

SCHRIFTEN DES INSTITUTS FÜR ARBEITS-
UND WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN

Band 46

Hanns Prütting

**Gegenwartsprobleme
der
Beweislast**

Verlag C.H.Beck

Gegenwartsprobleme der Beweislast

Eine Untersuchung
moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung
insbesondere im Arbeitsrecht

von

Dr. Hanns Prütting
o. Professor an der Universität des Saarlandes



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1983

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Prütting, Hanns:

Gegenwartsprobleme der Beweislast: e. Unters.
moderner Beweislasttheorien u. ihrer Anwendung
insbesondere im Arbeitsrecht / von Hanns

Prütting. – München: Beck, 1983

(Schriften des Institutes für Arbeits- und Wirt-
schaftsrecht der Universität zu Köln; Bd. 46)

ISBN 3 406 09846 0

NE: Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht

(Köln): Schriften des Instituts . . .

ISBN 3 406 09846 0

ISSN 0724-5386

Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei, Nördlingen

Schriften

des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

*Begründet von Hans Carl Nipperdey,
herausgegeben von Herbert Wiedemann*

Band 46

Meiner Frau
und
meinem verehrten Lehrer
Prof. Dr. Karl Heinz Schwab
gewidmet

Vorwort

Das Beweisrecht hat in jüngster Zeit hohe wissenschaftliche Aktualität gewonnen. Im Mittelpunkt des Interesses stehen dabei die vielfältigen Aspekte der Beweislast sowie zahlreiche eng mit der Beweislast zusammenhängende Fragen (freie Beweiswürdigung und richterliche Schadensschätzung; Beweismaß; Beweiserleichterungen und Anscheinsbeweis; prozessuale Aufklärungspflichten der Parteien). Hinter diesen Begriffen verbergen sich theoretische und vor allem praktische Probleme von erheblicher Bedeutung. Sie haben in den letzten acht Jahren eine große Anzahl bedeutender Untersuchungen veranlaßt, darunter allein fünf Habilitationsschriften. Viele dieser Arbeiten sind zeitlich parallel entstanden und konnten sich daher gegenseitig nicht befruchten.

Die vorliegende Arbeit untersucht diese modernen Auffassungen zur Beweislast. Sie legt großen Wert auf die Zusammenhänge der Beweislast mit Beweiswürdigung, Beweismaß, Anscheinsbeweis und benachbarten Erscheinungen. Insbesondere wird aber der Versuch unternommen, den Nachweis zu erbringen, daß die Beweislastverteilung nach Rosenbergs „Normentheorie“ in einer *modifizierten Form* auch heute noch Geltung beanspruchen kann, und zwar über das BGB hinaus auch im Arbeitsrecht und prinzipiell im gesamten Privatrecht.

Die Arbeit lag der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Sommer 1981 als Habilitationsschrift vor. Das Manuskript war im März 1981 abgeschlossen worden. Späteres Schrifttum und Rechtsprechung wurden im Rahmen des Möglichen noch bis Januar 1983 nachgetragen.

Für das Zustandekommen der Arbeit habe ich vielfachen Dank abzustatten. Mein hochverehrter Lehrer, Herr Professor Dr. Karl Heinz Schwab, hat die Arbeit ange-regt. Ihm danke ich herzlich für seine wohlwollende und großzügige Förderung. Er hat meinen wissenschaftlichen Werdegang auch weit über diese Arbeit hinaus ent-scheidend geprägt.

Dank schulde ich ferner den Herren Professor Dr. Max Vollkommer, Professor Dr. Wolfgang Blomeyer und Professor Dr. Dieter Leipold für wertvolle Hinweise, Herrn Professor Dr. Herbert Wiedemann für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe seines Instituts sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Ich widme das Buch den beiden Menschen, die den größten Anteil an seinem Zustandekommen haben, meiner Frau und meinem verehrten Lehrer.

