



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die tatsächliche Vermutung.
Eine historisch-rechtsvergleichende Untersuchung zum
deutschen und französischen Beweisrecht“**

Dissertation vorgelegt von Felix Uebel

Erstgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Einleitung

Ob einfaches Indiz, Anscheinsbeweis oder Beweislastumkehr, mit all diesen Instituten wird die tatsächliche Vermutung heute bisweilen in Verbindung gebracht. Vom Kapitalmarktrecht über das Urheberrecht bis hin zum Kartellrecht ist sie eine von der Rechtsprechung nur allzu gerne bemühte Konstruktion und oftmals das Zünglein an der Waage. So zeigte sich im letztgenannten Kartellrecht jüngst wieder ihre besondere praktische Relevanz. Dort entschied der Kartellsenat des BGH, dass im Rahmen von Quoten- und Kundenschutzkartellen eine tatsächliche Vermutung für kartellbedingte Preissteigerungen streite. Die Wirkung dieser tatsächlichen Vermutung beschränke sich auf den Bereich der Beweiswürdigung, wo ihr regelmäßig eine starke indizielle Bedeutung zukomme. Demgegenüber geht der XI. Zivilsenat des BGH für das Kapitalmarktrecht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zu einer echten Umkehr der objektiven Beweislast führt. Im Anwaltshaftungsrecht spricht der IX. Zivilsenat der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens wiederum die Bedeutung eines Anscheinsbeweises zu. Dasselbe Institut der tatsächlichen Vermutung wird durch die Rechtsprechung also mit jeweils völlig verschiedenen Rechtsfolgen angewendet.

Diese Diskrepanz offenbart eines der Kernprobleme der tatsächlichen Vermutung. So ist die Varianz der Rechtsfolgen, die ihr die Rechtsprechung zuspricht, ebenso groß wie die Beliebtheit dieser beweisrechtlichen Figur. Führt man sich diesen uneinheitlichen Umgang der Gerichte mit der tatsächlichen Vermutung vor Augen, ist es kaum verwunderlich, dass mancher sie als „Allzweckwaffe“ bezeichnet, mit deren Hilfe die Gerichte bei schwierigen Beweislagen das gewünschte Ergebnis doch noch erzielen. Grund für diese uneinheitliche Anwendung mag vornehmlich sein, dass die tatsächliche Vermutung im deutschen Recht über keinerlei gesetzliche Grundlage verfügt. Das deutsche Gesetzesrecht kennt nur die gesetzlichen Vermutungen des § 292 ZPO, von denen die tatsächliche Vermutung nach der g.h.M. in der Literatur jedoch strikt zu trennen ist. Während die gesetzlichen Vermutungen heute einhellig als Beweislastregeln verstanden werden, soll das Erfahrungswissen, auf dem die tatsächlichen Vermutungen beruhen, nach nahezu ausschließlicher Meinung der Lehre allein auf dem Gebiet der Beweisführung und Beweiswürdigung Wirkung entfalten. Eine Beweislastwirkung der tatsächlichen Vermutungen wird strikt abgelehnt und entsprechende Rechtsprechungslinien des BGH werden heftig kritisiert.

Trotz aller Kritik an der tatsächlichen Vermutung wird sie in der Literatur weitgehend stiefmütterlich behandelt. So wird sie in der Lehrbuch- und Kommentarliteratur nur oberflächlich oder gar nicht thematisiert. Die meisten Autoren, die sich vertiefter mit ihr auseinandersetzen, halten sie letztlich für unzulässig oder überflüssig. Doch gerade die jüngere Judikatur des BGH zeigt, dass die tatsächliche Vermutung auch in Zukunft wohl kaum aus der Rechtsprechungspraxis verschwinden wird.

Gleichermaßen Streit- wie auch Mittelpunkt der Diskussionen um die tatsächliche Vermutung bildet die zentrale Frage, ob sie dem Gebiet der Beweisführung oder der Beweislast zuzuordnen ist. Dass diese Weichenstellung nicht allein theoretischer Natur, sondern von erheblichem praktischem Interesse ist, zeigen zwei Aspekte ganz deutlich. Zum einen unterscheiden sich die Anforderungen an die Widerlegung einer Vermutung abhängig davon, ob sie einen Beweis erbringt, was zu ihrer Widerlegung lediglich einen Gegenbeweis erfordert, oder ob sie von der Beweislast befreit, was den vollen Beweis des Gegenteils notwendig macht. Zum anderen verdeutlicht das Brennglas des Kollisionsrechts die Bedeutung der Abgrenzung zwischen Beweisführung und

Beweislast. So folgt die Beweisführung der *lex fori*, während die Beweislast der *lex causae* angehört. Eine trennscharfe Zuordnung der tatsächlichen Vermutung zu einem der beiden Gebiete ist also unabdingbar.

