

I. Einleitung

A. Problemaufriss

Der Eintritt des Versicherungsfalls ist eine Zäsur im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer (VN). Die Pflicht des Versicherers zur Gewährung von Versicherungsschutz wandelt sich in eine Einstandspflicht.¹ Diese Leistungspflicht setzt voraus, dass der Versicherungsfall tatsächlich eingetreten ist. Ob dieser Nachweis gelungen ist, ist im Prozess oft ebenso umstritten, wie die Frage, welche Vertragspartei welche Voraussetzungen nachweisen muss. Hier zeigt sich ein Interessengegensatz zwischen VN und Versicherer. Der VN hat ein berechtigtes Interesse, im Gegenzug für die von ihm geleistete Prämie für einen tatsächlich eingetretenen Versicherungsfall auch die Versicherungsleistung zu bekommen. Demgegenüber steht das ebenso berechnete Interesse des Versicherers, nicht zu leisten, wenn er nichts schuldet.²

Bei der Abwicklung von Versicherungsfällen und einem allfälligen Prozess stellen sich also häufig eine Reihe beweisrechtlicher Fragen. Dabei können mehrere Ebenen unterschieden werden. Einerseits kann fraglich sein, wem es zum Nachteil gereicht, dass eine anspruchsrelevante Tatsache nicht bewiesen werden kann. Damit ist die Frage der Beweislast angesprochen. Andererseits kann strittig sein, ob der von einer Partei angebotene Beweis „gut genug“ ist, also den von der ZPO geforderten richterlichen Überzeugungsgrad erreicht. Dieses Problem ist eine Frage des Beweismaßes. Schließlich kann strittig sein, welche Tatsachen wie vom Gericht zu würdigen sind.

Die vorliegende Arbeit untersucht Beweisfragen im Versicherungsrecht. Eine solche Abhandlung erscheint für ein spezifisches Sonderprivatrecht³ rechtfertigungsbedürftig.⁴ Schließlich finden sich in der ZPO keine Sonderbestimmungen über Beweisfragen im Versicherungsprozess. Auch im VersVG werden Beweisprobleme nur ganz punktuell angesprochen.⁵ Regeln über die praktisch wichtigsten Fälle, die Beweislastverteilung beim Eintritt des Versicherungsfalls und das Beweismaß, fehlen überhaupt. Sie sind von einer vertragsversicherungsrechtlichen Kodifikation auch gar nicht zu erwarten. Der kritische Leser könnte daher einwenden, dass sich im Versicherungsrecht keine besonderen Beweisfragen stellen⁶ und schlichtweg die allgemeinen Regeln gelten.⁷

1 *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 3.1.

2 *Höpfner*, Versicherungsfall 17f; *J. Prölss* in *Baumgärtel*, Handbuch-Beweislast V § 49 VVG Rz 10; *Schmidt*, Versicherungsfall I; zur primär aufsichtsrechtlichen Frage, ob Versicherungsleistungen auch dann erbracht werden dürfen, obwohl die Leistungspflicht ausgeschlossen oder zumindest strittig ist, vgl *Figl*, ZFR 2021, 19 und 69.

3 Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 4.

4 Vgl etwa die Kritik bei *F. Bydlinski*, System 418f.

5 *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 193; zB § 1a Abs 2 Satz 2, § 158m Abs 2, § 158n Abs 3, § 178d Abs 3, § 178m Abs 2 Satz 2 VersVG.

6 So *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG³¹ Einl Rz 349; ähnliche Bedenken äußernd *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung 240; *Pohlmann* in *E. Lorenz*, Beweislast 55 (59).

