



## Haftungsverschärfung durch das Beweisrecht?

(Liability intensification through evidence?)

**Reinhard Greger**

Professor Dr. at the University of *Erlangen-Nürnberg*

**Abstract:** The article deals with the problem of the degree of persuasion necessary for the judge to render a decision, studying the theories developed to authorize a sentence based on probabilities. The author confronts the “principle of preponderance”, created by Swedish scholars, with the solutions adopted in Germany, challenging their outcomes regarding the rights of the parties.

### I. Problemdarstellung

In dem Beitrag soll es um die Frage gehen, ob das Durchsetzen schwer zu beweisender Ansprüche dadurch erleichtert werden kann, dass die Anforderungen an das Ergebnis der Beweiswürdigung herabgesenkt werden. Es geht also um das Beweismaß: Was muss ein Anspruchsteller leisten, damit das Gericht den von ihm behaupteten Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde legen und ein ihm günstiges Urteil erlassen kann? Muss er die Richter voll von der Wahrheit seines Vorbringens überzeugen oder genügt ein bestimmter Grad von Wahrscheinlichkeit?

Zur Verdeutlichung mag der folgende, einfache Fall aus dem Bereich der Arzthaftung dienen:

Ein Patient ist nach einer Augenoperation erblindet. Er behauptet, dass dies auf einen Fehler des operierenden Arztes zurückzuführen ist, und begehrt Schadensersatz.

1. *Variante:* Aufgrund von Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten kommt das Gericht zum Ergebnis, dass der beklagte Arzt sehr wahrscheinlich einen Behandlungsfehler begangen hat. Den vollen Nachweis halten die Richter nicht für erbracht; sie schätzen die Wahrscheinlichkeit aber auf 80 %. Müssen Sie die Klage abweisen oder können Sie dem Kläger Schadensersatz zusprechen? Zu 100 % oder nur zu 80 %?

2. *Variante:* Es steht fest, dass der Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat. Der



Sachverständige erklärt jedoch, dass die Krankheit des klagenden Patienten möglicherweise auch ohne den Behandlungsfehler zur Erblindung geführt hätte. Auf Nachfrage des Gerichts beziffert er die Wahrscheinlichkeit eines solchen Verlaufs, gestützt auf die Auswertung vergleichbarer Fälle, mit 33 %. Auch hier stellt sich die Frage: Verurteilung ja oder nein? Voll oder nur in Höhe von zwei Dritteln des geltend gemachten Schadens?

## II. Die Überzeugung von der Wahrheit als gesetzliches Beweismaß

Bei einem Blick in die deutsche ZPO erscheint die Antwort auf die genannten Fragen klar und eindeutig:

Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht „nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.“

Ergebnis der Beweiswürdigung soll also die Feststellung der *Wahrheit*, nicht einer bloßen Wahrscheinlichkeit sein.

Da freilich nur eine überirdische, allwissende Instanz die absolute Wahrheit zu erkennen vermag, stellt das Gesetz realistischerweise nicht auf die objektive Wahrheit, sondern auf die *Überzeugung von der Wahrheit*, das „für wahr Erachten“ ab, also ein subjektives Kriterium.

Dieses subjektive Element der Sachverhaltsfeststellung mag zunächst als Verwässerung des Wahrheitserfordernisses erscheinen. Stellt der Richter bei seiner Überzeugungsbildung nicht doch auf Wahrscheinlichkeiten ab, weil er weiß, dass er die absolute Wahrheit gar nicht erkennen kann?

Ältere Entscheidungen des BGH scheinen diese Deutung zu bestätigen. In ihnen wird ausgeführt, dass der Richter nicht auf die absolute Gewissheit der zu beweisenden Tatsache abstellen darf, sondern sich mit einem so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begnügen muss, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch mehr an der Wahrheit zweifelt.<sup>1</sup>

Der BGH hat später aber eindeutig klargestellt, dass ein Beweis nicht auf Wahrscheinlichkeit gestützt werden kann. In einer Grundsatzentscheidung von 1970 stellte er fest:

„...nach § 286 ZPO muss der Richter aufgrund der Beweisaufnahme entscheiden, ob er eine Behauptung für wahr oder für nicht wahr hält, er darf sich also gerade nicht mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit beruhigen“.<sup>2</sup>

Soweit in der Rechtsprechung von der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ die Rede ist,

---

<sup>1</sup> S. z.B. BGH NJW 1961, 777.