Um der Abgrenzungsproblematik der tatsächlichen Vermutung Herr zu werden, unternimmt die Arbeit zunächst eine Untersuchung der langen Dogmengeschichte der tatsächlichen Vermutung. Der nachfolgende Teil der Arbeit widmet sich sodann einer rechtsvergleichenden Betrachtung der französischen Vermutungslehre. In einem letzten Teil wird schließlich die heterogene Rechtsprechung des BGH systematisiert. Auf dieser Grundlage soll abschließend bewertet werden, welche Konsequenzen hieraus für den Begriff der tatsächlichen Vermutung gezogen werden können.

Historische Grundlagen der tatsächlichen Vermutung

Die ersten systematischen Darstellungen der Vermutungslehre finden ihren Ursprung im Hochmittelalter. Aus dieser Zeit stammt die noch heute bekannte Dreiteilung der Vermutungen in *praesumptio iuris et de iure*, *praesumptio iuris* und *praesumptio hominis, facti* oder auch *probabilis*. Im Zeichen der damals vorherrschenden legalen Beweistheorie wurden die Vermutungen im Ausgangspunkt nach der Stärke ihrer Beweiskraft unterschieden. Demnach wurden alle Vermutungsarten als das verstanden, was wir heute unter den Begriff der Beweisführungsnormen fassen. Der richterlichen *praesumptio probabilis (praesumptio hominis)* wurde dabei lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit zugesprochen, deren Beweiskraft nicht zur Erbringung eines vollen Beweises ausreichen sollte. Auch mit dem Übergang in die Neuzeit wurde an diesem Verständnis festgehalten. Der *praesumptio hominis*, die im Gegensatz zur *praesumptio iuris et de iure* und *praesumptio iuris* in das richterliche Ermessen gestellt wurde, kam lediglich eine beschränkte Beweiskraft (*semiplena probatio*) zu, die nur durch Ergänzung anderer Beweismittel zur Erbringung eines Vollbeweises in der Lage war. Demgegenüber erbrachte die *praesumptio iuris et de iure* einen vollen Beweis ohne Möglichkeit des Gegenbeweises, während die *praesumptio iuris* den Gegenbeweis erlaubte. So kehrten die beiden gesetzlichen Vermutungsarten die damals allein subjektiv verstandene Beweislast (im Sinne einer Beweisführungslast) um, während die *praesumptio hominis* hierzu allein nicht in der Lage war. Während sich die gesetzliche Vermutung nicht zuletzt durch neue Gesetzgebungen im *Code civil* und schließlich in der ZPO auf die Ebene der nunmehr erkannten objektiven Beweislast verschob, verblieb die tatsächliche Vermutung stets als der Ebene der Beweisführung bzw. Beweiswürdigung zugehörig. Eine Beweislastwirkung wurde ihr zu keinem Zeitpunkt zugesprochen. Auf der Ebene der Beweisführung wurde sie insbesondere in der deutschen Rezeption des französischen *Code civil* mit dem Indizienbeweis gleichgesetzt.

Die tatsächliche Vermutung in der französischen Vermutungslehre

Die französische Vermutungslehre steht ganz in der Tradition der vor allem im Hochmittelalter geprägten historischen Lehre. Auf Gesetzesebene wird zwischen gesetzlicher *présomption légale* und ungesetzlicher *présomption judiciaire* unterschieden. Die *présomption légale* wird, seit der Beweisrechtsreform 2016 auch auf Gesetzesebene in neuer Deutlichkeit, wiederum in die widerlegbare *présomption simple* und die unwiderlegbare *présomption irréfragable* unterteilt. Diese Unterscheidung entspricht der historischen Abgrenzung zwischen *praesumptio iuris* und *praesumptio iuris et de iure*. Gesetzlich anerkannt ist mittlerweile auch die richterrechtlich entwickelte *présomption légale mixte*, die nur eingeschränkt widerlegt werden kann. Als weitere Untergruppe der *présomption légale* hat sich die *présomption quasi-légale* etabliert, die

sich von der eigentlichen *présomption légale* nur dadurch unterscheidet, dass sie dem Richterrecht entspringt und über keine gesetzliche Grundlage verfügt.

