

DAS BEWEISMAß IM ZIVILPROZEß

Karl HEINZ SCHWAB

Diese Ausführungen behandeln ein Thema, das in der deutschen Prozeßrechtswissenschaft gerade in jüngerer Zeit eine besondere Aktualität gewonnen hat, nämlich das Beweismaß im Zivilprozeß.

§ 286 I ZPO bestimmt, daß das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. Unbestrittenermaßen enthält diese Vorschrift eine Anweisung für die Art der Beweismäßigung. Sie befreit nämlich den Richter von Beweisregeln, was in § 286 II noch ausdrücklich gesagt wird, und überläßt die Würdigung der Beweise der freien Überzeugung des Richters.

Nicht unbestritten ist dagegen in der heutigen deutschen Prozeßrechtslehre, ob § 286 I ZPO auch ein Kriterium dafür enthält, wann ein Beweis erbracht ist. Damit aber ist die Frage des Beweismaßes oder des Beweisquantums angesprochen. Lange Zeit hindurch war diese Frage kaum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen gewesen.

Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte, insbesondere die höchstichterliche Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, läßt eine dogmatisch fundierte Auseinandersetzung mit dieser Frage vermissen. So fehlt es oft in der Rechtsprechung an einer Klärung der Begriffe, die in der Beweismaßfrage eine Rolle spielen, nämlich der Begriff der Wahrscheinlichkeit, der Wahrheit und der Überzeugung. Die Rechtsprechung geht zwar davon aus, daß das Beweiskriterium in der Überzeugung des Richters liege. Sie versucht aber andererseits, durch Aufstellen objektiver Beweismaßstäbe eine rein subjektive Beweismaßbestimmung zu modifizieren. Dafür werden dann Formulierungen wie "an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit" oder "für das praktische Leben brauchbare Gewißheit" verwendet. Durch solche Formulierungen wird in zahlreichen Entscheidungen nicht

nur das Merkmal der Überzeugung in den Heitergrund gedräng, sondern auch die Feststellung der Wahrheit relativiert.¹

In der Literatur findet das Beweismaßproblem in jüngerer Zeit zunehmende Beachtung.² Während sich das ältere Schrifttum darauf beschränkte, die Rechtsprechung wiederzugeben, wird im neueren Schrifttum vor allem der Wahrscheinlichkeitsbegriff in den Vordergrund gestellt und untersucht.

I. OBJEKTIVE BEWEISMAßLEHREN

In der heutigen Literatur lassen sich objektive und subjektive Beweismaßlehren unterscheiden. Im folgenden sollen zunächst die objektiven Beweismaßlehren behandelt werden.

1. Die Vertreter der objektiven Beweismaßlehren und ihre Theorien.

Von der Mitte der 60er Jahre an zeichnet sich in der Literatur eine Strömung ab, die allein auf die objektive Wahrscheinlichkeit abstellt. Diese Strömung geht auf das schwedische Überwiegensprinzip zurück, das durch Arbeiten von *Bolding*³ und *Ekelöf*⁴ auch in der internationalen wissenschaftlichen Literatur bekannt geworden ist. Diese schwedische Lehre sieht die Aufgabe der richterlichen Beweiswürdigung nicht darin, zu einer Überzeugung von der Wahrheit zu führen, sondern fordert vom Richter eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, mit der er das Vorliegen der tatsächlichen Fakten zu beurteilen hat. *Bolding* hält das Merkmal der Überzeugung des Richters als Beweiskriterium sogar ausdrücklich für nicht erwünscht.⁵

¹ Vgl. zur Rechtsprechung der deutschen Gerichte in Zivilsachen *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 68 ff.

² Folgende Monographien über dieses Thema sind hier zu nennen: *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß, 1983; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß, 1975; *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984; *Prütting*, Gegenwartsproblem der Beweislast, 1983; *ders.*; Grundprobleme des Beweisrechts, JA 1985, 313; *Schreiber*, Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß, 1968; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, 1979.

