

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 248

# Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess

Von

Dimitrios Papanikolaou



Duncker & Humblot · Berlin

DIMITRIOS PAPANIKOLAOU

Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess

Schriften zum Prozessrecht

Band 248

# Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess

Von

Dimitrios Papanikolaou



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Humboldt-Universität zu Berlin  
hat diese Arbeit im Wintersemester 2017/2018  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 978-3-428-15441-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-55441-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85441-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*

## **Vorwort**

Die vorliegende Abhandlung wurde im Wintersemester 2017/2018 von der juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Ziel der Arbeit ist die mitten des 20. Jahrhunderts kasuistisch entwickelte und an Bedeutung gewinnende sekundäre Behauptungslast der Parteien im Zivilprozess dogmatisch zu erarbeiten.

Für die wertvollen Anregungen und warmherzige Betreuung bin ich Herrn Prof. Dr. Christoph G. Paulus dankbar. Mein besonderer Dank gilt außerdem Herrn Prof. Dr. Georgios Ts. Orfanides für das lebhafte Interesse an der Entstehung der vorliegenden Arbeit und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Vor allem möchte ich mich aber bei meinen Eltern, Andreas und Marina, denen diese Arbeit gewidmet ist, bedanken. Dank schulde ich ferner meiner Frau Ioanna sowie meinem Bruder Nikolaos für die ständige, liebevolle Unterstützung.

Bei Frau Swantje Maecker und Herrn Robin Matzke bedanke ich mich für die große Hilfeleistung beim Korrekturlesen.

Athen, im Frühling 2018

*Dimitrios A. Papanikolaou*



# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einführung in die Problematik</b> .....	11
A. Grundlagen der Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess .....	11
I. Die Parteiherrenschaft .....	11
II. Die Beweislast .....	13
1. Objektive Beweislast .....	13
2. Subjektive Beweislast .....	15
III. Die Behauptungslast .....	17
IV. Die Substantiierung des tatsächlichen Vortrags .....	19
1. Die Bestimmtheit und die Schlüssigkeit der Klage .....	19
2. Die Substantiierung des Beweisthemas .....	20
3. Die Pflicht zur substantiierten Einlassung .....	21
4. Exkurs: Die Einlassungsfähigkeit des Vortrags als Kriterium .....	23
V. Die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht .....	24
VI. Die Prozessförderungspflicht .....	25
VII. Die aufklärende Tätigkeit des Gerichts .....	25
VIII. Ergebnis .....	29
B. Das pathologische Phänomen der Informationsnot .....	29
I. Darstellung .....	29
II. Beseitigung .....	31
1. Die traditionellen prozessualen Bewältigungsmechanismen .....	31
2. Der besondere Fall der Informationsnot .....	34
a) Die Eigenart der Informationsnot .....	34
b) Aufklärungspflichten im deutschen Zivilprozess – die sekundäre Darlegungslast .....	38
C. Fragestellung .....	40
<b>§ 2 Vorfragen</b> .....	41
A. Die Aufklärung des Sachverhalts als Rechtsproblem .....	41
I. Der Zweck des Zivilprozesses .....	41
1. Der Zweck im Recht .....	41
2. Die Bezugnahme des Zivilprozesses auf das materielle Recht .....	42
II. Zivilprozess und Wahrheit .....	43
1. Der Anspruch auf ein <i>faires</i> Verfahren .....	43
2. Die Wahrheit als Element einer richtigen und gerechten Entscheidung .....	44
3. Der <i>nemo tenetur contra edere se</i> -Grundsatz .....	45
a) Formelle und materielle Wahrheit .....	45

