

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 28

Die Beweislastverteilung  
im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht  
als rechtspolitische Regelungsaufgabe

Von

Dr. Gerhard Reinecke



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

GERHARD REINECKE

**Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht  
und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 28**

**Die Beweislastverteilung  
im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht  
als rechtspolitische Regelungsaufgabe**

Von

**Dr. Gerhard Reinecke**



**D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N**

Alle Rechte vorbehalten  
© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03603 4

## Vorwort

Die Beweislastverteilung im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß ist nach wie vor ein vielbehandeltes Thema. Ein Ende der Diskussion über Grundlagen und Einzelprobleme der Beweislast ist nicht abzusehen. Im Vordergrund steht heute die Frage, von welchen Gesichtspunkten sich der Richter bei der Schaffung richterlicher Beweislastregeln leiten lassen soll. Die Unklarheiten in diesem Punkte überraschen nicht, sind doch auch die sachlichen Gründe der gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Beweislastregeln bisher nur sehr unzureichend erforscht worden. Die vorliegende Arbeit soll zur Lösung dieser und anderer bei der Ausfüllung von Regelungslücken auftauchender Probleme beitragen. Sie hat im Sommersemester 1975 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation vorgelegen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum 1. 3. 1976 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wilhelm Dütz, der die Arbeit in jedem Stadium durch Anregungen und Kritik sehr gefördert und mir während meiner Tätigkeit als Assistent an seinem Lehrstuhl weitgehend Zeit zu eigener Forschungstätigkeit gelassen hat. Herrn Prof. Dr. Arwed Blomeyer, dem Zweitgutachter der Arbeit, danke ich für hilfreiche Hinweise und Verbesserungsvorschläge, Herrn Prof. Dr. Dieter Reuter, an dessen Lehrstuhl ich jetzt tätig bin, für wohlwollende Förderung bei der Drucklegung der Arbeit.

Meinen ehemaligen Kollegen Jürgen Heyer, jetzt Richter am Landgericht, und Martin Gertich, jetzt Richter am Arbeitsgericht, danke ich dafür, daß sie verschiedene Problemkreise mit mir diskutiert und dadurch ebenfalls zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Schließlich danke ich dem Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Essen, für finanzielle Unterstützung bei der Drucklegung.

Berlin, im März 1976

*Gerhard Reinecke*



# Inhaltsübersicht

## *Einleitung*

<b>Problemstellung</b>	15
------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Zur Beweislast im allgemeinen</b>	18
--------------------------------------	----

A. Begriff und Bedeutung der Beweislast .....	18
B. Die verschiedenen Möglichkeiten, die Beweislast zu regeln .....	22
C. Der Versuch, die Beweislastverteilung aus der materiell-rechtlichen Norm herzuleiten .....	25
D. Die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und die wichtigsten gesetzlichen Sonderregeln .....	27
E. Die sachlichen Gründe für die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und die gesetzlichen Beweislastsonderregeln .....	34
F. Der Bereich richterrechtlicher Beweislastregeln .....	73
G. Zum Verhältnis von Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis .....	89

## *Zweiter Teil*

<b>Die Beweislastverteilung in einzelnen Fallgruppen</b>	99
--	----

A. Die Beweislastverteilung bei Klagen auf Zahlung einer Vergütung ..	100
B. Die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung .....	112
C. Die Beweislastverteilung bei Streit um den Fortbestand von Dauerschuldverhältnissen, insbesondere von Arbeitsverhältnissen .....	161

## *Schluß*

<b>Zusammenfassung in Thesen</b>	189
----------------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	193
-----------------------------------	-----

<b>Gesetzesregister</b> .....	203
-------------------------------	-----

<b>Sachregister</b> .....	205
---------------------------	-----



# Inhaltsverzeichnis

## *Einleitung*

### **Problemstellung** 15

## *Erster Teil*

### **Zur Beweislast im allgemeinen** 18

#### *A. Begriff und Bedeutung der Beweislast* ..... 18

#### *B. Die verschiedenen Möglichkeiten, die Beweislast zu regeln* ..... 22

#### *C. Der Versuch, die Beweislastverteilung aus der materiell-rechtlichen Norm herzuleiten* ..... 25

#### *D. Die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und die wichtigsten gesetzlichen Sonderregeln* ..... 27

##### I. Vorbemerkung ..... 27

##### II. Die ungeschriebene Grundregel ..... 28

###### 1. Die Anknüpfung der Beweislastgrundregel an die unterschiedliche materiell-rechtliche Bedeutung der Normen ..... 28