³ Aspects of the burden of proof, Scandinavians Studies in Law, 1960, 11.

⁴ ZZP 75, 289 und Scandinavian Studies in Law, 1964, 45.

⁵ *Bolding*, in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaugklärung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 1966, S. 57.

Eine dem schwedischen Überwiegensprinzip im Ergebnis ähnliche Theorie wird auch im angloamerikanischen Rechtskreis vertreten. Nach gefestigter Rechtsprechung wird dort für den Beweis im Zivilprozeß grundsätzlich nur "preponderance of probability" gefordert. Ein der richterlichen Überzeugung vergleichbares subjektives Moment tritt in den Hintergrund.⁶ Ein anderes Beweismaß verlangt das angloamerikanische Recht allerdings im Strafprozeß. Hier muß der Richter so weit überzeugt sein, als fühle er sich sicher (so as to feel sure).

Auch im deutschen Schrifttum haben die skandinavische und die angloamerikanische Lehre Anklang gefunden. Als erster hat wohl *Kegeß* in der Festschrift für *Kronstein* (1967)⁷ unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das angloamerikanische Zivilprozeßrecht dafür plädiert, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit im Zivilprozeß ausreichend sein zu lassen. Auch *Rudolf Bruns*⁸ sah in der schwedischen Überwiegenslehre den.

Vorteil, daß eine Beweistheorie, die auf Wahrscheinlichkeit abstelle, eine sachliche Diskussion der Beweiswürdigung ermögliche; über eine Überzeugung könne dagegen nicht gestritten werden. Den umfassendsten Versuch einer rein objektiven Beweistheorie stellt für den deutschen Bereich das Buch von *Maassen* dar,⁹ in dem, wie bei *Kegeß*, vom angloamerikanischen Beweismaßverständnis ausgegangen wird und die objektive Beweismaßlehre auch für den deutschen Zivilprozeß vertreten wird. An dieser Stelle wäre auch das Buch von *Motsch* zu nennen, dessen Auffassung vom Beweismaß wohl auch als objektive Beweismaßlehre eingestuft werden kann.¹⁰

All den genannten Theorien sind, wenn sie sich auch in Einzelheiten unterscheiden, doch folgende Merkmale gemeinsam: Sie alle fordern, daß die Wahrscheinlichkeit zur Feststellung bestrittener Tatsachenbehauptungen ausreichen müsse. Welcher Grad der Wahrscheinlichkeit für die Beweisführung verlangt wird, wird allerdings von den einzelnen Autoren unterschiedlich beantwortet. In der Regel verlangt man überwiegende Wahrscheinlichkeit, von manchen wird jedoch eine hohe Wahrscheinlichkeit gefordert. Zur Feststellung dieser Wahrscheinlichkeit bedienen sich alle Autoren einer mehr oder weniger kal-

⁶ Vgl. dazu die Nachweise bei *Maassen*, aaO, S. 39 ff.; ferner *Schwering*, System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozeß, 1969, S. 79 ff.; *Greger*, aaO, S. 97.

⁷ AaO, S. 321 ff.; 335, 343 f.

⁸ Zivilprozeßrecht, 1. Aufl., S. 275 f.

⁹ Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975.

¹⁰ Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983.

kulatorischen Methode, deren Ursprung sogleich näher beschrieben werden soll. Alle fordern schließlich auch, daß die richterliche Überzeugung zurückgedrängt werden müsse und daß der Richter an die Feststellung der objektiven Wahrscheinlichkeit bei seiner Tatsachenfeststellung gebunden sei.