Saarbrücken, den 1. März 1983

Hanns Prütting

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
I. Die Situation der Lehre von der Beweislast	1
II. Aufgabenstellung und Gang der Arbeit	2
<i>Erstes Buch: Die Grundlagen der Beweislast</i>	
Erster Teil: Begriff und Arten der Beweislast	
§ 2 Der Begriff der Beweislast	5
I. Allgemeines	5
II. Subjektive und objektive Beweislast	6
III. Abstrakte und konkrete Beweislast	7
IV. Hauptbeweislast und Gegenbeweislast	13
§ 3 Die objektive Beweislast	14
I. Der Begriff des non liquet	14
II. Die Funktion der objektiven Beweislast	16
III. Methodische Wirkung der objektiven Beweislast	17
IV. Der Zeitpunkt, in dem die objektive Beweislast von Bedeutung ist	18
V. Die Verteilung der objektiven Beweislast	19
VI. Beweislastverteilung und Umkehr der Beweislast	20
1. Der Sprachgebrauch	21
2. Würdigung	21
VII. Ergebnis der objektiven Beweislast	23
§ 4 Die subjektive Beweislast	23
I. Die subjektiv abstrakte Beweislast	24
1. Subjektive Beweislast und Untersuchungsgrundsatz	24
2. Eigenständigkeit der subjektiven Beweislast	26
3. Die Verteilung der subjektiv-abstrakten Beweislast	28
II. Die subjektiv konkrete Beweislast	29
§ 5 Die Beweislast im Prozeßgefüge	30
I. Die Beweislast als echte prozessuale Last?	30
1. Abgrenzung von Pflicht und Last	30
2. Folgerungen für die einzelnen Pflichten	32
3. Die Einordnung der Beweislast	34
II. Objektive Beweislast und Zweiparteienprinzip	35
1. Objektive Beweislast und Strafprozeß	36
2. Objektive Beweislast und freiwillige Gerichtsbarkeit	39
3. Objektive Beweislast und Verfahrensnormen	41
4. Ergebnis	42
III. Die Notwendigkeit der objektiven Beweislast und ihre Folgerungen	42
Zweiter Teil: Benachbarte Erscheinungen	
§ 6 Die Behauptungslast	44
I. Begriffsinhalt	44

II. Die Grundlagen der Behauptungslast	45
III. Die Verteilung der Behauptungslast	46
IV. Behauptungslast und Untersuchungsmaxime	47
§ 7 Beweislast und Vermutungen	48
I. Wesen und Arten der gesetzlichen Vermutungen	48
II. Die Wirkung gesetzlicher Vermutungen auf die richterliche Entscheidung	49
III. Die sog. „tatsächlichen“ Vermutungen	50
1. Ausgewählte Beispiele	50
2. Rechtsnatur	53
3. Folgerungen und Ergebnis	57
§ 8 Beweismaß und Beweiswürdigung	58
I. Beweislast und Beweiswürdigung	58
II. Der Stand der Lehre vom Beweismaß	59
III. Beweislast und Beweismaß	66
1. Der Zusammenhang von Beweislast und Beweismaß	66
2. Völlige Verdrängung der Beweislast?	67
3. Identität von Beweislast und Beweismaß?	71
IV. Das Überwiegensprinzip und das gesetzliche Beweismaß nach deutschem Recht	73
1. Die Ausgangsposition	73
2. Die Gründe für eine Entscheidung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit	76
3. Die Überprüfung dieser Gründe und die Gegenargumente	77
4. Beweislast und überwiegende Wahrscheinlichkeit	84
5. Ergebnis	86
V. Ist das Beweismaß unveränderlich?	87
1. Fragestellung	87
2. Die Auffassung von Greger	88
3. Ergebnis und Folgerungen	92
VI. Ergebnis	92
§ 9 Beweislast und Anscheinsbeweis	94
I. Anerkannte Voraussetzungen und ungeklärte Fragen	95
II. Die unterschiedlichen Auffassungen zum Wesen	95
1. Theorie der Beweislast	95
2. Theorie der Beweiswürdigung	96
3. Theorie des Beweismaßes	96
4. Materieellrechtliche Ansätze	97
III. Anscheinsbeweis als Beweislast?	97
IV. Anscheinsbeweis als materielles Recht?	99
V. Das Wesen des Anscheinsbeweises	100
VI. Ergebnis	111
Dritter Teil: Theorie der Beweislastentscheidung	
§ 10 Problemstellung	112
I. Einführung	112
II. Die Modelle der Rechtsanwendung bei Beweislosigkeit	113
1. Die Erwiesenheitstheorie	114
2. Die Nichtanwendungstheorie	114
3. Die Sondernormentheorie	115
4. Die Theorie der negativen Grundregel	115