<sup>2</sup> BGHZ 53, 245, 255f.



handelt es sich nach der genannten BGH-Entscheidung nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, mit der umschrieben werden soll, dass der Richter keine unbezweifelbare Gewissheit verlangen darf; keinesfalls dürfe aber vom Erlangen einer richterlichen Überzeugung von der Wahrheit abgesehen werden.

In weiteren Entscheidungen hat der BGH ausgeführt, dass auch die Angabe eines Wahrscheinlichkeitsgrades in einem Sachverständigengutachten den Richter nicht davon abhalten darf, sich eine eigene Überzeugung von der Wahrheit zu bilden.<sup>3</sup> Und in einem Fall, in dem das Berufungsgericht seine Überzeugungsbildung mit Hilfe einer Wahrscheinlichkeitsberechnung nach dem *Bayesschen* Theorem abgestützt hat, erklärte der BGH eine solche Vorgehensweise für verfehlt, da die Überzeugungsbildung nicht durch einen Rechenvorgang zu ersetzen sei.<sup>4</sup>

In den beiden Beispielfällen müsste die Klage demnach abgewiesen werden, weil das Gericht keine volle Überzeugung vom Behandlungsfehler bzw. seiner Kausalität gewonnen hat.

Für die beweispflichtige Partei, in der Regel also den Kläger, stellt sich das hohe Beweismaß der Wahrheitsüberzeugung unter Umständen als unbillige Härte dar: Während er die volle Last der Sachverhaltsfeststellung trägt, kann sich die andere Partei darauf beschränken, die Überzeugungsbildung des Richters zu verhindern. Dies kann einer Lastenverteilung im Verhältnis 100 : 1 gleichkommen. Kann dies rechtens sein?

Es hat im deutschen Schrifttum nicht an Versuchen gefehlt, diese Unausgewogenheit zu beseitigen.

Sie wurden inspiriert durch Arbeiten schwedischer Prozessualisten sowie durch den Blick auf das anglo-amerikanische Beweisrecht.

### III. Wahrscheinlichkeit als Beweismaß?

In den 1960er Jahren erregten *Bolding*<sup>5</sup> und *Ekelöf*<sup>6</sup> Aufmerksamkeit mit ihren Darstellungen des in der schwedischen Prozessrechtslehre entwickelten *Überwiegensprinzips*. Demnach bestimmen die gesetzlichen Beweislastregeln nicht nur, zu wessen Lasten die Nichterweislichkeit eines Merkmals geht, sondern auch, mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad das Merkmal feststehen muss, um als bewiesen gelten zu können. Trifft das Gesetz hierüber keine ausdrückliche Bestimmung, so ist das Beweismaß durch teleologische Auslegung der materiellen

---

<sup>3</sup> BGH NJW 1994, 801.

<sup>4</sup> BGH NJW 1989, 3161.

<sup>5</sup> Scandinavian Studies in Law 1960, 9 ff.

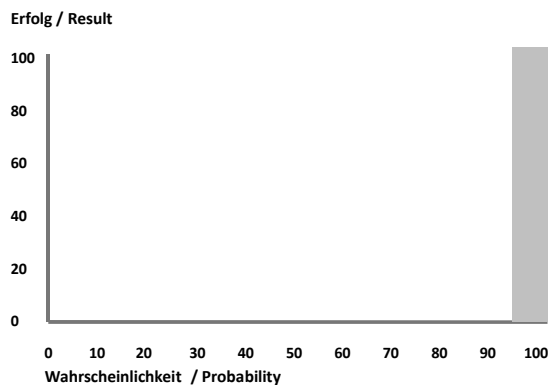
<sup>6</sup> Scandinavian Studies in Law 1964, 45 ff.; ZJP 75 (1962) 289 ff.