2. *Methoden der objektiven Beweismaßlehren und Kritik*

Die Vertreter der objektiven Beweismaßlehren bedienen sich für die Feststellung der Wahrscheinlichkeit im Grunde einer Berechnungsmethode, die auf den mathematisch-statistischen Wahrscheinlichkeitsbeweis zurückzuführen ist. Am Beispiel des Würfelspiels läßt sich diese statistische Wahrscheinlichkeitslehre am besten erklären. Beim Würfeln mit einem Würfel, der sechs Zahlen enthält, stellt sich bei etwa 6000 Würfeln heraus, daß jede Zahl gleich oft vorkommt. Die sogenannte relative Häufigkeit für das Würfeln einer bestimmten Zahl beträgt daher ein Sechstel. Die Zahl 6000 aber bildet in der mathematisch-statistischen Ausdrucksweise den Grenzwert oder Limes, bei dessen Erreichen eine solche relative Häufigkeit mit Genauigkeit festgestellt werden kann.¹¹ Wahrscheinlichkeitsrechnungen dieser Art sind vor allem in der Lebensversicherung von Bedeutung, wenn die Lebenserwartungen von Menschen bestimmter Altersgruppen statistisch ermittelt werden.

Im Zivilprozeß kommt es aber immer auf den Einzelfall an. Selbst dann, wenn ein bestimmter Sachverhalt sich häufig ereignet, wird es kaum möglich sein, daß sich ein mathematisch-statistischer Grenzwert (Limes) ermitteln läßt. Der Richter hat es nicht mit beliebig wiederholbaren Vorgängen zu tun, sondern mit Fällen, bei denen jeder seine Eigenart hat.

Das gilt selbst dann, wenn z. B. zum Zweck der Kapitalisierung einer Rente oder eines Unterhaltsanspruchs die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten zu ermitteln ist. Zwar bestehen für solche Fälle Lebenserwartungstaktiken; neben ihnen müssen aber immer die besonderen Merkmale des Einzelfalls (Gesundheitszustand, gefährliche oder ungesunde Lebensweise, Krankheit usw.) berücksichtigt werden.

Auch in Vaterschaftsprozessen, bei denen in serologischen Gutachten die mögliche Abstammung von einem bestimmten Mann mit Prozentzahlen ausgedrückt zu werden pflegt, müssen schwerwiegende Zweifel auch bei ganz hohen Prozentzahlen Berücksichtigung finden.

¹¹ Vgl. dazu Greger, aaO, S. 40 ff.

So hat der Bundesgerichtshof auch bei serologischen Ergebnissen von 98% immer noch die Möglichkeit berücksichtigt, daß auch ein anderer als der Beklagte Vater sein könne.¹²

Fälle wie die eben genannten, in denen bestimmte Sachverhaltselemente in häufig wiederholbaren Fällen wiederkehren, sind aber ohnehin die Ausnahme. Die Regel bilden individuell gestaltete Sachverhalte, bei denen die bestrittenen Sachverhaltsmerkmale nicht in beliebiger Weise wiederholbar sind.

Diesen Umstand müssen natürlich auch die Vertreter einer objektiven Beweismaßtheorie anerkennen und ihm Rechnung tragen. Trotzdem halten sie grundsätzlich an ihrer Meinung fest, indem sie eine "grobe Berechnung" oder eine "Schätzung" für ausreichend halten.¹³ Sie verweisen darauf, daß auch eine solche Wahrscheinlichkeitskalkulation dieselbe Struktur wie die mathematisch-statistische Wahrscheinlichkeitsrechnung habe.

Dies ist jedoch unzutreffend. Bei einer mathematischen Wahrscheinlichkeitsrechnung muß jeder, der die Regeln kennt, zu demselben Ergebnis kommen. Bei einer groben Berechnung oder Schätzung ist es jedoch nicht der Fall. Sie trägt erhebliche Unsicherheit in den Prozeß und muß sich Tauch die Frage stellen lassen, worin dann noch der Unterschied zursubjektiven Beweismaßlehre liegen soll. Die Mittel der groben Berechnung oder Schätzung führen zwangsläufig dazu, daß auch subjektive Elemente in die Beweiswürdigung hineingetragen werden.