III. Rechtstheoretische Grundlegung	115
1. Die allgemeinen Rechtsanwendungsmodelle	116
2. Die Rechtsanwendung bei „bewiesenem“ und „widerlegtem“ Vorbringen	117
3. Das Problem der Rechtsanwendung bei Beweislosigkeit	118
§ 11 Die möglichen Wege zur Überwindung der Ungewißheit	120
I. Völlige Ausschaltung tatsächlicher Unklarheiten	120
1. Überirdische Wahrheitsfindung	120
2. Zweikampf	120
3. Bindende Beweisregeln	121
4. Erkenntniszwang	121
5. Ergebnis und Folgerungen	123
II. Verweigerung einer Entscheidung	124
1. Unterbleiben jeglicher Entscheidung bei Beweislosigkeit	124
2. Gerichtliche Entscheidung ohne materielle Rechtskraft	125
3. Speziell: Die Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft	126
4. Ergebnis	131
III. Besondere Ausgestaltung von Rechtsnormen	132
1. Beseitigung der tatsächlichen Unklarheit durch eine Norm	132
2. Das non liquet als Tatbestandsmerkmal	134
3. Ergebnis	136
IV. Ersatzlösungen	136
1. Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei	137
2. Veränderung der Rechtsfolge	137
3. Richterliche Schätzung	141
4. Materiellrechtliche Tatbestandsabschwächung	141
5. Beweismaßsenkung	142
6. Wahlfeststellung, Auffangtatbestand, Stufenverhältnis	142
V. Entscheidung durch Nichtanwendung der Norm	145
1. Die Erwiesenheitstheorie	145
2. Die Nichtanwendungstheorie	148
VI. Ergebnis	151
§ 12 Entscheidung durch Beweislastnormen?	152
I. Abzulehnende Auffassungen vom Inhalt der Beweislastnormen	152
II. Die Sondernormentheorie von Leipold	153
III. Die Theorie der negativen Grundregel von Musielak	157
IV. Die Auffassung von Rosenberg und Schwab	161
§ 13 Die Klärung des Methodenproblems	164
I. Die Grundlagen, auf denen eine Beweislasttheorie aufbauen muß	164
II. Die Überwindung des non liquet ohne Norm	167
1. Der sachliche Inhalt der Operationsregel	167
2. Das Wesen der Operationsregel	169
3. Die sachliche Begründung der Operationsregel	171
III. Auswirkungen und Ergebnisse	171
§ 14 Exkurs: Die Rechtsnatur der Beweislastnormen	175
I. Meinungsstand	175
II. Eigene Ansicht	176
1. Zuordnung zum Prozeßrecht	176
2. Zuordnung zum Recht der jeweiligen Materie	178