Rechtsnorm zu ermitteln; es ist zu fragen, ob es dem Zweck des Gesetzes entspricht, die von ihm angeordnete Rechtsfolge auch dann eintreten zu lassen, wenn der vorausgesetzte Sachverhalt nur mit einem bestimmten Grad von Wahrscheinlichkeit erwiesen ist. Dies kann z.B. bei typischerweise schwer beweisbaren Tatbestandsmerkmalen der Fall sein.

Grafisch lässt sich dies wie folgt darstellen:

### Prozesserfolg nach dem Überzeugungsmodell



*Die Klage hat hier nur dann Erfolg, wenn der Kläger dem Gericht die volle Überzeugung von der Wahrheit seiner Behauptungen vermittelt; bei jedem darunter liegenden Wert, auch einer Wahrscheinlichkeit von 80 %, obsiegt der Beklagte voll.*

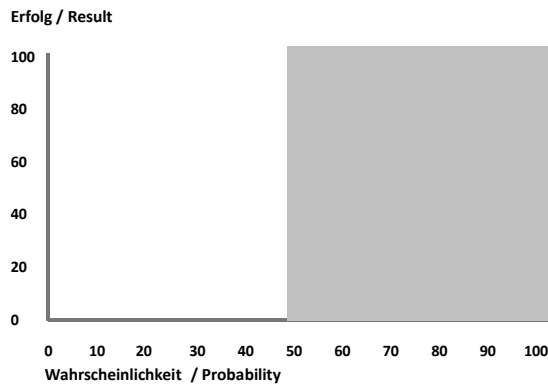
Nach dem Überwiegensprinzip ist dagegen ein Wahrscheinlichkeitsgrad zu bestimmen, von dem ab der Kläger seiner Beweislast genügt haben soll.

*Bolding* hat diesen Beweislastpunkt grundsätzlich bei 50 % angesiedelt, weil das Risiko des Prozessverlustes für beide Parteien gleich schwer wiege. Jede Abweichung hiervon müsse besonders begründet werden.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Scandinavian Studies in Law 1960, 25.



## Prozesserfolg nach dem Überwiegensprinzip



*Hier erzielt der Kläger also schon bei einer Wahrscheinlichkeit seines Vorbringens von 51 % den vollen Prozessserfolg.*

In der deutschen Rechtswissenschaft fand dieses Modell mehrere Anhänger. Sie konnten auch auf das anglo-amerikanische Beweisrecht verweisen, welches grundsätzlich „preponderance of probability“ genügen lasse und nur für besonders schwerwiegende Tatbestandsmerkmale höhere Anforderungen an den Beweis stelle.<sup>8</sup>

Hieraus entwickelte sich eine *objektive Beweismaßtheorie*, die das subjektive Merkmal der richterlichen Überzeugung völlig ausblendet und durch eine Bestimmung der Wahrscheinlichkeit ersetzt. Während z.B. *Kegeß*<sup>9</sup> eine 50 % übersteigende Wahrscheinlichkeit grundsätzlich ausreichen lassen wollte, weil eine Entscheidung nach dem Wahrscheinlichen immer gerechter sei als eine Entscheidung nach dem Unwahrscheinlichen, befürwortete *Schreiber*<sup>10</sup> eine Sachverhaltsfeststellung aufgrund von Wahrscheinlichkeit nur für solche Tatbestandsmerkmale, die allgemein schwer zu beweisen sind. *Bruns*<sup>11</sup> sprach sich für eine Anwendung des Überwiegensprinzips überall dort aus, wo das Gesetz nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt. *Maassen*<sup>12</sup> wollte das Beweismaß nach den Folgen festlegen, die der Prozessverlust für jede Partei auslöst; da er in der Regel beide Seiten gleich hart treffe, genüge die leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit; werde eine Partei aber, z.B. wegen

<sup>8</sup> Nachweise bei *Schwering*, System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozess, 1969, S. 79 ff.

<sup>9</sup> Festgabe für Kronstein, 1967, S. 321 ff.