3. *Rechtliche Bedenken*

Außer diesen Bedenken gegen die Methoden der objektiven Wahrscheinlichkeitslehren gibt es aber auch rechtliche Bedenken gegen sie.

a) Erhebliche Bedenken gegen die objektive Beweismaßlehre ergeben sich schon aus dem Wortlaut des § 286 I ZPO.¹⁴ Danach hat der Richter nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für "wahr" oder "nicht wahr" zu erachten sei. Diese Vorschrift kann man nicht mit dem Argument umgehen, absolute Wahrheit könne ja der Richter nicht feststellen. Deswegen könne auch der Wortlaut nicht entscheidend sein. Eine Behauptung für wahr zu erachten, d.h., ein Urteil über die Übereinstimmung von Tatsachenbe-

¹² Vgl. dazu Greger, aaO, S. 52.

¹³ Vgl. dazu Maassen, aaO, S. 5 ff.

¹⁴ Vgl. dazu Prütting, JA 1985, 316.

hauptung und Wirklichkeit abzugeben, ist dem Richter durchaus möglich.¹⁵ Ob er die Wahrheit freilich in allen Fällen erkennen kann, ist eine andere Frage, die jedoch die grundsätzliche Möglichkeit der Erkenntnis der Wahrheit nicht in Frage stellt.

b) Nach der in der Bundesrepublik Deutschland überwiegend vertretenen Beweislastregelung ist der Fall, daß ein Tatbestandsmerkmal nicht voll (d.h. zur Überzeugung des Gerichts vom Bestehen des Tatbestandsmerkmals) bewiesen werden kann, ebenso aufgrund einer Beweislastnorm zu entscheiden wie der Fall, in dem der Sachverhalt völlig unbewiesen bleibt. Die Vertreter der objektiven Beweismaßtheorien meinen, es sei unrichtig, bei hoher, aber nicht zur Überzeugung führender Wahrscheinlichkeit zu Lasten der beweisbelasteten Partei zu entscheiden. Hier müsse die überwiegende Wahrscheinlichkeit die "non liquet" Situation ausschließen. Für eine Entscheidung nach der Beweislast sei nur Raum, wo sich kein Übergewicht ergebe, also nur bei Wahrscheinlichkeiten von 50 zu 50%, nicht aber, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades, also etwa von 60, 70 oder 80% bestehe.¹⁶

Diese Überlegungen berücksichtigen m. E. nicht die differenzierte Struktur unseres Beweislastsystems. Durch die Ausgestaltung der Normen als rechtsbegründende, rechtsvernichtende und rechtshindernde bzw. rechtshemmende Normen hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, wem das Risiko der Beweislosigkeit am ehesten zuzumuten ist.¹⁷ Kann der Kläger nämlich die Voraussetzungen der rechtsbegründenden Normen nicht voll (d.h. zur Überzeugung des Gerichts vom Bestehen dieser Voraussetzungen) beweisen, so wird seine Klage zu Recht abgewiesen, weil er sich in die Rolle des Angreifers begeben hat.

Dies muß selbst dann gelten, wenn eine gewisse oder vielleicht sogar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für seine Behauptungen spricht. Die Beweislast zuungunsten des Angreifers stellt, wie *Leipold* schreibt, einen Schutz des Besitzstandes im weitesten Sinne dar.¹⁸ Kann umgekehrt der Beklagte die Voraussetzungen der rechtsvernichtenden oder rechtshindernden bzw. rechtshemmenden Einreden nicht beweisen, so muß er verurteilt werden, weil er sich bezüglich dieser Einreden in

¹⁵ Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 104.

¹⁶ Vgl. dazu *Maassen*, aaO, S. 8-11 und *Motsch*, aaO, S. 34.

¹⁷ Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 107.