Zweites Buch: Die Verteilung der Beweislast, insbesondere im Arbeitsrecht

Vierter Teil: Die Verteilung der objektiven Beweislast nach sachlichen Prinzipien und die Gründe für die Beweislastverteilung	
§ 15 Überblick und Beweislastverteilung nach freiem richterlichen Ermessen	179
I. Einführung in die Probleme	179
1. Die möglichen Alternativen	179
2. Der Gang der Untersuchung	180
3. Das Ziel der Untersuchung	180
II. Die Beweislastverteilung nach richterlichem Ermessen	181
1. Allgemeine Darstellung	181
2. Die Auffassung im Arbeitsrecht	183
3. Würdigung	184
4. Beweisvereitelung	186
5. Zumutbarkeit	189
6. Parteirolle	189
III. Ergebnis	190
§ 16 Die Verteilung der objektiven Beweislast nach Wahrscheinlichkeit	190
I. Einführung	190
II. Die konkrete Wahrscheinlichkeit als Beweislastprinzip	191
1. Arbeitsrechtliche Einzelfälle	191
2. Die Lehre Kegels	192
3. Die Lehre Ekelöfs	193
4. Die Lehre von C. Peters und Kasperek	193
5. Würdigung	194
III. Die abstrakte Wahrscheinlichkeit als Beweislastprinzip	195
1. Beispiele aus dem Arbeitsrecht	195
2. Die Auffassung von Reinecke	197
3. Würdigung	199
a) Die Geltung als Grundregel und der Geltungsgrad	199
b) Die Wahrscheinlichkeit im Verhältnis zu anderen Sachgründen	201
c) Begriff und Inhalt der abstrakten Wahrscheinlichkeit	202
d) Die Doppelberücksichtigung der abstrakten Wahrscheinlichkeit und das Wesen der Beweislastentscheidung	205
e) Verhältnis von Beweislast und Anscheinsbeweis	206
4. Ergebnis	206
IV. Die Auffassung von Wahrendorf	207
1. Darstellung	207
2. Der Begriff der Wahrscheinlichkeit bei Wahrendorf	208
3. Beurteilung	210
V. Ergebnis	212
§ 17 Die Verteilung der objektiven Beweislast nach Gefahrenbereichen	213
I. Meinungsstand	213
1. Die Rechtsprechung	213
2. Die Auffassung von Prölss	214
3. Der aktuelle Meinungsstand	215
4. Die Situation im Arbeitsrecht	216
II. Die Problematik der Gefahrenbereichslehre	217
1. Der Begriff des Gefahrenbereichs	217
2. Gefahrenbereichslehre und § 282 BGB	220

3. Die Beweislast für die objektive Pflichtwidrigkeit	221
4. Die Besonderheiten im Arbeitsrecht	222
III. Die Gefahrenbereichslehre als Grundregel der Beweislastverteilung?	223
1. Methodenprobleme	224
2. Gefahrenbereich und Produzentenhaftung	225
3. Die Grundprinzipien des Haftungsrechts	226
4. Die Gefahrenbereichslehre als Prinzip von allgemeiner Geltung?	226
5. Beweislastverteilung nach nur einem Prinzip?	227
IV. Ergebnis	229
§ 18 Die Verteilung der objektiven Beweislast nach einer Vielzahl von Prinzipien	230
I. Darstellung der Auffassungen	230
1. Beispiele aus dem Arbeitsrecht	230
2. Die Meinung von Wahrendorf	231
3. Weitere Literaturstimmen	233
II. Würdigung	234
1. Methodische Probleme	234
2. Zahl der Prinzipien und Verhältnis zueinander	236
3. Gegenkritik an der Kritik der Normentheorie	238
4. Die einzelnen Prinzipien	241
5. Abstrakt-generelle Geltung	243
6. Prinzipien und materielles Recht	243
III. Ergebnis	244
§ 19 Andere Möglichkeiten einer Beweislastverteilung nach Prinzipien	245
I. Beweislastverteilung auf Grund qualitativer Abwägungen	245
1. Der Grundgedanke	245
2. Gewicht und Verhältnis der Streitparteien	246
3. Arbeitsrecht: In dubio pro operario	246
4. Würdigung der öffentlichrechtlichen Formeln	247
5. Die Abwägung verfassungsrechtlicher Positionen	248
6. Ergebnis	250
II. Beweislastverteilung nach dem Angreiferprinzip	250
III. Beweislastverteilung nach Gefahrerhöhung	252
IV. Ältere Beweislasttheorien	253
1. Die Negativentheorie	253
2. Die älteren Wahrscheinlichkeitstheorien	254
3. Spezial-, Minimal- und Kausaltheorie	254
4. Die Vollständigkeitslehre	254
§ 20 Das Ergebnis und die sachlichen Gründe der Beweislastverteilung	255
I. Zusammenfassung der bisherigen Überlegungen	255
II. Die sachlichen Gründe der Beweislastverteilung	257
1. Bereits behandelte Sachgründe, die anzuerkennen sind	257
2. Abzulehnende Sachgründe	259
3. Weitere anzuerkennende Sachgründe	260
4. Die Gewichtung der Sachgründe	263
III. Folgerungen	264
Fünfter Teil: Die Verteilung der objektiven Beweislast nach dem Gesetz	
§ 21 Die Grundregel der Beweislastverteilung	265
I. Der Inhalt der Grundregel im Zivilrecht	265