<sup>10</sup> Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess, 1968, S. 13 ff.

<sup>11</sup> Zivilprozessrecht, 1. Aufl. 1968, S. 285 f.

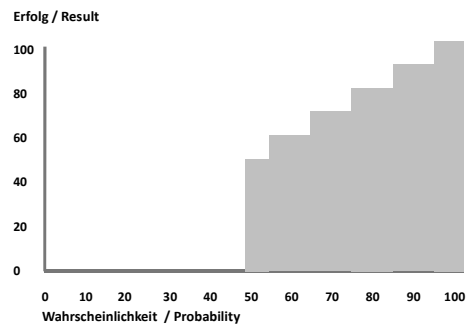
<sup>12</sup> Beweisprobleme im Schadensersatzprozess, 1975, S. 7 ff.



Versicherungsschutzes, weniger hart getroffen, verschiebe sich der erforderliche Wahrscheinlichkeitswert zu ihren Lasten.

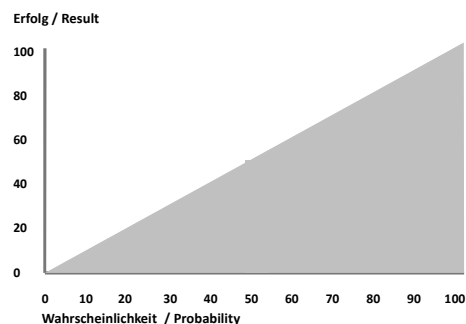
In letzter Konsequenz ließe sich dieser Gedanke in der Weise fortentwickeln, dass nicht nur Sieg oder Niederlage, sondern auch die Höhe der Verurteilung von der Wahrscheinlichkeit abgängig gemacht wird.<sup>13</sup> Dann erhielte der Kläger bei einer für ihn sprechenden Wahrscheinlichkeit von 60 % statt der eingeklagten 10.000 Euro 6.000 Euro, bei 75 % 7.500 Euro und so fort.

### Prozesserfolg nach Wahrscheinlichkeit



In letzter Konsequenz könnte das Modell wie folgt aussehen:

### Prozesserfolg nach Wahrscheinlichkeit



Alle diese Lehren haben sich jedoch nicht durchsetzen können. Kritisiert wurde, dass sie Beweislast und Beweismaß miteinander vermengen, ja das unserer Rechtsordnung zugrunde

<sup>13</sup> Rödiger, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 216, Maassen (o. Fußn. 12), S. 165 ff. m.w.N.



liegende Beweislastsystem aushebeln. Da sich das Ergebnis einer Beweisaufnahme nicht in exakte Wahrscheinlichkeitswerte umrechnen lasse, täuschten sie eine Objektivität vor, die in Wirklichkeit nicht bestehe. In Wirklichkeit handle es sich um eine Scheingenaugigkeit. Die Aussicht, auch bei bloßer Wahrscheinlichkeit des Klagevorbringens eine Verurteilung des Gegners – zumindest zu einer Teilsumme – zu erlangen, lade förmlich dazu ein, unberechtigte Klagen zu erheben.<sup>14</sup>

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung in Deutschland halten daher an der Maxime fest, dass ein Beweis nicht auf Wahrscheinlichkeit, sondern nur auf die in § 286 Abs. 1 ZPO mit „für wahr erachten“ umschriebene Überzeugung des Richters gestützt werden kann. Das Abstellen auf die im Einzelfall ermittelte Wahrscheinlichkeit wäre unvereinbar mit den Grundprinzipien der Beweislast. Der Verteilung der Beweislast liegen wohl erwogene Gesichtspunkte der generellen Risikozuweisung zugrunde, die nicht durch zufällige Beweisergebnisse im konkreten Einzelfall verdrängt werden dürfen.<sup>15</sup> Es trifft nicht zu, dass der aus der Nichterweislichkeit eines Tatbestandsmerkmals herrührende Prozessverlust beide Parteien gleich hart trifft. Bei einem Geschädigten, der keinen Schadensersatz bekommt, weil er die Voraussetzungen eines solchen nicht beweisen kann, verwirklicht sich das allgemeine Lebensrisiko, das in dem Grundsatz „casum sentit dominus“ Ausdruck findet und tief im Rechtsbewusstsein verwurzelt ist. Unschuldig zu einer Leistung verurteilt zu werden, wird dagegen als grobes Unrecht empfunden; daran wirkt auch der psychologische Effekt des „endowment“ mit, der es wesentlich schmerzhafter macht, einen Vermögenswert hergeben zu müssen als auf den Erwerb eines solchen zu verzichten.<sup>16</sup> Auf die fatale Anreizwirkung zur Erhebung unbegründeter Klagen wurde bereits hingewiesen; sie hätte auch ein Hochschnellen der Haftpflichtversicherungsprämien zur Folge.