b) Die liberale und soziale Prozessauffassung .....	46
4. Grenzen der Wahrheitsfindung .....	51
III. Ergebnis .....	54
B. Die Unterscheidung zwischen prozessualen Lasten und Pflichten .....	55
<b>§ 3 Dogmatische Verankerung einer sekundären Erklärungspflicht .....</b>	<b>57</b>
A. Einleitung .....	57
I. Das Erfordernis eines förmlichen Gesetzes .....	57
II. Die Bedeutung der langen Geschichte der Kasuistik .....	58
1. Das Richterrecht als Rechtsquelle .....	59
2. Gewohnheitsrechtliche Begründung .....	61
a) Zivilprozessuales Gewohnheitsrecht .....	61
b) Bedenken gegen die Anknüpfung an das Gewohnheitsrecht .....	62
III. Kritische Betrachtung der Lehre der sekundären Darlegungslast .....	65
B. Beweisbezogene Mitwirkungspflichten der Parteien .....	66
I. Die die aufklärende Richtertätigkeit begleitenden Mitwirkungspflichten .....	66
II. Mitwirkungspflichten bei der gegnerischen Beweisführung .....	70
III. Die Beweisvereitelung .....	71
IV. Ergebnis .....	75
C. Die freie Beweiswürdigung .....	76
D. Aufklärungsbeitrag der Parteien nach Treu und Glauben .....	78
I. Treu und Glauben im Zivilprozess .....	78
II. Handhabung der prozessualen Redlichkeit .....	79
1. Wesen und Funktion des § 242 BGB .....	79
2. Grundlagen der Argumentation anhand von § 242 BGB .....	80
III. Aufklärungspflicht der Parteien als Folge des Redlichkeitsgebots .....	81
E. Die Prozessförderungspflicht der Parteien .....	84
I. Der Sinn der Prozessförderungspflicht .....	84
II. Beitrag der Prozessförderungspflicht zu der Sachverhaltaufklärung .....	85
F. Die Wahrheitspflicht der Parteien .....	87
I. Wahrheitspflicht und Wahrheit .....	88
II. Ermächtigung zur Inquisition? .....	91
III. Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht .....	93
1. Bei Einheitlichkeit von Wahrheit und Vollständigkeit .....	93
2. Bei Uneinheitlichkeit von Wahrheit und Vollständigkeit .....	95
3. Rechtstheoretischer Ansatz .....	96
G. Die Erklärungspflicht der Parteien gemäß § 138 Abs. 2–4 ZPO .....	97
I. Über den Pflichtcharakter .....	98
II. Die Substantiierungspflicht als Aufklärungspflicht der nicht risikobelasteten Partei .....	103

H. Ergebnis . . . . .	106
<b>§ 4 Die Physiognomie der sekundären Erklärungspflicht . . . . .</b>	108
A. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich . . . . .	108
B. Erklärung über Tatsachen . . . . .	108
C. Sanktion . . . . .	112
<b>§ 5 Voraussetzungen und Grenzen der sekundären Erklärungspflicht . . . . .</b>	117
A. Einleitung: Die Interessenlage . . . . .	117
B. Die schutzwürdige Informationsnot der risikobelasteten Partei . . . . .	118
I. Die Informationsnot . . . . .	118
II. Die Vorwerfbarkeit der Informationsnot . . . . .	120
C. Die Angabe von Anhaltspunkten . . . . .	122
I. Begriffliches . . . . .	122
II. Die Gliederung der Anhaltspunkte . . . . .	123
1. Ausforschende Beweisanträge . . . . .	123
2. Der Bestand eines Ausforschungsverbots . . . . .	124
3. Die Rechtfertigung der Anhaltspunkte . . . . .	128
4. Anhaltspunkte und sekundäre Erklärungspflicht . . . . .	134
D. Die Zumutbarkeit der Auskunftsmitteilung . . . . .	135
I. Definition der Zumutbarkeitsprüfung . . . . .	135
II. Entscheidungsanalyse . . . . .	136
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht . . . . .	137
a) Der soziale Geltungsanspruch . . . . .	137
b) Die Geheimsphäre . . . . .	138
c) Insbesondere die gewerblichen Geheimnisse . . . . .	142
2. Die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung . . . . .	144
3. Beeinträchtigte Interessen Dritter . . . . .	145
E. Synthese . . . . .	148
<b>§ 6 Systematische Eingliederung der sekundären Erklärungspflicht . . . . .</b>	152
A. Potenzielle Hindernisse . . . . .	152
I. Rechtssicherheit . . . . .	152
II. Einfallstor für die Ausforschung . . . . .	153
III. Vereinbarkeit mit dem Verhandlungsgrundsatz . . . . .	154
IV. Die richterliche Hinweispflicht . . . . .	155
V. Abwandlung der zivilprozessualen Lasten . . . . .	156
B. In Zusammenhang stehende Fragen . . . . .	157
I. Der „zulässige“ Ausforschungsbeweis, die Parteivernehmung . . . . .	157
II. Die materiellen Auskunftsansprüche . . . . .	160
1. Überblick . . . . .	160
2. Die Beziehung zur sekundären Erklärungspflicht . . . . .	161
a) Gemeinsamkeiten . . . . .	161
b) Symbiotisches Verhältnis . . . . .	163