1. Die Grundregel nach der Normentheorie	265
2. Die Grundregel gemäß § 193 Erster Entwurf zum BGB	267
3. Ist die Ausgestaltung der Grundregel gemäß § 193 zwingend?	268
a) Alternativen im geltenden Recht	268
b) Historische Alternativen	269
c) Rechtsvergleichende Alternativen	270
d) Zwischenergebnis	277
e) Die Sachgerechtigkeit der Grundregel	277
f) Philosophische Rechtfertigung	278
II. Normqualität und Geltungsbereich der Grundregel	278
1. Die Normqualität	278
2. Die Geltung der Grundregel im BGB	279
3. Die Geltung der Grundregel im Arbeitsrecht	280
4. Die Geltung der Grundregel im öffentlichen Recht	281
III. Ergebnis	281
§ 22 Die Abweichungen von der Grundregel	282
I. Das Problem	282
II. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers	282
III. Die gemeinsame Grundlage der Sonderregeln	285
IV. Geltung im Arbeitsrecht?	288
§ 23 Die Problematik arbeitsrechtlicher Gesetzestexte	289
I. Einwände im arbeitsrechtlichen Schrifttum	289
II. Das Fehlen abweichender Regelungsmöglichkeiten	290
III. Die Verwendung ausdrücklicher Beweislastnormen	292
1. Arbeitsrecht	292
2. Sonstige Rechtsgebiete	293
3. Ergebnis	293
IV. Die Funktion ausdrücklicher Beweislastnormen	294
1. § 611 a I 3 BGB	294
2. § 7 KSchG 1951 und § 9 KSchG 1969	294
3. § 14 II 2 KSchG	295
4. § 2 II 3 ArbeitsplatzschutzG	296
5. §§ 27 III 3, 35 III 3 BDatenschutzG	296
6. Sonderproblem: § 1 KSchG	296
7. Ergebnis und Gründe für eine Verwendung ausdrücklicher Beweislastnormen	301
V. Die Verwendung satzbaumäßig ausgedrückter Beweislastnormen	302
1. Möglichkeiten der Formulierung	302
2. Beispiele aus dem BGB	303
3. Beispiele aus dem Arbeitsrecht	303
4. Beispiele aus sonstigen Rechtsgebieten	305
5. Ergebnis	306
§ 24 Die Beweislastqualität ausgewählter arbeitsrechtlicher Normen	307
I. Der Streit um § 6 I BUrtG	307
1. Gesetzesinhalt	307
2. Die Meinung von Dütz	308
3. Eigene Ansicht	308
4. Ergebnis	310
II. Die Regelung des § 1 I 1 LohnfortzahlungsG	310
1. Ausgangspunkt	310

2. Das Problem	311
3. Sprachliche Analyse	311
4. Inhaltliche Analyse	312
5. Die Parallelnormen	316
6. Abweichung bei Suchterkrankungen?	316
III. Die Beweislastverteilung in § 118 I BetrVG	317
1. Problematik	317
2. Gewicht dieser Streitfrage	318
3. Entstehung, Wortlaut und Meinungsstand zu § 118 BetrVG	319
4. Die Argumente der herrschenden Meinung	320
5. Die Begründung der Gegenmeinungen	322
6. Ergebnis	324
IV. Ergebnis	324
§ 25 Die Prüfung weiterer Beweislastprobleme im Arbeitsrecht	325
I. Die Situation in § 1 III 2 KSchG	325
II. Der Fall des § 23 I 2 KSchG	326
III. Die Problematik von § 99 BetrVG	329
1. Situation und Problem des § 99 BetrVG	329
2. Meinungsstand	330
3. Eigene Auffassung	330
4. Überprüfung des Ergebnisses	332
5. Ergebnis	334
IV. Beweislastprobleme des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots	334
1. Die gesetzliche Regelung in § 611 a I BGB	334
2. Das Kernproblem	337
3. Die Beweislastverteilung im übrigen	338
4. Die Vermutung in § 611 a I	338
5. Der Vergleich zum früheren Rechtszustand	339
6. Ergebnis	340
V. Die Beweislastverteilung in § 618 BGB	341
1. Die gesetzliche Regelung	341
2. Die Beweislastverteilung	341
3. Das Problem des Kausalitätsbeweises	343
4. Eigene Auffassung	344
5. Zweckanalyse	345
6. Ergebnis	346
VI. Exkurs: Die Beweislastregelung im neuen AGBG	346
1. Gesetzeswortlaut und Materialien zum AGBG	346
2. Abweichende Auffassungen zu § 1 AGBG	348
3. Die Problematik zu § 9 AGBG	349
4. Ergebnis	350
§ 26 Folgerungen zur Verteilung der Beweislast im Arbeitsrecht	351
§ 27 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	352
Literaturverzeichnis	357
Gesetzesregister	373
Sachregister	381