¹⁸ Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 48; vgl. ferner Prütting JA 1985, 316 und 319.

einer der Rolle des Klägers vergleichbaren Stellung befindet. Diese Beweislastregelung stellt also eine Interessenabwägung dar, die besser geeignet ist, den Interessen von Klägemund Beklagten gerecht zu werden, als eine auf Wahrscheinlichkeiten aufbauende Beweismaßtheorie.

c) Schließlich stehen auch erheblich materiell-rechtliche Bedenken den objektiven Beweismaßtheorien entgegen. Über die Existenz von Ansprüchen entscheidet das materielle Recht. Das Beweisrecht hat nur die Aufgabe, der Durchsetzung des materiellen Rechts zu dienen, indem es die Sachverhaltsfeststellung ermöglicht. Es darf aber nicht Ansprüche begründen, die nach materiellem Recht möglicherweise nicht gegeben sind. Dies aber könnte geschehen, wenn nur überwiegende, oder auch hohe Wahrscheinlichkeit als Beweiskriterium angesehen würde. Damit würde es dem Richter gestattet, einen Beklagten schon aufgrund von Wahrscheinlichkeit zu verurteilen, obgleich das materielle Recht das Vorhandensein der Voraussetzungen der entsprechenden Norm verlangt. Dies aber könnte zu einer Ausdehnung der Haftung in großem Umfang führen.¹⁹

Zusammenfassend können wir die bisherigen Überlegungen mit der Feststellung schließen, daß die objektiven Beweismaßtheorien, wenn sie auch schon überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß ausreichen lassen wollen, mit dem geltenden Recht schwerlich vereinbar sind.

II. DIE SUBJEKTIVEN BEWEISMAßTHEORIEN

Da sich die reinen objektiven Beweismaßlehren als praktisch undurchführbar erwiesen haben, bleibt wohl keine andere Möglichkeit, als ein subjektives Merkmal zum Beweiskriterium zu erheben. Dies trägt auch der Tatsache Rechnung, daß dort, wo Menschen entscheiden, nicht anders als subjektiv entschieden werden kann. Wie aber muß dieses subjektive Merkmal definiert werden und worauf bezieht es sich?

1. Die Überzeugung als Beweiskriterium

Subjektive Merkmale, die als Kriterium für die Sachverhaltsfeststellung in Betracht kommen könnten, sind z. B. "Verdacht", "Vermutung", "Glauben", "Überzeugung" und "Gewißheit". Von ihnen ist wohl die Überzeugung das einzig vertretbare Kriterium, weil sie am

¹⁹ Vgl. dazu Arens, ZZZ 88, 32; Greger, aaO, S. 112.

ehesten der Übereinstimmung von Tatsachenfeststellung und Wirklichkeit gerecht wird. Noch besser würde freilich die Gewißheit die Richtigkeit der Feststellung des Sachverhalts gewährleisten, denn sie bedeutet absolute Unbezweifelbarkeit. *Kant* hat in der Kritik der reinen Vernunft (S. 551) Überzeugung und Gewißheit einander gegenübergestellt und den Unterschied wie folgt definiert:

“Die subjektive Zulänglichkeit (des Fürwahrhaltens) heißt Überzeugung (für mich selbst), die objektive (ergänze: Zulänglichkeit heißt) Gewißheit (für jedermann)”.²⁰

Da objektive Gewißheit kaum zu erreichen ist, muß sie außer Betracht bleiben. Alle Stufen unterhalb der Überzeugung, wie Verdacht oder Vermutung oder Glauben, können aber keine Berücksichtigung finden, da sie die Feststellung des Sachverhalts durch den Richter nicht mit der nötigen Sicherheit gewährleisten würden.

Was ist nun aber unter “Überzeugung” zu verstehen?

Bei der Überzeugung handelt es sich um einen psychischen Zustand des Menschen. Von ihr muß verlangt werden, daß sie auf objektiven Gründen beruht, die anderen Menschen mitgeteilt und von ihnen überprüft werden können.

Die Schlüsse, die aus diesen objektiven Gründen gezogen werden, dürfen auch nicht gegen die Gesetze der Logik, gegen Erfahrungswissen oder gegen Naturgesetze verstoßen. Eine Auffassung, die auf einer Verletzung von Denkgesetzen beruht, könnte gewiß nicht als Überzeugung angesehen werden. Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß die Meinungen, nach welchen die Überzeugung als ein zu unbestimmtes Beweiskriterium angesehen wird, nicht als zutreffend anerkannt werden können. Schließlich gehört zur Überzeugung aber auch noch die Überwindung von Zweifeln. Dabei handelt es sich nach der Definition von *Greger*²¹ um einen psychischen Vorgang, der vom Willen des Richters angetrieben wird und unter Abwägung des festgestellten Sachverhalts und der bestehenden Zweifel zu einem Punkt geführt wird, an dem sich mit innerer Notwendigkeit ein Gefühl der Widerspruchslosigkeit einstellt.

2. Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkte der Überzeugung?

Mit dem Begriff der Überzeugung ist allerdings das Kriterium für

²⁰ Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 15 ff. und S. 21.

²¹ Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 19.

die richterliche Sachverhaltsfeststellung noch nicht ausreichend umschrieben. Zwei Bezugspunkte bieten sich hier an: die Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung oder ihre Wahrscheinlichkeit.

a) In der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird im bemerkenswerten Umfang die Meinung vertreten, Bezugspunkt der Überzeugung können nur die Wahrscheinlichkeit einer Tatsachenbeurteilung sein. So schreibt etwa *Musielak*, jeder Beweis sei ein Wahrscheinlichkeitsbeweis. Deswegen könne die richterliche Überzeugung nur auf die Wahrscheinlichkeit bezogen werden.²² Dabei meint *Musielak* die überwiegende Wahrscheinlichkeit. In dieser Auffassung ist ihm sein Schüler *Huber*²³ grundsätzlich gefolgt, wobei er allerdings dazu neigt, die nur hohe Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkt der Überzeugung anzuerkennen. Auch die Ausführungen von *Leipold* in seinem Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft über Beweislast im Zivilprozeß²⁴ müssen wohl in dem Sinne verstanden werden, daß die Überzeugung sich auf die Wahrscheinlichkeit beziehe.

Alle rechtlichen Gründe, die oben gegen die objektiven Beweismaßtheorien und gegen die Verwendung des Wahrscheinlichkeitsbegriffes angeführt wurden, sprechen aber auch gegen diese objektivierenden Theorien. Nach dem Wortlaut des § 286 I ZPO, der Regelung der Beweislast im deutschen Zivilprozeßrecht und der materiell-rechtlichen Voraussetzung der Anwendung von Normen muß der Begriff der Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkt der Überzeugung ausgeschlossen werden.

b) Die Überzeugung muß sich auf die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung beziehen. Wann aber kann eine bestrittene Tatsachenbehauptung als wahr beurteilt werden?

Wahr ist eine Tatsachenbehauptung, wenn die Aussage mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Von dieser Übereinstimmung muß der Richter überzeugt sein, wenn der Beweis erbracht sein soll.

Dieses klare Beweismaßkonzept, nämlich die Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung, hat der Bundesgerichtshof im Jahre 1970 in dem aufsehenerregenden Verfahren um die Identität der angeblichen Zarentochter Anastasia²⁵ nachhaltig vertreten. Er hat es der Meinung der Revision entgegengehalten, die dafür eintrat, das

²² Vgl. dazu *Musielak*, aaO, S. 119; *Musielak/Stadler*, aaO, Rdnrn. 145, 149.

²³ Vgl. dazu *Huber*, aaO.

²⁴ Vgl. dazu *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985.

²⁵ BGH 53, 245.

Gericht müsse sich mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen. Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung des BGH (S. 255):

Der Revision ist zuzugeben, daß ein Gericht keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen darf und daß es keine unumstößliche Gewißheit bei der Prüfung verlangen darf, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Irrig ist jedoch der Vortrag, der Zivilprozeßrichter dürfe sich in Fällen dieser Art mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen. Denn nach § 286 ZPO muß der Richter aufgrund der Beweisaufnahme entscheiden, ob er eine Behauptung für wahr oder nicht wahr hält, er darf sich also gerade nicht mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen.

Leider hat der Bundesgerichtshof diese klare Stellungnahme in späteren Entscheidungen wieder verlassen. Die vorstehenden Ausführungen sollten aber gezeigt haben, daß als Kriterium für die richterliche Sachverhaltsfeststellung nur die Überzeugung von der Wahrheit in Frage kommt.