III.	Das Geheimverfahren .....	166
1.	Begriff und Realisierbarkeit des Geheimverfahrens .....	166
2.	Notwendigkeit der ausdrücklichen Normierung .....	170
IV.	Strafprozessuales Verwertungsverbot .....	176
<b>§ 7</b>	<b>Abschließende Betrachtung</b> .....	180
A.	Die sekundäre Erklärungspflicht, ein Überblick .....	180
I.	Anlass: Die Informationsnot .....	180
II.	Vorfragen .....	181
III.	Dogmatische Grundlage .....	182
IV.	Inhalt und Sanktion .....	183
V.	Voraussetzung und Grenzen .....	184
VI.	Systematische Eingliederung in das geltende Zivilprozessrecht ..	186
B.	Synergie der verschiedenen Aufklärungspflichten – Bewertung .....	188
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	190
	<b>Sachverzeichnis</b> .....	214

# § 1 Einführung in die Problematik

## A. Grundlagen der Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess

Recht schaffen und Recht gewähren sind Ausformungen staatlicher Machtausübung. Die Selbsthilfe stellt innerhalb des Rechtsstaates ein nur ausnahmsweise anerkanntes Institut der Rechtsdurchsetzung dar.<sup>1</sup> Für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten sieht der Gesetzgeber ein darauf gerichtetes und stark formalisiertes Verfahren, den Prozess, vor, innerhalb dessen die Parteien ihr Begehr vor das Gericht bringen und sich auf dessen Entscheidung verlassen müssen. Es versteht sich von selbst, dass die Entscheidung durch den Richter eine entsprechende Kenntnis des Lebensvorgangs seinerseits voraussetzt, damit der rechtliche Syllogismus erst ermöglicht wird. Grundpfeiler jedes Systems der Rechtsgewährung ist zwangsläufig die Erkenntnis über die Sachlage, also die Bildung und Aufklärung des Untersatzes und infolgedessen die Synthese zur Urteilsgrundlage.<sup>2</sup>

### I. Die Parteiherrschaft

Das speziell auf die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten angelegte Verfahren (§ 13 GVG), der Zivilprozess, ist weitgehend von der sich im Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz widerspiegelnden Parteiherrschaft geprägt.<sup>3</sup> Beide Maximen sind nicht ausdrücklich in der ZPO niedergelegt, ihr Bestehen und Umfang ergibt sich aus der Gestaltung des Verfahrens.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. §§ 32, 34 StGB, § 127 Abs. 1 StPO, §§ 227, 228, 229 f., 859 f., 865, 867, 904, 962, 1029 BGB.

<sup>2</sup> Terminologisches: Der Begriff „Untersatz“ umfasst den entscheidungserheblichen Sachverhalt, also die von dem Richter festgestellten Tatsachen (zum Tat-sachenbegriff s. § 5 C II 3 a). Der Begriff „Urteilsgrundlage“ hingegen umfasst alles, worauf sich die Entscheidung stützt, d. h. sowohl Tatsachen als auch Rechtnormen.

<sup>3</sup> Die begriffliche Trennung beider Grundsätze galt nicht immer als gegeben. Nach früheren Stimmen sollte die Dispositions- in der Verhandlungsmaxime enthalten sein. Hierzu *Bomsdorf*, S. 175; *Zettel*, S. 25; *Prütting*, NJW 1980, 361, 362; *Leipold*, JZ 1982, 441, 442; *ders.*, in: *FS für Fasching*, S. 329, 332.

<sup>4</sup> *Weyers*, in: *FS für Esser*, S. 193, 196; *Zettel*, S. 33 ff., 41; *Prütting*, NJW 1980, 361, 362; *A. Bruns*, in: *Symposium für Stürner*, S. 53, 56 f., 58 f.; *Jauernig/Hess*, § 25 III.