###### 2. Die positive Geltung der abgewandelten Grundregel ..... 30

##### III. Erscheinungsformen und positive Geltung der gesetzlichen Beweislastsonderregeln ..... 32

#### *E. Die sachlichen Gründe für die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und die gesetzlichen Beweislastsonderregeln* ..... 34

##### I. Meinungsstand ..... 35

##### II. Wahrscheinlichkeit und Beweismöglichkeiten — die Kriterien der Beweislastnormen und ihre Funktion ..... 39

###### 1. Wahrscheinlichkeit und Beweismöglichkeiten als Kriterien der Beweislastverteilung ..... 40

###### a) Das Kriterium der Wahrscheinlichkeit ..... 40

###### aa) Wahrscheinlichkeit und Beweislastsonderregeln ..... 40

###### bb) Wahrscheinlichkeit und Beweislastgrundregel ..... 42

###### cc) Die Feststellung der Wahrscheinlichkeitswerte ..... 43

Inhaltsverzeichnis	9
b) Das Kriterium der Beweismöglichkeiten .....	44
aa) Die Vermeidung von Negativbeweisen .....	45
bb) Die Beweislastverteilung nach Sphären .....	48
c) Zwischenergebnis .....	51
2. Der Vergleich der Auswirkungen von Beweislastnormen und die Funktion der Beweislastverteilung .....	51
a) Der methodische Ansatzpunkt zur Erkennung der Funktion der Beweislastverteilung .....	51
b) Der Einfluß der Beweislastverteilung auf die Anzahl der Fehltrteile .....	55
aa) Die Anzahl der Fehltrteile in Abhängigkeit vom Kriterium der Wahrscheinlichkeit .....	55
bb) Die Anzahl der Fehltrteile in Abhängigkeit von den Beweismöglichkeiten .....	58
c) Der Einfluß der Beweislastverteilung auf die außerprozessuale Leistungsbereitschaft der Parteien .....	60
d) Die Funktion der Beweislastverteilung .....	62
III. Besondere Motive für einzelne Beweislastnormen .....	64
1. Das Motiv der Prozeßabschreckung .....	65
2. Die qualitative Abwägung der negativen Auswirkungen von Beweislastnormen .....	66
3. Die Begünstigung des Eintritts oder Nichteintritts bestimmter Rechtsfolgen als gesetzgeberisches Motiv für einzelne Beweislastnormen .....	67
a) Förderung des Rechtsverkehrs und Schutz des Besitzstandes .....	68
b) Der Präventivzweck schadenersatzrechtlicher Beweislastnormen .....	69
c) Die Begünstigung des Eintritts oder Nichteintritts bestimmter Rechtsfolgen als notwendige Folge jeder Beweislastverteilung .....	71
IV. Zusammenfassung .....	71
F. <i>Der Bereich richterlicher Beweislastregeln</i> .....	73
I. Der Eindruck vom geschlossenen System der gewohnheitsrechtlichen und gesetzlichen Beweislastnormen .....	73
II. Die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen ....	74
1. Allgemeine Aussagen .....	74
2. Aussagen zu Einzelfällen .....	75
III. Gesetzeswortlaut und Entstehungsgeschichte als Grundlage der eigenen Meinung .....	78
1. Die §§ 193 - 198 des ersten Entwurfs zum BGB und die Gründe für deren Streichung .....	78
2. Stellungnahme zu Einzelfällen .....	81

IV. Das System der gewohnheitsrechtlichen, gesetzlichen und richterrechtlichen Beweislastregeln im Zivilrecht .....	83
1. Die Beweislastverteilung im Bereich des BGB .....	83
2. Die Beweislastverteilung außerhalb des BGB .....	85
3. Hinweise für die Bildung richterrechtlicher Beweislastregeln (Zusammenfassung) .....	87
G. Zum Verhältnis von Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis .....	89
I. Die in der Rechtspraxis bestehenden Unklarheiten .....	89
II. Wesentliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten beider Rechtsfiguren .....	91
III. Die sachlichen Gründe für Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr .....	93
1. Die dem Anscheinsbeweis zugrunde liegenden Erwägungen ..	93
2. Die Erwägungen, die zu einer Beweislastumkehr führen können .....	95
IV. Zusammenfassung .....	97