Aufgrund ihres richterrechtlichen Ursprungs ist sie jedoch keinesfalls mit der ebenfalls ungesetzlichen *présomption judiciaire* zu verwechseln. Während die *présomption légale*, und damit auch die *présomption quasi-légale*, spätestens seit der Gesetzesreform 2016 klar als abstrakte Beweislastnorm zu verstehen ist, wird die *présomption judiciaire* einhellig als konkretes Beweisführungsmittel verstanden. Als solches setzt sie sich aus zwei Elementen zusammen: Einem tatbestandsfremden Umstand, einem Indiz, sowie der denklögischen Schlussfolgerung, mithilfe derer der Richter von diesem Umstand auf die letztlich vermutete Tatsache schließt. Es handelt sich dabei um nichts anderes als den Vorgang des Indizienbeweises. Insoweit wird der *présomption judiciaire* im Gegensatz zur *présomption légale* keinerlei Einfluss auf die Verteilung der (objektiven) Beweislast zugesprochen. Sie kann lediglich, wie jedes andere Beweismittel auch, die Beweislast in Form der konkreten Beweisführungslast umkehren, sofern sie zu einer Überzeugung des Richters führt. In der Beurteilung dieser Beweiskraft ist der Tatrichter gänzlich frei, die *présomption judiciaire* unterfällt der freien Beweiswürdigung (*preuve libre*). In zumindest teilweiser Abkehr vom Legalbeweissystem kann so auch eine einzige *présomption judiciaire* einen vollen Beweis erbringen. Die *Cour de cassation* unterzieht die Anwendung der *présomptions judiciaires* durch den Tatrichter nur einer überaus beschränkten Kontrolle. Der Kernbereich der Frage, ob eine *présomption judiciaire* anerkannt wird und welche Beweiskraft ihr beigemessen wird, bleibt dabei stets unangetastet. Gleichwohl enthält das französische Beweissystem als *système mixte* auch Elemente eines legalen Beweissystems. Deutlich macht dies der eingeschränkte Anwendungsbereich der *présomptions judiciaires*, die nicht in allen Fällen zulässig sind. Vielmehr kennt der französische Zivilprozess einen grundsätzlichen Vorrang des schriftlichen Beweises als sog. *preuve parfaite*.

Insgesamt verdeutlichen die Untersuchungen, dass die französische Rechtslehre und -praxis klar zwischen gesetzlicher und ungesetzlicher bzw. tatsächlicher Vermutung trennen. Mit dieser klaren Unterscheidung einher geht auch eine strikte Trennung der Gebiete der Beweisführung und der Beweislast. Die ungesetzliche *présomption judiciaire* wird konsequent, und ganz im Sinne ihrer historischen Bedeutung, lediglich auf der Ebene der Beweisführung verortet, wo sie den Vorgang des Indizienbeweises beschreibt. Schafft die Rechtsprechung demgegenüber Vermutungen mit abstrakt-genereller Beweislastwirkung, so werden diese der Kategorie der *présomptions quasi-légales* zugeordnet und der Begriff der *présomption judiciaire* so von jeglicher Verknüpfung mit der objektiven Beweislast ferngehalten.

Die tatsächliche Vermutung in der Rechtsprechung des BGH

In deutlichem Kontrast zum französischen Verständnis steht die Rechtsprechung des BGH zur tatsächlichen Vermutung, die sich als sehr divers, bisweilen gar als widersprüchlich und missverständlich zeigt. Gleichwohl lassen sich aus der Fülle der Rechtsprechung drei große Fallgruppen herausdestillieren. So wird die tatsächliche Vermutung zum einen im Rahmen des Indizienbeweises herangezogen, während sie in anderen Fällen dem Anscheinsbeweis gleichgesetzt und in einer letzten Fallgruppe mit der Wirkung einer richterrechtlichen Beweislastregel versehen wird.