7 So *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 193.

Dennoch ist eine Auseinandersetzung mit dem Beweis im Versicherungsrecht lohnend. Das liegt schon daran, dass es – zumindest in der richterlichen Praxis – keine Besonderheit ist, dass für bestimmte Praxisprobleme aus einzelnen Rechtsgebieten spezifische beweisrechtliche Grundprinzipien herausgearbeitet werden.⁸ Man denke nur an die Judikatur zur Arzthaftung.⁹ Für das Versicherungsvertragsrecht ist außerdem zu bedenken, dass AVB die Hauptleistungspflichten der Parteien im Vergleich zu anderen AGB in viel stärkerem Umfang festlegen.¹⁰ Das führt etwa zur Frage, ob die allgemeinen Theorien zur Beweislast einfach ungeprüft übernommen werden können.¹¹

Aufgrund seiner historischen Entwicklung hat das Versicherungsvertragsrecht schließlich eine gewisse Sonderstellung.¹² Das VersVG 1958 geht bekanntlich auf das deutsche VVG 1908 zurück. Trotz aller mittlerweile bestehenden Unterschiede¹³ werden deutsche Literatur und Judikatur in Österreich sowohl von Lehre als auch Rsp nach wie vor gerne herangezogen. Auch in beweisrechtlichen Fragen verweisen sowohl das bisherige österreichische Standardwerk zum Versicherungsrecht¹⁴ als auch der führende österreichische Kommentar¹⁵ zu einem Großteil auf deutsche Fundstellen. Während bis 1994 das öVersVG und das dVVG mehr oder weniger identisch waren,¹⁶ kann jedoch dasselbe über die öZPO und dZPO, die das Beweisverfahren im Zivilprozess regeln, nicht gesagt werden.¹⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht, die tradierten Lehrsätze und Rechtsprechungslinien, die in Österreich in Bezug auf versicherungsrechtliche Beweisfragen entwickelt wurden, einer grundlegenden kritischen Überprüfung zu unterziehen. Eine Auseinandersetzung mit beweisrechtlichen Fragen für das Versicherungsvertragsrecht ist also gerade deswegen gerechtfertigt, weil aufgrund der Genese des VersVG und der juristischen Praxis beweisrelevante Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Privatrecht bestehen.

B. Forschungsstand

In Deutschland wurden Beweisfragen im Versicherungsrecht schon mehrfach im Schrifttum aufgearbeitet. In der Kommentarliteratur werden neben spezifischen Fragen bei den dazu passenden Stellen vor allem allgemeine Beweisfragen in Einführungskapiteln behandelt.¹⁸ Umfassend wird das Thema auch in einem Hand-

8 Vgl etwa jüngst die Arbeit von *Rassi*, Die Beweisverteilung im Bestandrecht passim.

9 Vgl dazu den Überblick bei *Rassi*, RZ 2021, 179 (180f).

10 *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 2.66.

11 *Pohlmann* in *E. Lorenz*, Beweislast 55 (59).

12 Zur Genese des Versicherungsvertragsrechts in Österreich vgl etwa *Fenyves* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG (6. Lfg 2020) Vor § 1 Rz 2ff.

13 Dazu allg *Fenyves*, ZVersWiss 2016, 463; zum Recht der Versicherungsvermittlung nach der IDD *Werber*, VR 2016 H 5, 26; zur Rückabwicklung von Lebensversicherungen *Armbrüster* in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2017 1.

14 *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 193 ff.

15 *Höllwerth* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG (9. Lfg 2022) Vor §§ 49–68a Rz 48 ff; *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG (3. Lfg 2016) Vor §§ 49–68a Rz 54 ff.

16 *Fenyves*, ZVersWiss 2016, 463 (469).

17 Siehe dazu noch unter III.B.2.b)bb) und cc).

18 *Armbrüster* in *Pröls/Martin*, VVG³¹ Einl Rz 349 ff; *Looschelders* in *Langheid/Wandt*, MüKoVVG I² § 1 Rz 151 ff.

buch zum Versicherungsrecht erörtert, das sich vor allem an Praktiker widmet.¹⁹ Die dogmatisch tiefgründigste Auseinandersetzung liefert zweifellos *J. Prölss*²⁰ mit seinem Band zum Versicherungsrecht in der Reihe „Handbuch der Beweislast im Privatrecht“. Aus jüngerer Zeit ist vor allem *Pohlmanns*²¹ Beitrag in einem Tagungsband zum Karlsruher Versicherungsforum zu erwähnen.