## *Zweiter Teil*

### **Die Beweislastverteilung in einzelnen Fallgruppen** 99

A. Die Beweislastverteilung bei Klagen auf Zahlung einer Vergütung ..	100
I. Die Beweislast bei Streit über die Entgeltlichkeit einer vom Anspruchsteller erbrachten Leistung .....	100
II. Die Beweislastverteilung bei Streit über die Höhe der Vergütung	101
1. Die Höhe der Vergütung und die im Streitfall auftauchenden Beweislastprobleme .....	101
2. Insbesondere: Die Beweislastverteilung bei Klagen auf die übliche Vergütung .....	104
a) Meinungsstand .....	104
b) Die gesetzliche Beweislastverteilung .....	105
aa) Gesetzssystematik und dispositives Recht .....	105
bb) Gesetzesfassung und Gesetzgebungsmaterialien .....	106
c) Gründe für und gegen richterrechtliche Beweislastsonderregeln .....	108
aa) Wahrscheinlichkeit und Beweismöglichkeiten .....	109
bb) Die unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Stellung der Vertragsparteien .....	110
cc) Ergebnis .....	111

<i>B. Die Beweislastverteilung bei positiver Vertragsverletzung</i> .....	112
I. Überblick .....	112
1. Bedeutung und Ziel der Untersuchung .....	112
2. Beweisanforderungen und Beweislast bei Schadensersatzansprüchen aus Leistungsstörungen .....	113
II. Die Beweislastverteilung bei Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung im allgemeinen .....	116
1. Die Rechtsprechung .....	116
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	116
b) Die Rechtsprechung nach 1945 .....	117
2. Die wichtigsten in der Literatur vertretenen Meinungen ....	120
a) Die herrschende Meinung .....	120
b) Die Meinung von Prölss .....	122
c) Die Meinung von Hans Stoll .....	123
3. Kritische Stellungnahme .....	124
a) Die Anknüpfung der Beweislastverteilung an die genaue Bestimmung des Leistungsinhalts (Kritik der von Hans Stoll vertretenen Meinung) .....	124
b) Vergleich der materiell-rechtlichen Tatbestände der Leistungsstörungen (Kritik der herrschenden Meinung) .....	128
c) Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen (Kritik der von Prölss vertretenen Meinung) .....	131
4. Eigene Meinung .....	133
a) Grundlagen .....	133
b) Die den gesetzlichen Beweislastsonderregeln für Leistungsstörungen zugrunde liegenden Erwägungen .....	134
aa) Die Beweislastsonderregeln der §§ 282, 285 BGB .....	134
bb) Die Beweislastsonderregeln der §§ 548, 602, 694, 701 Abs. 3, 732 Satz 2 BGB, 390 Abs. 1, 429 Abs. 1, 454 HGB, 45 LuftVG .....	137
c) Die Analyse einzelner Fallgruppen .....	138
aa) Schadensersatzansprüche wegen Beschädigung einer verwahrten Sache und wegen Verletzung eines Fahrgastes .....	138
bb) Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des einen Vertragspartners in den Räumlichkeiten oder durch Gegenstände des anderen Vertragspartners .....	140
cc) Schadensersatzansprüche wegen Körperverletzung bei ärztlicher Behandlung .....	143
dd) Ergebnisse .....	150
III. Die Beweislastverteilung bei Haftung des Arbeitnehmers aus gefahrgeneigter Arbeit .....	151
1. Die Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts zur Arbeitnehmerhaftung bei gefahrgeneigter Arbeit .....	152
2. Die Beweislastverteilung bei gefahrgeneigter Arbeit in Rechtsprechung und Literatur .....	154