Nach dem Dispositionsgrundsatz einerseits sind Anfang, Umfang und Ende des Verfahrens Parteisache.<sup>5</sup> Die Verhandlungsmaxime<sup>6</sup> auf der anderen Seite überlässt den Parteien die Einführung von Tatsachen und ihre Beweisbedürftigkeit sowie die Benennung und, obgleich heute stark relativiert, die Vorlage von Beweismitteln.<sup>7</sup> Der Richter darf bei seiner Entscheidung nur diejenigen tatsächlichen Behauptungen erwägen, die von den Parteien eingeführt worden sind.<sup>8</sup> Nur beschränkt, in den engen Grenzen des § 291 ZPO, kann er

---

<sup>5</sup> *Lüke*, JuS 1961, 41, 41; *Leipold*, JZ 1982, 441, 442; *Blomeyer*, § 13; *Jauernig/Hess*, § 24 II–IV; *RSGottwald*, § 76 Rdnr. 3f.

<sup>6</sup> Häufig wird neben dem Verhandlungs- auch der Beibringungsgrundsatz erwähnt, vornehmlich ohne begriffliche Unterscheidung. Nach abweichender Ansicht soll der Beibringungsgrundsatz sich auf die Einführung von Tatsachen und Beweismitteln in den Prozess beziehen, während die Verhandlungsmaxime allein die Urteilsgrundlage bestimmt. Der Beibringungsgrundsatz besagt, dass Tatsachen sowie Beweismittel erst durch die Initiative der Parteien in den Prozess eingeführt werden können. Der Verhandlungsgrundsatz hingegen meint, dass nur diejenigen tatsächlichen Behauptungen berücksichtigt werden können, über die die Parteien verhandeln (insofern besteht eine Überlappung mit dem Mündlichkeitsprinzip). Vgl. *Brüggemann*, S. 107; *Zettel*, S. 30f.; *Prütting*, NJW 1980, 361, 362; *B. Hahn*, JA 1991, 319, 319.

<sup>7</sup> *Lüke*, JuS 1961, 41, 42f.; *Prütting*, NJW 1980, 361, 362f.; *Leipold*, JZ 1982, 441, 441; *Jauernig/Hess*, § 25 II–III; *RSGottwald*, § 77 Rdnr. 7.

<sup>8</sup> Zu berücksichtigen sind nicht nur die unmittelbar von den Parteien eingeführten, also die behaupteten Tatsachen (vgl. BGH NJW 1989, 3161, 3162; *Lent*, ZZP 63 (1943), 3, 26 ff.; *Bettermann*, ZZP 91 (1978), 365, 390; *Musielak/Stadler*, Grundfragen, Rdnr. 191; *Leipold*, in: FS für Fasching, S. 329, 339; *Jauernig*, in: 40 Jahre BGH, 28, 35; *Blomeyer*, § 14 II 1 a; *Jauernig/Hess*, § 25 II–III). Tatsachen, die sich erst im Rahmen der Beweise ergeben, sind ebenfalls zugrunde zu legen, sofern rechtliches Gehör gewährt wurde (vgl. *Brüggemann*, S. 425 ff.; *Zettel*, S. 72; *Weyers*, in: FS für *Esser*, S. 193, 206 ff.; *E. Schmidt*, ZZP 113 (2000), 381, 385 f.; a.A. BGH MDR 2010, 227, 227; allerdings auf die vorgelagerte Verhandlungswürdigung bezogen *Brehm*, Bindung, S. 213 ff.; für den Beweisführer günstige Tatsachen *Schilken*, Rdnr. 347; *Braun*, S. 92). Weil Anlass zur Beweiserhebung erst die zwischen den Parteien streitigen Tatsachen geben, kommt eine Inquisition, eine vom Parteiverhalten schlicht unabhängige Einführung von Tatsachen eigentlich nicht in Betracht. In der Regel werden die Parteien, insbesondere nach entsprechender Anregung des Gerichts im Rahmen des § 139 ZPO, sich die neuen günstigen Tatsachen zu Eigen machen (auch stillschweigende Eigenmachung vgl. BGH NJW 2006, 1657, 1658; NJW-RR 2016, 1360, 1362).