Beweisfragen im Versicherungsrecht wurden auch schon in mehreren monographischen Abhandlungen behandelt. Aus der Zwischenkriegszeit sind hier die Werke von *Drefahl*²² und *Wilhelm*²³ zu erwähnen, die sich vor allem mit der Rsp des deutschen Reichsgerichts auseinandersetzen. Auch in jüngerer Zeit wurde das Thema wieder in Dissertationen verarbeitet. Während *Hansen*²⁴ und *Höpfner*²⁵ insofern einen konventionellen Ansatz verfolgen, nähert sich *Schmidt*²⁶ dem Problem aus rechtsvergleichender Sicht.

In Österreich ist das Thema hingegen literarisch noch nicht in mit Deutschland vergleichbarer Weise durchdrungen. Neben den Abschnitten zu Beweisfragen in Lehrbüchern²⁷ und Kommentaren²⁸ finden sich literarische Stellungnahmen in Österreich vor allem zu bestimmten Entscheidungen des OGH²⁹. Eine einschlägige Monografie, die Beweisfragen umfassend für das österreichische Versicherungsrecht behandelt und die dazu einschlägige Lehre und Judikatur analysiert, fehlt demnach. Dies wird mit der vorliegenden Dissertation nachgeholt.

C. Gang der Untersuchung

In einem ersten Schritt sind einige Grundbegriffe des Beweisrechts zu klären. Daran schließt sich der erste große Teil über das Beweismaß an. Dazu wird es aufgrund der vielfachen Rezeption der deutschen Lehre und Rsp in einem ersten Schritt notwendig sein, einen Rechtsvergleich der österreichischen und deutschen Rechtsordnung vorzunehmen. Die durch diesen Rechtsvergleich gewonnenen Erkenntnisse erlauben eine Beurteilung, ob die von der deutschen Rsp entwickelten Beweiserleichterungen für zahlreiche Fallgruppen auch auf die österreichische Rechtslage übertragen werden können. Abschließend soll untersucht werden, inwieweit bestehenden Beweisproblemen zivilprozessual oder materiell-rechtlich begegnet werden kann.

19 *v. Rintelen* in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch³ § 23 Rz 73 ff.

20 *J. Prölss* in *Baumgärtel*, Handbuch-Beweislast V.

21 *E. Lorenz*, Karlsruher Forum 2008: Beweislast.

22 Beweislast und Beweismwürdigung.

23 Versicherungsansprüche.

24 Beweislast und Beweismwürdigung.

25 Versicherungsfall.

26 Versicherungsfall.

27 *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 3.94 ff; *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 193 ff.

28 *Höllwerth* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG (9. Lfg 2022) Vor §§ 49–68a Rz 48 ff; *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG (3. Lfg 2016) Vor §§ 49–68a Rz 54 ff.

29 *Ertl*, *ecolx* 2010, 336; *Ramharter*, *Zak* 2010, 403; *Rassi*, *ÖJZ* 2009, 1021; *Schauer*, *ÖJZ* 2010, 688.

Im zweiten Teil der Abhandlung werden Fragen der Beweislast untersucht. Dazu sollen zunächst die Funktion der Beweislast erörtert und die zu ihr entwickelten theoretischen Modelle vorgestellt werden. Anschließend wird der Versuch unternommen, aus dem geltenden österreichischen Recht eine Beweislastregel abzuleiten. Die Frage der Beweislast im Versicherungsrecht wird sodann umfassend behandelt, wobei dem Eintritt des Versicherungsfalls als praktisch relevantestem Fall besonderes Augenmerk geschenkt wird.

Der dritte Teil der Arbeit widmet sich Fragen der freien Beweiswürdigung. Dabei wird einerseits auf einige in der versicherungsrechtlichen Judikatur anzutreffende Phänomene eingegangen. Außerdem werden Fragen der Bindung an Ergebnisse aus anderen Verfahrensarten behandelt.

In allen drei Teilen werden an den passenden Stellen auch konkrete AVB-Klauseln analysiert und auf ihre Vereinbarkeit mit zwingendem Recht oder den Instrumenten der AVB-Kontrolle überprüft.