a) Die Rechtsprechung .....	154
b) Die in der Literatur vertretenen Meinungen .....	155
3. Eigene Auffassung .....	156
a) Kritische Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundes- arbeitsgerichts .....	156
b) Die quantitative und qualitative Abwägung der negativen Auswirkungen von Beweislastnormen .....	158
 C. Die Beweislastverteilung bei Streit um den Fortbestand von Dauer- schuldsverhältnissen, insbesondere von Arbeitsverhältnissen .....	161
I. Allgemeines zur Beweislast bei Streit um die Wirksamkeit von Kündigungen .....	161
1. Die Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung .....	161
2. Die Beweislastverteilung .....	161
a) Die Anwendung der ungeschriebenen Grundregel der Be- weislastverteilung .....	162
b) Ausdrückliche Beweislastsonderregeln und Gesetzesfassung	163
c) Die Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen we- gen vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses ....	164
d) Ergebnis .....	166
II. Die Beweislastverteilung bei ordentlicher Kündigung von Arbeits- verhältnissen durch den Arbeitgeber .....	166
1. Die Beweislastregel des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG .....	166
a) Die Bedeutung der Beweislastregel .....	166
b) Die Auswirkungen der beschränkten gerichtlichen Nach- prüfbarkeit unternehmerischer Entscheidungen auf die Dar- legungs- und Beweislast .....	168
c) Die sachlichen Gründe für § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG .....	170
2. Die Beweislastregel des § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG .....	171
a) Die Bedeutung der Beweislastregel .....	171
b) Die sachlichen Gründe für § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG .....	172
3. Sonstige Beweislastprobleme im Kündigungsschutzprozeß ....	173
4. Ergebnisse .....	175
III. Die Beweislastverteilung bei Kündigung von Arbeitsverhältnissen aus wichtigem Grund .....	176
1. Die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ....	176
2. Die Beweislastverteilung bei Streit über die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB .....	178
3. Ergebnisse .....	181
IV. Die Beweislastverteilung bei Streit über die Befristung von Ar- beitsverhältnissen .....	181

Inhaltsverzeichnis 13

- 1. Die Beweislastverteilung bei Streit über die Vereinbarung eines befristeten Arbeitsverhältnisses ..... 182
  - a) Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen ..... 182
  - b) Eigene Auffassung ..... 183
    - aa) Die gesetzliche Beweislastverteilung ..... 183
    - bb) Die Gründe für und gegen eine richterrechtliche Beweislastumkehr ..... 184
- 2. Die Beweislastverteilung bei Streit über das Vorliegen sachlicher Gründe für eine Befristung ..... 185
  - a) Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen ..... 185
  - b) Eigene Auffassung ..... 186
- 3. Ergebnisse ..... 188

*Schluß*

**Zusammenfassung in Thesen** 189

**Literaturverzeichnis** ..... 193

**Gesetzesregister** ..... 203

**Sachregister** ..... 205



## *Einleitung*

### **Problemstellung**

Die Beweislastverteilung im Zivilprozeß ist ein seit Jahrzehnten, ja seit Jahrhunderten vielbehandeltes Thema<sup>1</sup>. Man sollte meinen, daß in so langer Zeit wenn nicht über alle Einzelheiten, so doch über die Grundlagen der Beweislastverteilung Einigkeit erzielt werden konnte. Rosenberg, der Autor der bekanntesten deutschen Monographie über die Beweislast, war in der Tat der Meinung, es gebe nicht allzu viele Fragen, die noch streitig geblieben seien<sup>2</sup>.

Mit dieser Aussage ist jedoch weder der damalige, noch der heutige Diskussionsstand zutreffend gekennzeichnet. Man denke nur an den schon seit der Zeit vor Inkrafttreten des BGB geführten Streit zwischen „Leugnungs-“ und „Einredetheorie“(n), bei dem es im wesentlichen um die Beweislastverteilung hinsichtlich des Inhalts mündlich abgeschlossener Verträge geht<sup>3</sup>, sowie an die Auseinandersetzung um die Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung<sup>4</sup>.

Bei dem Versuch, diese und andere Zweifelsfragen zu lösen, tauchen immer wieder fünf Probleme auf.

(1) Zunächst macht es schon Schwierigkeiten, die vom Richter anzuwendenden geltenden Beweislastnormen zu erkennen. Umstritten sind hier insbesondere Begriff und Bedeutung der sogenannten rechtshindernden Tatsachen.

(2) Mit der erstgenannten Problematik hängt eine andere — die der richterrechtlichen Beweislastregeln — sehr eng zusammen: Weitgehend ungeklärt sind bis heute genaue Reichweite und Grad der Verbindlichkeit von ungeschriebener Beweislastgrundregel und gesetzlichen Beweislastsonderregeln. Es entsteht der Eindruck, daß der Richter im Bereich der Beweislastverteilung vielfach Rechtsschöpfer ist, ohne sich dessen bewußt zu sein. Erste wichtige Voraussetzung für eine rational nachvollziehbare, methodisch einwandfreie Problemlösung ist

---

<sup>1</sup> Vgl. nur das Literaturverzeichnis bei *Leipold*, S. 205 - 219.

<sup>2</sup> *Rosenberg*, S. VI.

<sup>3</sup> Vgl. dazu unten 1. Teil F II 2, III 1, Nachweise Fn. 291 - 298.