Natürlich sind Beweislastentscheidungen unerfreulich, zumal sie meistens zu Lasten einer Partei ergehen, die einen Schaden oder eine sonstige Benachteiligung erfahren hat. Man kann aber nicht sagen, dass Entscheidungen, die auf Wahrscheinlichkeit gegründet werden, gerechter sind: Wenn eine Wahrscheinlichkeit von 51 % zur Verurteilung ausreicht, werden von 100 Beklagten 49 zu Unrecht verurteilt.

Wenn es richtig wäre, dass der Prozessverlust die Parteien gleichmäßig belastet, wäre es im Übrigen ein Wertungswiderspruch, die Partei mit der höheren Wahrscheinlichkeitsrate voll obsiegen zu lassen. Man müsste dann, wie in der letzten Grafik, auch das Prozessergebnis proportional bestimmen, d.h. wenn für das Verschulden des Beklagten eine Wahrscheinlichkeit

---

<sup>14</sup> Vgl. *Prütting* in Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rdnr. 35 ff.; *Katzenmeier* ZZP 117 (2004) 213 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 190 ff..

<sup>16</sup> Vgl. hierzu *Wagner*, ZZP 121 (2008) 19 ff. Grundlegend *Tversky/Kahnemann* Science 185, 1124 ff.; *Knetsch*, The American Economic Review 79, 1277 ff.



von 80 % festgestellt wird, wären dem Kläger 80 % seines Schadens zuzusprechen. Dieses Prinzip versagt jedoch, wenn es um eine unteilbare Leistung geht. Da ein objektiver Beweiswert von 100 %, d.h. absolute Sicherheit, kaum jemals erreicht werden kann, gäbe es zudem nur noch selten voll begründete Klagen; ein Selbstbehalt von z.B. 5 % oder 10 % würde zur Normalität, was den Rechtsuchenden kaum vermittelbar wäre. Muss der Kläger mehrere streitige Tatbestandsmerkmale kumulativ beweisen (z.B. Pflichtwidrigkeit, Verschulden, Kausalität), kann es durch die Multiplikation der Einzelwahrscheinlichkeiten zu sehr niedrigen Gesamtwahrscheinlichkeiten kommen. So ergibt sich z.B. bei drei Anspruchsvoraussetzungen, die jeweils mit der hohen Wahrscheinlichkeit von 80 % festgestellt werden, eine Gesamtwahrscheinlichkeit von  $0,8 \times 0,8 \times 0,8 = 0,512$ , d.h. 51,2 %. Muss nur bei einem der Merkmale von einem offenen Beweisergebnis, also 50 %, ausgegangen werden, ergibt sich eine Gesamtwahrscheinlichkeit von  $0,8 \times 0,8 \times 0,5$ , d.h. nur noch 32 %. Soll der Kläger dann im ersten Fall, in dem sich eine leicht überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, noch 51 %, im zweiten Fall noch 32 % oder – wegen der geringen Wahrscheinlichkeit – gar nichts bekommen?

Diese Überlegungen zeigen, dass es nicht möglich ist, das subjektive Beweismaß der richterlichen Wahrheitsüberzeugung durch objektive Wahrscheinlichkeitswerte zu ersetzen.

Um ungerechte Beweislastentscheidungen zu vermeiden, greift die deutsche Rechtsprechung zu anderen Methoden.

