwissen gem. § 138 Abs. 4 ZPO gegeben waren, der Bestreitende also gar nicht die notwendige Kenntnis für ein substantiiertes Bestreiten hatte.<sup>149</sup>

## 5. Rezeption von BGH NJW 1993, 1782

Wenig später übernimmt der X. Senat die Formulierung, im Regelfall genüge eine „einfaches“ Bestreiten, anderes gelte nur, wenn der Darlegungsbelastete außerhalb des Geschehensablaufs stehe, während die Gegenseite die wesentlichen Tatsachen kennt.<sup>150</sup> Im konkreten Fall durfte „einfach“

---

147 BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 279/81, III 2b, BGHZ 86, 23, 28–30.

148 BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 279/81, III 2b, BGHZ 86, 23, 29.

149 BGH, Urt. v. 23.3.1993 – VI ZR 176/92, II 3b; NJW 1993, 1782, 1783.

150 BGH, Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 42/93, II 3, NJW 1995, 3311, 3312.

bestritten werden, weil seitens des darlegungspflichtigen Klägers lediglich nicht näher aufgeschlüsselte Pauschalen vorgetragen wurden, „so daß der Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der einzelnen Rechnungspositionen nicht möglich war“.<sup>151</sup>

Der VI. Senat greift die Formulierung des „in der Regel“ ausreichenden „einfachen“ Bestreitens auf, und hält letzteres im konkreten Fall gegenüber einem nur „pauschal“ behaupteten Kaufvertrag für zulässig.<sup>152</sup>

Auch der II. Senat meint, ein substantiiertes Bestreiten komme „nur“ bei Informationsnot des Darlegungspflichtigen in Betracht, hält aber das „einfache“ Bestreiten im konkreten Fall schon deshalb für ausreichend, weil hinreichend deutlich wurde, dass die Behauptungen des Darlegungspflichtigen vollständig in Abrede gestellt werden sollten.<sup>153</sup>

Schließlich betreffen zahlreiche Entscheidungen, in denen ein „einfaches“ Bestreiten als Regel angegeben wird, solche Fälle, in denen ein substantiiertes Bestreiten nicht verlangt werden konnte, weil die Partei – wie auch schon in BGH NJW 1993, 1782 – gar nicht über entsprechendes Wissen verfügte.<sup>154</sup>

## 6. Ergebnis zur Rechtsprechungsanalyse

Damit deckt die Rechtsprechung, welche das Postulat des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von „einfachem“ und substantiiertem Bestreiten anführt, genau die Ausnahmekonstellationen ab, in denen ein „einfaches“ Bestreiten ohnehin nach allgemeiner Auffassung möglich wäre: Gegenüber pau-

---

151 BGH, Urt. v. 11.7.1995 – X ZR 42/93, II 3, NJW 1995, 3311, 3312. – Vgl. auch BGH, Urt. v. 3.2.1999 – VIII ZR 14/98, II 2b) aa), NJW 1999, 1404, 1405; BGH, Urt. v. 29.3.2000 – VIII ZR 81/99, II A 2b) aa), NJW 2000, 2272, 2274 f.; BGH, Beschl. v. 13.3.2008 – IX ZR 155/05, BeckRS 2008, 05531; BGH, Urt. v. 18.7.2013 – III ZR 170/12, 4, BeckRS 2013, 15230; BGH, Urt. v. 14.3.2017 – II ZR 42/16, II 3, juris, Tz. 29 f.

152 BGH, Beschl. v. 25.3.2014 – VI ZR 271/13, 2b, NJW-RR 2014, 830, 831.

153 BGH, Urt. v. 19.4.1999 – II ZR 331/97, II 2, NJW-RR 1999, 1152 f.

154 Vgl. BGH, Urt. v. 15.6.2000 – I ZR 55/98, II 6b, NJW-RR 2000, 1635, 1638; BGH, Urt. v. 6.4.2001 – V ZR 402/99, II 3; NJW 2001, 2021, 2022; BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 146/10, II 2a, NJW 2011, 1509, 1511. – Das dürfte auch für BGH, Urt. v. 7.12.1998 – II ZR 266/97, I 2, NJW 1999, 579, 580 zutreffend sein, wobei die Entscheidungsgründe dies nur erahnen lassen (vgl. I 1). Revisionsbegründung (dort Bl. 4–6) und -erwiderung (Bl. 4) stritten ausdrücklich um das Vorliegen der Voraussetzungen einer Erklärung mit Nichtwissen, vgl. Senatsheft zu BGH, Urt. v. 7.12.1998 – II ZR 266/97.

schalisierten Summen, Rechtstatsachen, als vollständige Negation der Behauptung oder wenn die Partei mangels Kenntnis sich gem. § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären kann. Unzutreffend wäre daher die Annahme, der BGH würde ein substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise in Fällen von Informationsasymmetrie verlangen: BGH NJW 1993, 1782 hat diesen Satz zwar unter irrtümlicher Wiedergabe einer anderen Entscheidung *en passant* in die Rechtsprechung des BGH eingeführt; es finden sich jedoch keinerlei Sachverhalte, in denen der Darlegungsbelastete substantiiert vorträgt und dem kundigen Gegner eine positive Gegendarstellung dazu möglich wäre, ihm diese aber mit der Erwägung erlassen wird, der Darlegungsbelastete befinde sich nicht in Informationsnot, mithin genüge das „einfache“ Bestreiten. Damit erweist sich die Rechtsprechungslinie des BGH, wonach ein substantiiertes Bestreiten nur ausnahmsweise geboten sein soll, als eine Art Geisterschiff.

### III. Einfaches Bestreiten als Ausnahme

Grundsätzlich ist ein substantiiertes Bestreiten erforderlich, wenn die behaupteten Vorgänge sich im Wahrnehmungsbereich der Partei abgespielt haben und ihr daher ein substantiiertes Gegenvortrag möglich sein müsste. Nur ausnahmsweise genügt trotz eigener Kenntnis ein „einfaches“ Bestreiten: Gegenüber pauschalisierten Summen, Rechtstatsachen und als eindeutige vollständige Negation der gegnerischen Behauptung. Das richtige Verhältnis bringt daher der IX. Senat im Jahr 2013 auf den Punkt:<sup>155</sup> Ein substantiiertes Vorbringen kann in der Regel *nicht* „einfach“ bestritten werden.

---

155 Vgl. BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – IX ZR 279/12, BeckRS 2013, 13352.