<sup>4</sup> Vgl. dazu ausführlich 2. Teil B.



es aber, die rechtspolitisch offene Regelungsaufgabe auch als solche zu erkennen.

(3) Unklar ist häufig ferner, von welchen Gesichtspunkten sich der Richter bei der Schaffung richterrechtlicher Beweislastregeln leiten läßt und leiten lassen soll. Das Für und Wider der jeweiligen Regelungsalternativen wird meist nicht so offen diskutiert und abgewogen, wie dies erforderlich wäre.

(4) Bei dem Prozeß der Rechtsgewinnung sind auch die Erwägungen heranzuziehen, die hinter der ungeschriebenen Grundregel der Beweislastverteilung und den gesetzlichen Beweislastsonderregeln stehen. Die sachlichen Gründe der Beweislastregeln sind aber noch immer nicht genügend erforscht worden — eine Tatsache, die in der Literatur schon häufig beklagt wurde<sup>5</sup>.

(5) Schließlich stößt man immer wieder auf die Frage, ob in bestimmten Fallgruppen die Beweislast umzukehren ist oder aber die Grundsätze über den Anscheinsbeweis anzuwenden sind. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Rechtsfiguren bereitet in der gerichtlichen Praxis sehr große Schwierigkeiten.

Zu keinem dieser fünf Problemkreise hat sich bisher eine allgemein akzeptierte Auffassung herausgebildet. Einer der Gründe für diese Schwierigkeiten mag darin liegen, daß es im deutschen Recht keine zusammenhängende gesetzliche Regelung der Beweislastverteilung und nur wenige ausdrückliche Beweislastregeln gibt. Die noch im ersten Entwurf zum BGB — §§ 193 bis 198 — vorgesehenen allgemeinen Vorschriften und mit ihnen die Grundregel der Beweislastverteilung, wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wieder gestrichen<sup>6</sup>.

Die vorliegende Arbeit versucht, diese Probleme aus der Sicht des zur Ausfüllung der Regelungslücken und damit zur Rechtsgestaltung berufenen Richters anzugehen. Damit stehen die bei der Rechtsschöpfung, der Bewältigung der „Rechtspolitischen Regelungsaufgabe“ auftauchenden Fragen — also die Problemkreise (2), (3) und (4) — im Vordergrund. Die anderen oben skizzierten Probleme sind jedoch mit zu behandeln, da sie mit den vorgenannten untrennbar zusammenhängen und insoweit auch kaum auf gesicherte Erkenntnisse zurückgegriffen werden kann.

In einem ersten Teil sollen also nach grundsätzlichen Ausführungen (A bis C), unter anderem zu Begriff und Bedeutung der Beweislast, zunächst die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und

<sup>5</sup> Vgl. z. B. A. Blomeyer, *Zivilprozeßrecht*, S. 345; Leipold, S. 44; Rehbinder, *NJW* 1971, 1507; Schwering, S. 153; Musielak, S. 353 und schon Brodmann, *AcP* 98, 143.

<sup>6</sup> Vgl. dazu unten 1. Teil F III 1.

die wichtigsten gesetzlichen Sonderregeln dargestellt werden (D), sodann — ausführlicher — die sachlichen Gründe dieser Beweislastregeln (E). Im Anschluß daran ist der Bereich richterrechtlicher Beweislastregeln genauer zu bestimmen (F) und schließlich zum Verhältnis von Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis Stellung zu nehmen (G).

In einem zweiten Teil werden die im ersten Teil gewonnenen Erkenntnisse auf einzelne Fallgruppen angewandt. Darin geht es um die Beweislastverteilung bei Klagen auf Zahlung einer Vergütung (A), bei positiver Vertragsverletzung (B) und bei Streit um den Fortbestand von Dauerschuldverhältnissen, insbesondere von Arbeitsverhältnissen (C). Es wird unter anderem zu zeigen sein, wie Grundregel und gesetzliche Beweislastsonderregeln einerseits und richterliche Rechtsschöpfung andererseits zusammenwirken. Alle drei Fallgruppen gehören gleichzeitig zum Bürgerlichen Recht und zum Arbeitsrecht. Die Erörterung auch arbeitsrechtlicher Beweislastprobleme erschien deswegen zweckmäßig, weil auch schon das materielle Arbeitsrecht vielfach Richterrecht ist und die verschiedenen zu berücksichtigenden Interessen dort besonders deutlich werden.