§ 1 Einleitung

I. Die Situation der Lehre von der Beweislast

Die Lehre von der Beweislast ist im Umbruch begriffen. Konnte *Rosenberg* im Jahre 1953 feststellen, es gebe nicht allzu viele Fragen, die noch streitig seien,¹ und erklärte *Arwed Blomeyer* im Jahre 1966, *Rosenbergs* Auffassung sei auch heute die gesicherte Grundlage für Rechtsprechung und Lehre,² so zeichnet sich seither ein deutlicher Wandel ab, eine „Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie“.³ Die dabei vorgetragenen Angriffe gegen die Normentheorie sind von so unterschiedlicher Art, daß sich eine gefestigte Anschauung, wie und wodurch die Normentheorie abzulösen sei, noch nicht gebildet hat. Die einzige Gemeinsamkeit aller neueren Bemühungen besteht in der Kritik der *Rosenbergschen* Lehre.

Die im Ergebnis wohl wichtigste Tendenz in der neueren Beweislastliteratur zielt auf eine Abkehr vom Wortlaut des Gesetzes bei der *Verteilung* der Beweislast hin. Die Beweislastentscheidung soll vielmehr durch bestimmte sachliche Kriterien, meist „Prinzipien“ genannt, gesteuert werden.⁴ Eine solche Auffassung hat allerdings gewisse methodische Implikationen, will sie schon nach geltendem Recht ernstgenommen und nicht nur als rechtspolitischer Vorschlag verstanden werden. Insbesondere bedarf es des Vorliegens einer Gesetzeslücke, die mit Hilfe dieser Prinzipien geschlossen werden könnte. Für weite Teile des BGB in seiner Fassung von 1900 ist der Nachweis einer Gesetzeslücke freilich kaum zu führen, denn es ist unbestreitbar, daß der Gesetzgeber damals bei der Formulierung des materiellrechtlichen Tatbestandes zugleich die Beweislastverteilung mit berücksichtigt hat. Verständlicherweise hat sich deshalb die Diskussion teilweise von den Normen des BGB entfernt. Neben dem Haftungsrecht, das durch ständige richterrechtliche Verfeinerungen und Modifikationen nur noch wenig mit dem ursprünglichen Gesetzestext gemein hat,⁵ ist es in erster Linie das Arbeitsrecht, für dessen Bereich behauptet wird, der Gesetzestext sei ohne Aussagekraft für die Beweislastverteilung.⁶

¹ *Rosenberg*, Die Beweislast, 3. Aufl. 1953, Vorwort.

² *A. Blomeyer*, Verhandl. des 46. Dt. Juristentages, 1966, Bd. I, Teil 2 A, S. 3.

³ So der Titel eines Aufsatzes von *Schwab*, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, S. 505.

⁴ Vgl. vor allem *Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, 1976; *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976; wohl auch *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980.

⁵ Vgl. *Kötz*, Deliktsrecht, 2. Aufl. 1979, S. 6 („über weite Strecken Richterrecht reinsten Wassers“); ferner *Lange*, Schadensersatz, 1979; *Deusch*, Haftungsrecht, Allgemeine Lehren, 1976.

