

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

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
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

Die Beweislastverteilung in einzelnen Fallgruppen	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

Zusammenfassung in Thesen	189
----------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	193
-----------------------------------	-----

Gesetzesregister	203
-------------------------------	-----

Sachregister	205
---------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Problemstellung 15

Erster Teil

Zur Beweislast im allgemeinen 18

<i>A. Begriff und Bedeutung der Beweislast</i>	18
<i>B. Die verschiedenen Möglichkeiten, die Beweislast zu regeln</i>	22
<i>C. Der Versuch, die Beweislastverteilung aus der materiell-rechtlichen Norm herzuleiten</i>	25
<i>D. Die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und die wichtigsten gesetzlichen Sonderregeln</i>	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
<i>E. Die sachlichen Gründe für die ungeschriebene Grundregel der Beweislastverteilung und die gesetzlichen Beweislastsonderregeln</i>	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 Thema¹. 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 seien².

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 geht³, sowie an die Auseinandersetzung um die Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung⁴.

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

¹ Vgl. nur das Literaturverzeichnis bei *Leipold*, S. 205 - 219.

² *Rosenberg*, S. VI.

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

⁴ 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 wurde⁵.

(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 gestrichen⁶.

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

⁵ 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.

⁶ 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.