#### IV. Beweiserleichterungen

##### 1. § 287 ZPO

Diese Vorschrift, die den Richter ermächtigt, die Höhe einer Forderung nach freiem Ermessen zu bestimmen, wird in der Rechtsprechung sehr extensiv angewendet. Insbesondere wird sie auf den Beweis der Kausalität zwischen dem Haftungsgrund und der Schadensfolge, die sog. haftungsausfüllende Kausalität, erstreckt.<sup>17</sup> Bei Vertragsverletzungen sieht der BGH den Haftungsgrund zudem bereits dann als gegeben an, wenn der Vertragspartner durch die pflichtwidrige Handlung so betroffen wurde, dass daraus nachteilige Folgen für ihn entstehen können.<sup>18</sup>

In dem eingangs geschilderten Arzthaftungsfall ist die Klage also abzuweisen, wenn der Patient schon den Behandlungsfehler nicht zur vollen Überzeugung des Richters nachweisen kann.

<sup>17</sup> BGHZ 4, 192, 196 f.; BGH NJW 1992, 3298.

<sup>18</sup> BGH NJW 1993, 3073, 3076. Für die Arzthaftung soll genügen, dass durch den Behandlungsfehler die „gesundheitliche Befindlichkeit“ beeinträchtigt wurde; BGH NJW 2008, 1381, 1382.





Hat er dagegen den Behandlungsfehler bewiesen, kann ihm der Richter Schadensersatz auch dann zusprechen, wenn er lediglich vermutet, dass die geltend gemachte Schädigung, also z.B. die Erblindung, auf ihn zurückzuführen ist. Es wird also auch hier die Überzeugung durch eine Wahrscheinlichkeit ersetzt; anders als bei den objektiven Beweismaßtheorien geht es aber nicht um eine objektive Wahrscheinlichkeit, sondern um eine subjektive Wahrscheinlichkeit im Sinn eines geringeren Grades von Gewissheit.

Meines Erachtens handelt es sich hier um den Missbrauch einer Vorschrift des Prozessrechts, die für ganz andere Zwecke gedacht ist, nämlich für die Bezifferung einer Forderung, also die Festlegung der Haftungssumme, nicht für die Begründung der Haftung als solcher.<sup>19</sup>

## 2. Anscheinsbeweis

Eine weitere Beweiserleichterung gewährt die deutsche Rechtsprechung in der Form des sog. Anscheinsbeweises (auch: prima-facie-Beweis). Er greift dann ein, wenn ein Erfahrungssatz dafür spricht, dass ein bestimmtes Schadensereignis auf ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten zurückzuführen ist. Bei einem solchen „typischen Geschehensablauf“ ist der Richter nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Kausalität zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Schädigung, ja sogar das pflichtwidrige Verhalten als solches als bewiesen anzusehen. Allerdings hat der Beklagte die Möglichkeit, den Anscheinsbeweis auszuräumen, indem er die ernsthafte Möglichkeit einer anderen, nicht zu seiner Haftung führenden Schadensentstehung beweist. Gelingt ihm diese „Erschütterung“ des Anscheinsbeweises, trifft wiederum die volle Beweislast den Kläger.<sup>20</sup>

Wie dieses gewohnheitsrechtlich entwickelte Rechtsinstitut dogmatisch einzuordnen ist, ist völlig ungeklärt. Die h.M. sieht in der Anwendung des Anscheinsbeweises einen Vorgang der Beweiswürdigung.<sup>21</sup> Daran ist nur richtig, dass der Richter bei seiner Beweiswürdigung auch die allgemeine Lebenserfahrung zu berücksichtigen hat. Wie er dies tut, kann ihm jedoch nicht vorgeschrieben werden; dies wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung und gegen das in § 286 Abs. 2 ZPO ausdrücklich normierte Verbot bindender Beweisregeln.

---

<sup>19</sup> Ähnlich *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, 1997, S. 195 ff., der § 287 ZPO aber auf die Feststellung hypothetischer Kausalabläufe entsprechend anwenden will.