II. Relevanz von Beweisfragen

Bevor die Fragen der Beweislast und Beweismaßes sowohl in allgemeiner als auch spezifisch versicherungsrechtlicher Hinsicht näher beleuchtet werden, sollen anhand ausgewählter Beispielfälle einige grundlegende Begriffe und Konzepte des Beweisrechts geklärt werden.

A. Beweismaß

1. Beispielfall

A kehrt aus dem Urlaub zurück und sieht, dass in seine Wohnung eingebrochen wurde. Sein Handtresor ist nicht mehr auffindbar. Die Wohnungstüre weist typische Aufbruchspuren auf; der Fußbodenbelag hat Schäden, die durch das Abtransportieren des Tresors entstanden sein könnten. Eine Videoaufnahme vom Einbruch oder Zeugen gibt es nicht.

2. Begriffsklärung

Nach § 272 Abs 1 ZPO hat das Gericht „nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht“. Das Beweismaß behandelt die Frage, welcher Grad an Überzeugung vom Richter verlangt wird.³⁰ Das Regelbeweismaß ist nach hA³¹ nicht die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, sondern die hohe Wahrscheinlichkeit.

Beweismaß und Beweislast stehen dabei in einer engen Wechselbeziehung.³² Die Beweislast kommt erst dann zum Tragen, wenn ein *non liquet* vorliegt, also der Richter gerade nicht vom Vorliegen einer tatbestandsrelevanten Tatsache überzeugt ist.³³ Je niedriger das Regelbeweismaß, desto seltener kommt es zu einer *non-liquet*-Situation und damit zu einer Beweislastentscheidung.³⁴ Setzt man demgegenüber ein sehr hohes Regelbeweismaß an, tritt ein *non liquet* viel eher ein und der Richter muss die Beweislastregeln anwenden.³⁵

Im Ausgangsfall muss der VN beweisen, dass ein Einbruchsdiebstahl stattgefunden hat (Beweislast). Dabei stellt sich die Frage, welcher Maßstab an den von ihm zu erbringenden Beweis zu stellen ist. Stellte man etwa sehr strenge Anforderungen, könnten die bloßen Einbruchsspuren als bloße Indizien nicht den vom Gesetz ge-

30 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 8.

31 *Klicka*, Beweislastverteilung 33; *Rechberger* in FS Baumgärtel 471 (484); *ders* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 11; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266ff ZPO Rz 12; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO-TK § 266 Rz 8; aA *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 815.

32 *Klicka*, Beweislastverteilung 21f; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266ff ZPO Rz 19.

33 *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 878.

34 *Rechberger* in FS Baumgärtel 471 (487).

35 *Klicka*, Beweislastverteilung 21f; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 817.

forderten richterlichen Überzeugungsgrad erreichen. Ob die Spuren ausreichen oder ob zusätzliche Beweismittel wie etwa eine Videoaufnahme des Diebstahls oder Zeugen erforderlich sind, ist daher eine Frage des Beweismaßes.

B. Beweislast

1. Beispielsfall

A und B kommen beim Absturz eines Segelflugzeuges ums Leben. Beide waren Inhaber eines gültigen Segelflugscheins. Beide Sitzplätze des Segelflugzeugs waren gleich ausgerüstet und hatten auch je einen Steuerknüppel, wobei die Steuerungseinheiten mechanisch miteinander verbunden waren. Es kann nicht festgestellt werden, ob A geplant hatte, das Luftfahrzeug selbst zu lenken oder ob er beabsichtigte, nur mitzufliegen, ohne es selbst steuern zu wollen oder ob es während des Flugs zu einem einvernehmlichen Wechsel beim Steuern des Flugzeugs zwischen B und ihm kommen sollte.