Fraglich ist ferner, ob die Kenntnis, die das Gericht durch die Beweise erlangt, Verfügungen der Parteien über den Tatsachenstoff rückgängig machen oder hindern kann. Denn es ist denkbar, dass die Beweiserhebung Licht auf weitere Schichten des Lebensvorgangs wirft, die dem bisherigen oder späteren Parteiverhalten widersprechen. Die Antwort hierauf hängt zunächst davon ab, inwiefern man für den Bereich des Zivilprozesses ein öffentliches Interesse an Wahrheitsfindung annimmt und die Vorschriften, die den Parteien Verfügungsmacht verleihen, entsprechend beschränkt. Weil der ZPO ein neben dem Parteiinteresse oder darüber hinaus gehendes öffentliches Aufklärungsinteresse fremd ist, kann lediglich ein elementares Interesse daran in Betracht kommen, einen Verfahrensmissbrauch zu vermeiden und das Gericht von

sich auf eigenes, offenkundiges Wissen berufen.<sup>9</sup> Übrigens gewähren die Verfahrensmaximen keine tiefere Einsicht in die konkrete Art und Weise der Sachverhaltsbildung, denn sie legen lediglich die Grundentscheidung fest, was Ausgangspunkt der richterlichen Entscheidung sein kann.<sup>10</sup>

## II. Die Beweislast

### 1. Objektive Beweislast

Ist die Beweisaufnahme unergiebig (*non liquet*), kann der juristische Syllogismus nicht zu Ende geführt werden. Denn die Normen, die an einem bestimmten Lebensvorgang, an einem bestimmten Verhalten der Rechtssubjekte anknüpfen, kennen lediglich die Varianten tatbestandsmäßig „verwirklicht“ oder „nicht verwirklicht“, nicht hingegen die Variante „unbewiesen“.<sup>11</sup> Eine Subsumption erscheint willkürlich, sofern der Sachverhalt unaufgeklärt geblieben ist. Ist das Zustandekommen des Kaufvertrags streitig, kann der Klage auf Kaufpreiszahlung stattgegeben werden, sofern der Richter das Zustandekommen des Kaufvertrags feststellt. Ihre Abweisung ist gerechtfertigt, solange dessen Nichtzustandekommen feststeht. Erst die Regelung der Beweislosigkeit ermöglicht die richterliche Entscheidung und bestimmt ihren Inhalt auf rationale Weise, wenn die Beweisaufnahme weder zu einer positiven noch zu

---

dem Zwang zu befreien, eine als unwahr erkannte Tatsache kraft Verfügung der Parteien über den Prozessstoff seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

Ob bereits stattgefundene Dispositionen der Parteien über Tatsachen aufgrund späterer Kenntnis des Gerichts keine Wirkung mehr entfalten können, kann jedenfalls nicht einheitlich beantwortet werden: Kommt ein Geständnis (§ 288 ZPO) in Frage, dürfen die strengen Anforderungen an den Widerruf des unwahren Geständnisses (§ 290 ZPO) nicht umgegangen werden. Nur sofern durch das unwahre Geständnis ein Missbrauch des Verfahrens stattfindet, also das Rechtsschutzbedürfnis gänzlich fehlt, darf hiervon abgewichen werden. Um einen derartigen Missbrauch handelt es sich bei den sogenannten Scheinprozessen, durch welche die Parteien die Umgehung zwingendes Rechts oder die Schädigung Dritter bezuwecken. Die Abweichung von dem nur fiktiven Geständnis (§ 138 Abs. 3 ZPO) ist hingegen leichter, denn eine dem § 290 ZPO entsprechende Regelung greift hier nicht ein.

<sup>9</sup> *Lent*, Wahrheitspflicht, S. 22 ff.; *Bernhardt*, in: FS für Rosenberg, S. 9, 22 ff.; *Brüggemann*, S. 337 ff.; *Zettel*, S. 111; *Dötsch*, MDR 2011, 1017; *RSGottwald*, § 77 Rdnr. 7, § 112 Rdnr. 25; *MünchKommZPO/Prütting*, § 291 Rdnr. 13.

<sup>10</sup> *Weyers*, in: FS für Esser, S. 193, 194, 211; *Brehm*, Bindung, S. 58 ff.; *Kawano*, in: FS für Henckel, S. 411, 411 f.; *Stürner*, ZZP 104 (1991), 208, 215.

<sup>11</sup> Zwar nimmt § 830 Abs. 1 S. 2 BGB die Unerwiesenheit in den Normtatbestand auf, sie stellt aber eine Hilfsnorm in Form einer Beweislastregel dar. Sie hilft das Problem der Unerwiesenheit der haftungsbegründenden Kausalität zu überwinden, wenn an einer unerlaubten Handlung mehrere beteiligt sind.