<sup>20</sup> Näher *Greger* in Zöllner, ZPO, 28. Aufl. 2010, Vor § 284 Rdnr. 29 m.w.N.

<sup>21</sup> *Prütting* (Fußn. 14), § 286 Rdnrn. 48 ff. m.w.N.



### 3. Beweislastumkehr

Für bestimmte Fälle geht die Rechtsprechung noch weiter und ordnet eine Umkehr der Beweislast an.

So hat der BGH z.B. schon lange vor Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die Beweislast für das Verschulden beim Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts dem Hersteller auferlegt.<sup>22</sup> In diesen Fällen muss der Kläger nur seine Rechtsgutverletzung, die Fehlerhaftigkeit des Produkts im Zeitpunkt der Inverkehrgabe sowie den dazwischen bestehenden Ursachenzusammenhang beweisen; der Hersteller muss dann den Nachweis fehlenden Verschuldens führen; dazu gehört auch die sog „äußere“ Sorgfalt, d.h. das Fehlen einer objektiven Pflichtwidrigkeit.<sup>23</sup>

Ein sehr differenziertes System der Beweislast hat der BGH für den Bereich der Arzthaftung entwickelt. So muss z.B. dann, wenn der Kläger einen *groben* Behandlungsfehler bewiesen hat, der beklagte Arzt nachweisen, dass dieser nicht für die eingetretenen Schadensfolgen ursächlich geworden ist.<sup>24</sup>

Der BGH nimmt eine solche Beweislastumkehr jedoch zu Recht nur in ganz bestimmten, typisierten Fallkonstellationen vor, nicht einzelfallbezogen. Wie bereits dargelegt, stehen hinter der Verteilung der Beweislast allgemeine Risikozuweisungen, die nicht durch Zufälligkeiten des Einzelfalls relativiert werden dürfen. Es bedarf einer besonderen Rechtfertigung dafür, dass sich unter bestimmten Umständen das Risiko der Beweislosigkeit auf die andere Partei verlagert, im konkreten Beispiel also die besondere Schwere des Behandlungsfehlers, die das Schadensrisiko des Patienten deutlich erhöht hat.

### 4. Sekundäre Darlegungslast

Eine faktische Beweiserleichterung gewährt schließlich die Rechtsprechung von der sekundären Darlegungslast. Sie greift dann ein, wenn eine Partei zur Erfüllung ihrer Darlegungslast Umstände vortragen müsste, die ihrer Wahrnehmung entzogen, dem Gegner aber bekannt sind. Hier darf sich der Gegner nicht auf ein pauschales Bestreiten des unsubstantiierten Vorbringens beschränken, sondern muss die dem anderen fehlenden Informationen seinerseits einbringen,

---

<sup>22</sup> BGHZ 51, 91; 67, 359.

<sup>23</sup> BGHZ 80, 186, 196 f.

<sup>24</sup> BGHZ 159, 48; BGH NJW 2008, 1381, 1382 m.w.N.



soweit ihm dies zugemutet werden kann.<sup>25</sup> Mit Beweislast oder Beweismaß hat diese Rechtsprechung jedoch nichts zu tun; sie soll eine Beweislastentscheidung vielmehr gerade verhindern.

## V. Abschließende Stellungnahme

Wie gezeigt wurde, hat die deutsche Rechtsprechung trotz ihres Festhaltens an dem hohen Beweismaß der richterlichen Wahrheitsüberzeugung vielfältige Wege zur Beweiserleichterung eröffnet. Soweit sie durch Richterrecht die Darlegungs- oder die Beweislast modifiziert, bestehen hiergegen keine dogmatischen Bedenken. Systemwidrig sind jedoch die extensive Anwendung des § 287 ZPO und der Anscheinsbeweis. Die Verantwortlichkeit für einen Schaden muss sich aus dem materiellen Recht einschließlich der von ihm vorgegebenen Beweislastverteilung ergeben. Aufgabe des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens ist es, die Voraussetzungen der materiellen Anspruchsnorm zu ermitteln. Gelingt dies nicht, muss nach der Beweislast entschieden werden. Das Prozessrecht (einschließlich des Beweisrechts) kann dagegen keine Haftung begründen, die im materiellen Recht keine Grundlage hat. Der Prozess ist dazu da, Ansprüche festzustellen und zu titulieren, nicht sie zu erschaffen. Innerhalb des Prozesses kann kein anderes Recht gelten als außerhalb.