In der ersten Fallgruppe wird der tatsächlichen Vermutung lediglich Bedeutung im Rahmen des Indizienbeweises beigemessen. Sie beschreibt die denklögisches Schlussfolgerung von einer Indiztatsache auf die vermutete Tatsache. Dieses

Verständnis entspricht der historischen Bedeutung der tatsächlichen Vermutung. Dabei verwendet der BGH den Begriff der tatsächlichen Vermutung jedoch nur für solche Schlussfolgerungen, die auf einem über den Einzelfall hinausgehenden Erfahrungssatz beruhen und unterscheidet sich damit vom französischen Verständnis der *présomption judiciaire*, die eine jede indizielle Schlussfolgerung umfasst. Erklären lässt sich dieses Verständnis des BGH durch die Beschränkungen der revisionsrechtlichen Kontrolle, denen er unterliegt. Einfluss auf einen indiziellen Schluss kann er als Revisionsgericht nur nehmen, wenn diesem ein genereller Erfahrungssatz zugrunde liegt. Denn im Gegensatz zu den gewöhnlichen Schlussfolgerungen innerhalb des Indizienbeweises unterliegen nur die Erfahrungssätze der vollen Kontrolle in der Revision. Im Ergebnis ist die tatsächliche Vermutung in dieser Fallgruppe damit nichts anderes als ein im Rahmen des Indizienbeweises zu beachtender Erfahrungssatz.

In der zweiten Fallgruppe misst der BGH der tatsächlichen Vermutung die Bedeutung eines Anscheinsbeweises bei. Der Kern der richterlichen Schlussfolgerung von der Vermutungsgrundlage auf die vermutete Zieltatsache bleibt dabei der gleiche. Historisch ist der Anscheinsbeweis aus den Grundlagen der tatsächlichen Vermutung hervorgegangen. Durch sein Erfordernis der Typizität ist der Anscheinsbeweis jedoch spezieller als die tatsächliche Vermutung nach historischem Verständnis. In einigen Fällen lässt der BGH die Unterscheidung zwischen der ersten und zweiten Fallgruppe hingegen offen und verwischt so die Grenzen zwischen Indizien- und Anscheinsbeweis.

In der letzten Fallgruppe schafft der BGH mit der tatsächlichen Vermutung richterrechtliche Beweislastregeln. Damit verlässt er die historischen Grundlagen der tatsächlichen Vermutung. Der Rechtsvergleich mit Frankreich hat gezeigt, dass es sich bei dieser Spielart in Wirklichkeit um quasi-gesetzlichen Vermutungen handelt. Diese stellen zwar eine Zwischenkategorie zwischen tatsächlicher und gesetzlicher Vermutung dar, sind funktionell jedoch als *praesumptio iuris*, also gesetzliche Vermutung zu qualifizieren. Mangels gesetzlicher Verankerung treffender wäre in Anlehnung an die teilweise in Frankreich favorisierte Terminologie der Begriff der Rechtsvermutung (*présomption de droit*), was jedoch eine Verwechslungsgefahr mit der gesetzlichen Rechtsvermutung im Sinne des § 292 ZPO birgt.

Diese Dreiteilung darf letztlich jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich zahlreiche Entscheidungen des BGH nur schwerlich unter eine der Kategorien fassen lassen, da das Gericht entweder ausdrücklich offen lässt, welche beweisrechtliche Bedeutung der tatsächlichen Vermutung zukommen soll, oder aber über diese mit vagen Formulierungen im Unklaren lässt.

Konsequenzen für den Begriff der tatsächlichen Vermutung

Führt man sich die vielgestaltigen Anwendungsfälle der tatsächlichen Vermutung vor Augen, so muss konstatiert werden, dass der Begriff der tatsächlichen Vermutung in der aktuellen deutschen Rechtspraxis mehr Schaden anrichtet als er von Nutzen ist. Verantwortlich für diese Diagnose ist weniger das Institut der tatsächlichen Vermutung selbst als vielmehr die Rechtsprechung, die durch ihre uneinheitliche Praxis für große Unsicherheiten sorgt. Dass eine rechtssichere und einheitliche Verwendung der tatsächlichen Vermutung möglich ist, zeigt der Blick nach Frankreich.

In seiner historisch korrekt verstandenen Form wäre der Begriff mit dem des Indizienbeweises gleichzusetzen. Zwar erwähnt das Gesetz auch den Indizienbeweis an keiner Stelle, gleichwohl ist der Begriff des Indizienbeweises so unumstößlich

verbreitet, dass es sinnlos wäre, ihn durch den Begriff der tatsächlichen Vermutung ersetzen zu wollen, wie es in Frankreich geläufig ist. Überdies würde ein solcher Austausch auch keinerlei Mehrwert bringen. Vielmehr birgt er die bereits erörterte Gefahr einer Verwechslung mit der gesetzlichen Vermutung, die vor allem dann besteht, wenn verkürzt nur von einer „Vermutung“ gesprochen wird oder davon, dass etwas „zu vermuten ist“.