III. BEWEISERLEICHTERUNGEN

Unsere Darlegungen wären aber unvollkommen, wenn wir nicht auch berücksichtigen würden, daß Beweiserleichterungen, also Erleichterungen im Hinblick auf die Anforderung des Beweismaßes, im deutschen Prozeßrecht anerkannt werden. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen nach Rechtsprechung und Literatur die volle Überzeugung von der Wahrheit als Beweismaß nicht verlangt werden kann. Im folgenden sollen nur zwei Gruppen von Fällen angesprochen werden, wobei betont werden muß, daß sie nicht die einzigen Fälle von Beweiserleichterungen sind.

1. Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO

§ 287 bestimmt folgendes: "Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung."

Ausgangspunkt eines Schadensersatzprozesses ist immer die Behauptung des Klägers, er habe einen Schaden erlitten. Ob der Beklagte eine rechtswidrige Handlung begangen hat oder nicht, ist für den Zivilprozeß nur interessant, wenn diese Handlung zu einem Schaden

geführt hat. Dabei muß unter dem Begriff des Schadens zweierlei verstanden werden: Die durch Schädigung hervorgerufene Beeinträchtigung eines Rechtsgutes (z.B. die Verletzung des Körpers, die Beschädigung einer Sache) und die Auswirkungen dieser Beeinträchtigung auf den Vermögensstand. Die letzteren bestehen in der Differenz zwischen dem jetzigen Wert des Vermögens und dem Wert, der ohne die Schädigung bestehen würde. Der Schaden im Sinne dieser Differenzrechnung ist maßgeblich für die Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes; dagegen ist die Beeinträchtigung des Rechts oder Rechtsguts Voraussetzung der Haftung überhaupt.

Folgendes Beispiel möge dies erläutern: Hat z. B. der Kläger durch einen Verkehrsunfall eine Körperverletzung erlitten, so ist diese Verletzung Voraussetzung der Haftung. Der aus der Körperverletzung entstandene Vermögensschaden, der z. B. in der Behinderung bei der Ausübung des Berufes stehen kann, ist dagegen aufgrund der Differenzrechnung zu ermitteln.

Der Begriff "Schaden" sollte deshalb nur für die Vermögensdifferenz verwendet werden. Für die Beeinträchtigung des Rechtsguts bietet sich dagegen der Begriff der "Schädigung" an.

Diese grundsätzliche Unterscheidung zwischen "Schädigung" und "Schaden" ist nun auch beweisrechtlich von großer Bedeutung. Der Beweis des Schadens im Sinne der Differenzlehre ist deswegen problematisch, weil der Vermögensstand, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, in Wahrheit nicht existiert. Ein hypothetischer Zustand kann aber im juristischen Sinne nicht bewiesen werden.²⁶ Zu Recht hat daher die höchstrichterliche Rechtsprechung in die bürgerlichrechtliche Schadensersatznorm des § 249 BGB die Worte "nach aller Wahrscheinlichkeit" hineingelesen. Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat demnach den Zustand herzustellen, der nach aller Wahrscheinlichkeit bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Diesem Sachverhalt trägt nun auch § 287 ZPO Rechnung. Er gestattet es dem Gericht, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist oder nicht. Überzeugung von der Wahrheit der Behauptung wird hier also nicht verlangt. Aus der Entstehungsgeschichte zur ZPO ergibt sich auch, daß die Schadensfeststellung nach § 287 in Wahrheit eine Ermessensentscheidung oder eine Schätzung darstellt.²⁷

²⁶ *Rosenberg-Schwab*, 13. Aufl., § 115 I.

²⁷ Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 129; *Rosenberg-Schwab*, 13. Aufl., § 115 II.