⁶ *Dütz*, SAE 1970, 157; *ders.*, RdA 1976, 21; *Reinecke*, Beweislastverteilung, S. 85, 87, 166; vgl. ferner für Einzelfälle *Hanau*, BB 1973, 902; *Dietz-Richardi*, BetrVG, 5. Aufl. 1973, § 118 Rdnr. 62 (ebenso 6. Aufl. 1982, Bd. 2, § 118 Rdnr. 104, 105); *Galperin-Löwisch*, BetrVG, 2. Bd., 6. Aufl. 1982, § 118 Rdnr. 96; allgemein und außerhalb des Arbeitsrechts auch *Wahrendorf*, Prinzipien, S. 52 ff., 55.

Will man die Richtigkeit dieser These überprüfen, so ist dies nicht ohne ein ins einzelne gehendes Studium arbeitsrechtlicher Gesetzestexte möglich, ein Unterfangen, das auch deshalb reizvoll erscheint, weil zum Bereich des Arbeitsrechts eine solche Untersuchung noch nicht vorgelegt worden ist.⁷

Neben der Frage nach der richtigen Verteilung der Beweislast konnte auch über das *methodische Vorgehen* im Falle ungeklärter Tatsachen bis heute keine Einigkeit erzielt werden.⁸ Auch für diese Diskussion gilt, daß als gemeinsamer Nenner der vorgetragenen Kritik in erster Linie die Feststellung bleibt, der *Rosenbergschen* Auffassung könne nicht zugestimmt werden. Nun muß freilich eingeräumt werden, daß die Normentheorie gerade in diesem Punkt nicht zu übersehende Schwächen enthält. Damit ist allerdings noch nichts über das im Ergebnis entscheidende Folgeproblem dieser methodischen Diskussion ausgesagt, ob nämlich die Mängel im Fundament der Normentheorie dazu führen, daß auch die inhaltliche Verteilung der Beweislast entsprechend dieser Theorie unhaltbar ist. Das wird zum Teil behauptet,⁹ teilweise wird die Geltung der Normentheorie in ihrem Inhalt auf das BGB beschränkt;¹⁰ es gibt aber auch Meinungen, die trotz methodischer Kritik die inhaltliche Verteilung der Beweislast nach der Normentheorie weiterhin in vollem Umfang anerkennen.¹¹

Neben Inhalt und Methode ist aber noch von dritter Seite Unsicherheit in die Lehre von der Beweislast getragen worden. Die in neuerer Zeit vorgelegten beweisrechtlichen Untersuchungen zu Problemen der freien Beweiswürdigung, des Beweismaßes, des Anscheinsbeweises und der richterlichen Schadensschätzung¹² haben Fragen auch im Verhältnis zur Beweislast aufgeworfen. Beispielfhaft sei die Abgrenzung von Beweislast und Beweismaß genannt. Am weitesten ist hierbei wohl *Motsch* mit seiner These gegangen, bei richtigem Verständnis von Beweismaß und Beweiswürdigung dürfe es eine Beweislastentscheidung überhaupt nicht geben.¹³

II. Aufgabenstellung und Gang der Arbeit

Anhand der geschilderten Situation wird bereits deutlich, wie stark sich in der Diskussion der vergangenen Jahre allgemein beweisrechtliche Überlegungen mit den Grundproblemen jeder Beweislastentscheidung und der Frage nach der richtigen Verteilung verbunden haben. Auch eine Arbeit, die sich besonders der Beweis-

⁷ Die einzige Ausnahme, die Arbeit von *Reinecke*, aaO, enthält in einer Stellungnahme zu arbeitsrechtlichen Fallgruppen (S. 100–188) allein 50 Seiten zum Bereich der positiven Vertragsverletzungen.

⁸ Dazu vor allem *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975; *Schwab*, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, S. 505 ff.

⁹ So *Wahrendorf*, Prinzipien, S. 52 ff.; *Huguenin-Dumittan*, Behauptungslast, S. 107, 122 f.

¹⁰ So wohl *Leipold*, Beweislastregeln, S. 45 ff.; *ders.*, AcP 179, 503.