As Sohn klagt den Haftpflichtversicherer des Flugzeughalters. Sein Vater sei Fluggast und damit Versicherter iSd AVB gewesen. Der bekl Versicherer verweigert die Deckung, weil der Vater nicht Fluggast gewesen sei.³⁶

2. Begriffsklärung

Im Beispielsfall liegt eine sogenannte *non-liquet*-Situation vor: Eine entscheidungserhebliche Tatsache, nämlich die Fluggasteigenschaft des Vaters, kann nicht aufgeklärt werden.³⁷

Da das Gericht aber auch in diesem Fall eine Entscheidung fällen muss, also den Anspruch des Klägers bejahen oder verneinen muss, bedarf es einer Regel, die ihm sagt, wie vorzugehen ist (Beweislastregel). Diese Situation wird gemeinhin als Frage der Beweislast verstanden, wobei unter diesem Begriff Verschiedenes gemeint sein kann:

a) Objektive Beweislast

Um zu prüfen, ob überhaupt eine *non-liquet*-Situation vorliegt, muss das Gericht zunächst feststellen, welche Tatsachen feststehen müssen, damit ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt. Diese Pflicht des Gerichts bezeichnen Teile der Lehre als objektive Beweislast (Feststellungslast).³⁸ Nach diesem Verständnis bedeutet objektive Beweislast, dass das Gericht zunächst untersuchen muss, ob die Tatsache „Fluggast“ für die Beurteilung des klägerischen Anspruchs relevant ist oder nicht.

Überwiegend wird der Begriff der objektiven Beweislast jedoch parteibezogen und zwar im Sinne einer Risikozuweisung verstanden.³⁹ Aus der objektiven Beweislast

³⁶ Sachverhalt nach OGH 7 Ob 149/09a *Schauer*, ÖJZ 2010, 688.

³⁷ Statt aller *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 878.

³⁸ *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 879; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 26.

³⁹ *Prütting* in *Rauscher/Krüger*, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 103; *ders*, Gegenwartsprobleme 137; *Rechberger* in FS Mayer 595 (609); *ders* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 26; *Trenker*, Parteidisposition 262: „Risikoallokation“.

ergibt sich, wer das Risiko trägt, dass eine tatbestandsrelevante Tatsache nicht oder nicht ausreichend aufgeklärt werden kann.⁴⁰ Der Begriff der Last wird dabei mitunter kritisiert, weil die objektive Beweislast gerade nicht auf das Verhalten der Parteien abstellt.⁴¹ Da das durch die objektive Beweislast zugewiesene Risiko letztlich auch das Risiko des Prozessverlustes impliziert,⁴² kann man mE insofern dennoch von einer „Last“ sprechen.⁴³

Für den Ausgangsfall könnte daher die Frage der objektiven Beweislast so formuliert werden: Wer den Prozess verliert, wenn die Tatsache „Fluggast“ nicht aufgeklärt werden kann, trägt die objektive Beweislast.

b) Subjektive Beweislast

Von der objektiven Beweislast unterscheidet die hL⁴⁴ die subjektive Beweislast (Beweisführungslast). Darunter versteht man die prozessuale Pflicht einer Partei, durch eigenes Tun den Beweis für die von ihr aufgestellten Behauptungen zu erbringen.⁴⁵ In Österreich ergibt sich diese Verpflichtung aus § 226 Abs 1 und § 239 Abs 1 ZPO, nach denen die Parteien schon in der Klage und der Klagebeantwortung die notwendigen Beweismittel für ihre jeweiligen Behauptungen angeben müssen.⁴⁶

Objektive und subjektive Beweislast beschreiben damit zwei Seiten derselben Medaille.⁴⁷ Die objektive Beweislast beschreibt, wer bei einem *non liquet* das Risiko des Prozessverlusts trägt. Die subjektive Beweislast beschreibt, dass daraus die (faktische) prozessuale Last der Beweisführung folgt. ME ist daher die objektive Beweislast denknotwendige Voraussetzung für die Beurteilung der subjektiven Beweislast. Aufgrund der starken Rolle des Richters tritt die subjektive Beweislast in Österreich freilich ohnehin etwas in den Hintergrund.⁴⁸ Nach § 183 ZPO darf das Gericht nämlich auch von Amts wegen Beweise aufnehmen.⁴⁹

Wer im Ausgangsfall das Risiko trägt, dass die Tatsache „Fluggast“ nicht bewiesen werden kann (objektive Beweislast), muss sich daher faktisch bemühen, den Beweis für die strittige Tatsache zu erbringen (subjektive Beweislast).

40 Höpfner, Versicherungsfall 7; Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I⁵ Kap 9 Rz 10; Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht Vor §§ 266ff ZPO Rz 20.