Es ist daher Aufgabe des materiellen Rechts, seine Tatbestände so zu gestalten, dass die Rechtsdurchsetzung auch unter Berücksichtigung der sekundären Darlegungslast nicht unbillig erschwert wird. Zahlreiche Vorschriften des deutschen Privatrechts tragen dem ausdrücklich Rechnung. So ordnet z.B. § 252 Satz 2 BGB den Ersatz von Gewinn an, der „mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“; § 844 Abs. 2 BGB macht den Unterhaltersatz von der „mutmaßlichen“ Lebensdauer des Getöteten abhängig. Die Kausalität des Irrtums für eine Willenserklärung ist nach § 119 Abs. 1 BGB dann gegeben, wenn „anzunehmen ist“, dass die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben worden wäre.

Durch materielle Rechtsvorschriften kann auch angeordnet werden, dass eine Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinn für die Begründung einer Schadenshaftung in bestimmten Fällen nicht erforderlich ist. Im deutschen BGB findet sich eine solche Regelung z.B. in § 830 Abs. 1 Satz 2: Demnach ist dann, wenn mehrere eine unerlaubte Handlung begangen haben, jeder der Täter zum Schadensersatz verpflichtet, „wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von ihnen durch seine Handlung

---

<sup>25</sup> Näher mit Nachweisen der sehr kasuistischen Rechtsprechung *Greger* (Fußn. 20), Vor § 284 Rdnrn. 34 ff.; *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, 2010, S. 138 ff.



den Schaden verursacht hat“.<sup>26</sup>

Selbstverständlich kann auch durch Auslegung eines Tatbestandsmerkmals erreicht werden, dass es auf einen beweisbaren Inhalt reduziert wird. Dies kann z.B. bei der Kausalität erforderlich sein. Ihre Feststellung erfordert oftmals die Prüfung hypothetischer Abläufe, was in der vereinfachenden „condicio sine qua non“-Formel zum Ausdruck kommt („wäre der Schaden auch ohne die rechtswidrige Handlung eingetreten?“).<sup>27</sup> Da hypothetische Verläufe nicht in der realen Welt existieren, sondern nur gedacht werden können, muss der Haftungstatbestand entsprechend formuliert bzw. interpretiert werden, etwa dahingehend, dass die Verursachung „nach der Lebenserfahrung anzunehmen“ sein muss. Auf § 119 Abs. 1 BGB, der das Kausalitätsmerkmal in dieser Weise umschreibt, wurde bereits hingewiesen. Seine Regelungstechnik kann generell für solche Fälle übernommen werden, in denen das Gesetz nicht auf Tatsachen, sondern auf Prognosen oder Hypothesen abstellt. Die bedenkliche Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis und zu § 287 ZPO wird dadurch entbehrlich.

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist das Beweisrecht nicht der richtige Ort, um einen Ausgleich für erlittene Rechtsverletzungen zu verschaffen. Dessen Voraussetzungen bestimmen allein die Normen des materiellen Rechts einschließlich der Beweislastnormen. Der Prozess hat die materielle Rechtslage lediglich nachzuzeichnen. Eine Gestaltungsfunktion ist dem Haftungsprozess fremd. Haftungsverschärfungen – etwa eine (anteilige) Haftung für schadensgeneigtes Verhalten – kann nur das materielle Recht (z.B. in Form einer Gefährdungshaftung) schaffen.

---

<sup>26</sup> BGHZ 72, 355, 358 sieht hierin zu Recht einen eigenen Haftungstatbestand, keine Beweisregelung; a.A. *Wagner* in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 830 Rdnr. 28.

<sup>27</sup> Zu realer und hypothetischer Kausalität s. *Weber* (Fußn. 19), S. 86 ff.