Versteht man die tatsächliche Vermutung wie der BGH in der ersten der zuvor dargestellten Fallgruppen als Erfahrungssatz im Rahmen des Indizienbeweises, ergibt sich – vor allem mit Hinblick auf die lauernde Verwechslungsgefahr – ebenfalls kein Gewinn durch den Begriff der tatsächlichen Vermutung gegenüber dem des Erfahrungssatzes.

Das gleiche Schicksal trifft die tatsächliche Vermutung im Verhältnis zu dem Begriff des Anscheinsbeweises, mit dem sie in der zweiten Fallgruppe der Rechtsprechung des BGH bisweilen gleichgesetzt wird. Historisch ist der Anscheinsbeweis zwar aus der tatsächlichen Vermutung hervorgegangen, umschreibt mittlerweile jedoch mit seiner Voraussetzung der Typizität einen spezielleren Anwendungsfall und hat sich so als eigenes Institut fest etabliert. Der allgemeinere Begriff der tatsächlichen Vermutung bringt so gegenüber dem spezielleren Terminus des Anscheinsbeweises ebenfalls keine Vorteile.

Zwar ergeben sich dadurch im Ergebnis durch eine Verwendung des Begriffs der tatsächlichen Vermutung auf Beweisführungsebene keine Vorteile, gegen eine Verwendung in diesem Sinn ist jedoch auch nichts einzuwenden. In Anbetracht der weiten Verbreitung des Terminus in der Rechtsprechungspraxis ist auch nicht damit zu rechnen, dass er in naher Zukunft aus dieser verschwinden wird. Um die angesprochene Gefahr einer Verwechslung mit der beweislasterhebenden gesetzlichen Vermutung zu vermeiden, sollte die beweisführende Wirkung der tatsächlichen Vermutung in den Entscheidungsgründen jedoch stets deutlich hervorgehoben werden. Wünschenswert ist zudem eine weitere Differenzierung zwischen Indizien- und Anscheinsbeweis auf Beweisführungsebene. Wie der BGH in jüngster Zeit selbst herausgestellt hat, bestehen zwischen beiden Instituten relevante Unterschiede, die auch innerhalb der tatsächlichen Vermutung nicht nivelliert werden dürfen.

Entschieden abzulehnen ist letztlich jedoch ein Gebrauch des Begriffs der tatsächlichen Vermutung im Zusammenhang mit einer Umkehr der objektiven Beweislast. Wenn teilweise davon ausgegangen wird, dass gegen eine Verwendung der tatsächlichen Vermutung selbst im Sinne einer Beweislastregel grundsätzlich nichts einzuwenden ist, solange sich aus der Entscheidung ergibt, in welcher Funktion die tatsächliche Vermutung die Entscheidungsgründe mitträgt, ist dem zu widersprechen. Dagegen ist einzuwenden, dass sich diese Wirkung außerhalb der historischen und dogmatischen Bedeutung der tatsächlichen Vermutung bewegt. Es handelt sich dann funktionell um eine *praesumptio iuris*. Wird einer Vermutung abstrakt-generelle Beweislastwirkung zugesprochen, verfügt sie jedoch über keine gesetzliche Verankerung, handelt es sich um eine quasi-gesetzliche Vermutung und sollte nach französischem Vorbild auch als solche bezeichnet werden. Die richtig verstandene tatsächliche Vermutung steht dazu mit ihrem konkret-individuellen Charakter auf Beweisführungsebene in klarem Widerspruch. Gleichwohl ist diese Forderung nicht nur unter historisch-dogmatischen Gesichtspunkten zwingend, sondern auch im Sinne der Rechtssicherheit erforderlich. Eine klare Trennung zwischen den Instituten der Beweisführung bzw.

Beweiswürdigung und der Beweislast ist unabdingbar und darf nicht durch das Instrument der tatsächlichen Vermutung überlagert werden.

Die Arbeit wird im Verlag Mohr Siebeck in der Schriftenreihe *Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht* erscheinen.