41 Klicka, Beweislastverteilung 14; Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I⁵ Kap 9 Rz 7; Prütting, Beweislast 34; ders in Rauscher/Krüger, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 103.

42 Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 26.

43 AA Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I⁵ Kap 9 Rz 7, 10 mwN, der den Begriff „Feststellungsast“ vorzieht.

44 Fasching, Zivilprozeßrecht² Rz 880; Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 26 mwN.

45 Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch-Beweislast I⁵ Kap 9 Rz 32.

46 Fasching, Zivilprozeßrecht² Rz 880; Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 24.

47 Schmidt, Versicherungsfall 5 mwN.

48 Klicka, Beweislastverteilung 15 mwN; Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 26.

49 Rassi in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ § 183 ZPO Rz 8.

Ist davon die Rede, dass eine Partei die Beweislast trägt, so kann damit also Verschiedenes gemeint sein. Einerseits beschreibt diese Aussage das Risiko der beweisbelasteten Partei, den Prozess zu verlieren (objektiv). Andererseits die (faktische) Last, Beweise im Prozess anzubieten (subjektiv).

c) Behauptungslast

Während die Beweislast sich auf den Nachweis tatbestandsrelevanter Tatsachen bezieht, beschreibt die Behauptungslast die Notwendigkeit, dass die entscheidungserheblichen Tatsachen durch entsprechende Behauptungen in den Prozess erst eingeführt werden müssen. Die subjektive Seite der Behauptungslast äußert sich in der Verpflichtung in der Klage oder Klagebeantwortung die rechtsbegründenden (Kläger) bzw rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Tatsachen (Beklagter) zu behaupten.⁵⁰ Die objektive Seite der Behauptungslast beschreibt das Risiko, dass sich die behaupteten Tatsachen nicht unter einen Tatbestand subsumieren lassen. Ist dies der Fall, ist das Vorbringen unschlüssig.⁵¹

Im Ausgangsfall muss daher der Kläger in der Klage behaupten, dass sein Vater Fluggast war (subjektive Behauptungslast). Behauptete er demgegenüber, dass sein Vater das Flugzeug gesteuert hätte, ließe sich die von ihm behauptete Tatsache (Vater = Pilot) nicht unter den Tatbestand (Versicherungsfall = Unfall eines Fluggasts, § 1 Abs 1 VersVG) subsumieren und sein Vorbringen wäre daher unschlüssig (objektive Behauptungslast).

C. Beweiswürdigung

1. Beispielfall

A, der eine Störung des Fettstoffwechsels stationär behandeln ließ, macht einen Anspruch aus seiner Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung geltend. Sein Krankenversicherer wendet im Prozess ein, dass die Störung auch ambulant behandelt hätte werden können. As behandelnder Arzt gibt gegenüber dem Krankenversicherer eine Stellungnahme ab, dass ein stationärer Krankenhausaufenthalt aus medizinischer Sicht notwendig gewesen sei.⁵²

2. Begriffsklärung

Das Gericht soll die aufgenommenen Beweise „nach freier Überzeugung“ würdigen (§ 272 Abs 1 ZPO). Der Richter ist dabei an keine gesetzlichen Beweisregeln gebunden, die ihm vorgeben, in welchen Fällen ein Beweis als erbracht anzusehen ist.⁵³ Er beurteilt den Sachverhalt vielmehr nach seiner persönlichen Überzeugung, wobei die Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung zu berücksichtigen

50 *Rechberger in Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 18.

51 *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 876.