Auf die Feststellung, daß die "Schädigung" eingetreten ist, bezieht sich aber § 287 ZPO nicht. Die Tatsachen, die die Schädigung begründen, müssen zur Überzeugung des Gerichts nach § 286 ZPO bewiesen werden. Es ist bemerkenswert, daß diese Auslegung des § 287 ZPO auch mit der Regelung des österreichischen Zivilprozeßrechts übereinstimmt, wo es in § 273 ausdrücklich heißt:

Wenn feststeht, daß eine Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt... , so kann das Gericht diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen.

2. *Problematische Fälle des Kausalitätsbeweises*

Weitere Fälle sogenannter Beweiserleichterung finden sich in schwierigen Fällen des Nachweises der Kausalität im Schadensersatzprozeß. Ein solcher Nachweis ist erforderlich, wenn die rechtswidrige Handlung des Beklagten festgestellt ist, aber noch unklar bleibt, ob der Schaden auch durch diese Handlung verursacht worden ist. In einfach gelagerten Fällen der Kausalität bereitet diese Feststellung natürlich keine Probleme. Schwierigkeiten tauchen aber z. B. dann auf, wenn die rechtswidrige Handlung in einem Unterlassen besteht.

Beispiel: In einem Unternehmen hat sich ein Unfall ereignet. Der Unternehmer hat in seinem Betrieb bestimmte Unfallverhütungsmaßnahmen unterlassen. Der verletzte Arbeitnehmer klagt nun gegen den Unternehmer auf Schadensersatz. Dieser aber wendet ein, der Unfall hätte sich auch bei Durchführung der vorgeschriebenen Maßnahmen ereignet. In diesem Fall bereitet die Feststellung, daß die Unterlassung von Unfallverhütungsmaßnahmen kausal für den Unfall war, große Schwierigkeiten.

Solche Schwierigkeiten tauchen auch in Fällen auf, in denen die Kausalität von ärztlichen Kunstfehlern für Gesundheitsschädigungen in Frage steht.

Zur Feststellung der Kausalität bedarf es in den genannten Fällen bestimmter Hypothesen, die die Wahrheitsfindung erschweren. Aus diesem Grunde haben Rechtsprechung und Literatur in der Bundesrepublik Deutschland versucht, in Fällen dieser Art zu einer Reduzierung des Beweismaßes zu gelangen. Allerdings sind die Wege, die hierbei eingeschlagen werden, sehr verschiedenartige. Sie reichen von einer Beweismaßreduzierung auf den Grad überwiegender Wahrscheinlichkeit über die Annahme eines Anscheinsbeweises bis zur Be-

weislastumkehr. Es wird auch die Auffassung vertreten, daß das materielle Recht in solchen Fällen eine Haftungserleichterung vorschreibe oder zumindest die materiellrechtlichen Vorschriften in diesem Sinne ausgelegt werden müßten.²⁸ Diese Auffassungen können im einzelnen hier nicht untersucht werden. Allgemein muß jedoch festgestellt werden, daß die Rechtsprechung bestrebt ist, in solchen Ausnahmefällen dem Kläger den Beweis der Kausalität zu erleichtern.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Die eben behandelten Beweiserleichterungen sind nur Ausnahmen, die die grundsätzliche Regel des Beweismaßes nicht erschüttern. Diese Regel aber lautet:

Nur wenn der Richter von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist, ist der Beweis erbracht.

Der Wahrscheinlichkeitsbegriff, der so viel Unsicherheit in die Lehre vom Beweismaß gebracht hat, sollte in diesem Bereich nicht mehr verwendet werden.

Aber nicht nur die Feststellung des Beweismaßes, sondern auch die Beweislastverteilung darf nicht von der Wahrscheinlichkeit abhängig sein. Sie stellt eine Risikoverteilung dar, die aufgrund der Rechtsnormen abstrakt feststeht und vom Beweisergebnis unabhängig ist.

Nur wenn Beweismaß und Beweislast in genereller Weise bestimmt sind, gewinnt das Beweisrecht die Sicherheit und Voraussehbarkeit, die ein rechtsstaatliches Verfahren erfordert.

²⁸ Vgl. dazu Greger, aaO. S. 126 ff.