¹¹ So *Musielak*, Grundlagen, S. 292 ff.; *Schwab*, Festschrift für H.-J. Bruns, S. 505 ff., 518.

¹² Vor allem *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, 1979; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975.

¹³ *Motsch*, Gedächtnisschrift für Rödiger, 1978, S. 334 ff.

lastverteilung im Arbeitsrecht widmen will, kann daher einer eingehenden Stellungnahme zu den Grundlagen der Beweislast und ihren benachbarten Erscheinungen nicht ausweichen.

So ergibt sich für die hier vorliegende Untersuchung eine Zweiteilung. Die erste Hälfte ist den Grundlagen der Beweislast gewidmet. Hier sind zunächst die unterschiedlichen Begriffe und Arten der Beweislast darzustellen (§§ 2–5). Daran schließt sich im zweiten Teil eine Abgrenzung der Beweislast von den benachbarten Erscheinungen an (§§ 6–9). Erst dann kann in einem dritten Teil (§§ 10–14) zum grundlegenden Methodenproblem und damit zur Frage, inwieweit das rechtstheoretische Vorgehen auf die Verteilung der Beweislast einwirkt, Stellung genommen werden. Mit diesen Überlegungen ist zugleich die den Grundlagen der Beweislast gewidmete erste Hälfte der Arbeit abgeschlossen. Im Rahmen der Verteilung der Beweislast insbesondere im Arbeitsrecht, der die zweite Hälfte der Arbeit gewidmet ist, schließt sich in einem vierten Teil (§§ 15–20) die Suche nach den sachlichen Prinzipien der Beweislastverteilung und – damit eng verbunden – die oft gestellte Frage nach den Gründen der Beweislastverteilung an. Das Ergebnis des vierten Teils leitet über zu den im fünften Teil (§§ 21–26) vorgelegten Untersuchungen, wie die Grundregel der Beweislast aussehen muß, was der Gesetzestext im Arbeitsrecht für die Entscheidung von Beweislastproblemen an Hilfestellung bietet und inwieweit die Normentheorie noch Gültigkeit für die Beweislastverteilung beanspruchen kann.

Die Arbeit verzichtet darauf, die historischen Grundlagen des Beweisrechts und der Beweislast darzustellen. Dazu haben zuletzt *Musielak*¹⁴ und *Walter*¹⁵ umfangreiche Studien vorgelegt. Das Schwergewicht der Arbeit liegt vielmehr in der Auseinandersetzung mit der umfangreichen Literatur der vergangenen Jahre. Eine solche Akzentsetzung erschien vor allem deshalb angebracht, weil eine Reihe wichtiger neuerer Arbeiten zum Beweisrecht zeitlich nahezu parallel entstanden ist. Insbesondere zur Diskussion um das Beweismaß konnten sich z. B. die bereits genannten Arbeiten von *Gottwald*, *Greger*, *Walter* und einige wichtige Aufsätze¹⁶ nicht mehr gegenseitig befruchten. Ähnlich sind die Arbeiten von *Reinecke* und *Wahrendorf* zur Diskussion um die Prinzipien der Beweislastverteilung zur gleichen Zeit entstanden, auch die soeben erschienene Untersuchung von *Berg*¹⁷ zum Verwaltungsrecht hat diese Arbeiten noch nicht berücksichtigt. Die umfassendste und gründlichste Untersuchung zum Bereich der Beweislast aus den letzten Jahren, die Arbeit von *Musielak*, ist schließlich 1975 als erste von allen bisher genannten Werken erschienen. Gerade sie konnte deshalb zu den vielfältigen und zum Teil neuartigen Gedankengängen der letzten Jahre nicht Stellung beziehen.

So steht trotz vieler umfangreicher und wertvoller Untersuchungen zur Beweislast eine übergreifende Darstellung der angesprochenen Fragen noch aus.

¹⁴ *Musielak*, Grundlagen, S. 190 ff.

¹⁵ *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 7 ff.

¹⁶ *Musielak*, Das Överviktsprincip – Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, Festschrift für Kegel, 1977, S. 451 ff.; *Motsch*, Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, Gedächtnisschrift für Rüdiger, 1978, S. 334 ff.

¹⁷ *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980.