52 Sachverhalt nach OLG Hamm 20 U 175/71 VersR 1972, 777.

53 *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 812; vgl auch die ausdrückliche Klarstellung in § 258 Abs 2 Satz 2 StPO: „Über die Frage, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen sei, entscheiden die Richter nicht nach gesetzlichen Beweisregeln [...]“.

sind.⁵⁴ Er kann daher etwa auch einen Zeugen für glaubwürdiger halten als den anderen.⁵⁵

Die freie Beweiswürdigung darf nicht mit dem Beweismaß verwechselt werden. *Dass* der Richter nach seiner persönlichen Überzeugung beurteilt, ob ein Beweis erbracht ist oder nicht, ergibt sich aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung. *Ab wann* er überzeugt ist, ist eine Frage des gesetzlichen Beweismaßes, an das der Richter gebunden ist.⁵⁶

Hält das Gericht die Aussage des Arztes im Ausgangsfall für glaubhaft, kann es den Beweis der medizinischen Notwendigkeit einer stationären Heilbehandlung als erbracht ansehen. Es gibt keine Beweisregel, die dem Gericht vorschreibt, dass in solchen Fällen immer zusätzlich ein Sachverständigengutachten einzuholen ist.⁵⁷

54 *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO-TK § 272 Rz 1.

55 *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 10.

56 *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 272 ZPO Rz 4.

57 *Hansen*, Beweislast und Beweiswürdigung 31f entgegen OLG Hamm 20 U 175/71 VersR 1972, 777.

III. Beweismaß

A. Grundsätze des Beweismaßes

1. Funktion des Beweismaßes

Ob im Einzelfall ein Beweis gelungen ist, steht am Ende der Beweiswürdigung und ist das konkrete Ergebnis richterlicher Beurteilung. *Wann* dieser Beweis gelungen ist, regelt hingegen das Beweismaß.⁵⁸ *Ob* ein Foto, das Einbruchsspuren an einer Wohnungstüre zeigt, echt ist, ist eine Frage der Beweiswürdigung. *Ob* der Nachweis von Aufbruchspuren an der Türe abstrakt für den Nachweis eines Einbruchs ausreicht, ist dagegen eine Frage des Beweismaßes. Oft wird das Beweismaß daher auch mit dem Begriff des richterlichen Überzeugungsgrades beschrieben.⁵⁹ Synonyme sind „Beweiskraft“, „Beweiskriterium“, „Beweisquantum“ oder „Beweisstärke“.⁶⁰ Das Beweismaß hängt eng mit der Beweislast zusammen. Je höher der Grad der gerichtlichen Überzeugung ist, desto eher kommt es zu Beweislastentscheidungen, weil eine *non-liquet*-Situation vorliegt.⁶¹

Im Hinblick auf das Beweismaß stellen sich gleich mehrere Fragen. Zunächst erhebt sich die Frage, *wovon* das Gericht überzeugt sein muss. Damit ist der Bezugspunkt des Beweismaßes angesprochen. Daneben muss geklärt werden, *ab wann* ein Gericht vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist.⁶² Die zweite Frage behandelt also den geforderten Grad der richterlichen Überzeugung. Dazu muss auch geklärt werden, ob dieser Überzeugungsgrad in allen Fällen gleich streng ist oder je nach den anzuwendenden Rechtsnormen variieren kann.

All diese Fragen sind Gegenstand zahlreicher Beweismaßtheorien, die in der Folge kurz vorgestellt werden sollen. An dieser Stelle muss zugleich auch ein Caveat angebracht werden. Wie *Koller*⁶³ zurecht bemerkt, ist die Diskussion über das Beweismaß durch die Verwendung unterschiedlichster Begriffe, denen oft zahlreiche, nicht vereinheitlichte Bedeutungen zugemessen werden, überfrachtet. So liegt auch den beiden „großen“ Schulen der Wahrheitsüberzeugungs- und der Wahrscheinlichkeitsüberzeugung nicht immer derselbe Wahrheits- und Wahrscheinlichkeitsbegriff zugrunde. Soweit im Folgenden daher versucht wird, die wesentlichen Positionen abzustecken, muss die Darstellung angesichts der zahlreichen literarischen Stellungnahmen vergrößern, um die wesentlichen Linien im Blick zu behalten.

58 Statt aller *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 11.

59 *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 266 Rz 4.

60 *Prütting* in *Rauscher/Krüger*, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 28.

61 *Prütting*, Gegenwartsprobleme 66; *Rechberger* in FS Baumgärtel 471 (487).

62 *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch-Beweislast I⁵ Kap 5 Rz 1.

63 Schadensbeweis 92; so auch *Prütting*, Gegenwartsprobleme 63.