

Felix Artner

Scheininstitut Anscheinsbeweis?¹⁾

Der Anscheinsbeweis ist aus der gerichtlichen Praxis nicht mehr wegzudenken.²⁾ So selbstverständlich er heute von den Gerichten angewandt wird, so wenig klar erscheinen seine genauen Voraussetzungen und seine Reichweite, sodass er sogar schon als „veritables Mysterienspiel“³⁾ bezeichnet wurde. Das bietet willkommenen Anlass, einige neue Gedanken zur Diskussion über den Anscheinsbeweis beizutragen. Der vorliegende Beitrag möchte dabei vor allem die Wirkungen des Anscheinsbeweises in den Blick nehmen.

ÖJA 2024/8

- I. Einleitung
- II. Historische Entwicklung
- III. Verhältnis zum Indizienbeweis
- IV. Dogmatische Begründung
- V. Wirkung des Anscheinsbeweises
 - A. Keine Beweislastumkehr
 - B. Beweismaßherabsetzung?
- VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Der Anscheinsbeweis (Prima-facie-Beweis, Beweis des ersten Anscheins, Beweis auf erste Sicht) ist ein Rechtsinstitut, das häufig im Zusammenhang mit Beweiserleichterungen genannt wird.⁴⁾ Er wird hauptsächlich auf den Kausalzusammenhang und das Verschulden angewandt,⁵⁾ ist aber nicht auf diese beiden Tatbestandsmerkmale beschränkt.⁶⁾ Beim Anscheinsbeweis wird mithilfe eines Erfahrungssatzes von einer bewiesenen Tatsache auf eine andere, unbewiesene Tatsache geschlossen.⁷⁾ Diese Verknüpfung bringt die Rsp⁸⁾ damit zum

Dr. Felix Artner ist Rechtsanwaltsanwärter in Wien und war zuletzt Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

¹⁾ Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die leicht adaptierte Fassung eines Kapitels aus der Dissertation des Verfassers (Der Beweis im Versicherungsrecht [2024]).

²⁾ Unter den Stichwörtern „Anscheinsbeweis“ und „Prima-facie-Beweis“ finden sich nicht weniger als 92(!) Rechtssatzketten im RIS.

³⁾ *Oberhammer*, Anmerkung zu OGH 11. 9. 1997, 6 Ob 2100/96h ÖBA 1998, 474 (479f).

⁴⁾ *Brenn in Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/3³ (2015) § 178 ZPO Rz 30.

⁵⁾ *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB³ (2007) § 1296 Rz 4; *Spitzer in Kodek/Oberhammer* (Hrsg), ZPO-ON (2023) Vor §§ 266ff ZPO Rz 18.

⁶⁾ *Kegel*, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in FS Kronstein (1967) 321 (322); *Kodek in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} (2018) § 1296 Rz 5 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); vgl OGH 3 Ob 153/18y (Einfluss der Verfahrensverletzung auf Inhalt des Schiedspruchs); 4 Ob 121/17y (Rechtsverletzung im Urheberrecht); 7 Ob 67/15a (Unfallbegriff im Versicherungsvertragsrecht); 10 Ob 99/02k (Befriedigungsaussichten im Anfechtungsrecht).

⁷⁾ *Spitzer in Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON Vor §§ 266ff ZPO Rz 18.

⁸⁾ RIS-Justiz RS0040274.

Ausdruck, dass es zu einer Verschiebung des Beweisthemas von der tatbestandsmäßig geforderten Tatsache auf eine leichter erweisliche Tatsache, die mit ihr in einem typischen Erfahrungszusammenhang steht, kommt. Der Gegner kann dann den Beweis erbringen, dass im konkreten Fall ein anderer, atypischer Ablauf in Betracht kommt.⁹⁾ Diesfalls ist der Anscheinsbeweis des Hauptbeweismittels in der Diktion der Rsp¹⁰⁾ „erschüttert“. Dafür ist nur ein Gegenbeweis, nicht aber der Beweis des Gegenteils erforderlich.¹¹⁾

Der Anscheinsbeweis soll nur unter gewissen Voraussetzungen statthaft sein. Einerseits sei er nur dann zulässig, wenn die beiden Tatsachen auf eine bestimmte Weise miteinander verknüpft sind.¹²⁾ Die Rsp verlangt, dass eine „typische formelhafte Verknüpfung“,¹³⁾ ein „typischer Erfahrungszusammenhang“¹⁴⁾ oder ein „typischer Geschehensablauf“¹⁵⁾ zwischen beiden Tatsachen vorliegt. Aus diesem Grund soll ein Anscheinsbeweis dort ausscheiden, wo es typischerweise keine Verknüpfung gibt, etwa bei individuellen Willensentscheidungen.¹⁶⁾ Teilweise wird zusätzlich auch verlangt, dass sich der Beweispflichtige in einer typischen Beweisnotstandlage befindet.¹⁷⁾ Ein „bloßer“ Beweisnotstand im Einzelfall soll nicht zur Erhebung eines Anscheinsbeweises berechtigen,¹⁸⁾ weil es um „strukturelle Beweislagen“¹⁹⁾ gehe.

II. Historische Entwicklung

Seinen Ursprung hat der Anscheinsbeweis im Seerecht des 19. Jahrhunderts in Deutschland.²⁰⁾ Fährt ein Schiff entgegen seerechtlichen Bestimmungen einem anderen nicht aus dem Weg und stößt mit diesem zusammen, spricht das prima facie für das Verschulden des Schiffsführers.²¹⁾ Das Preußische Allgemeine Landrecht hatte für solche Fälle eigene Vermutungsregeln aufgestellt, die aber nicht mehr in Geltung standen. Diese Lücke sollte durch den Anscheinsbeweis geschlossen werden.²²⁾ Das erklärt auch, weshalb nach damaligem Verständnis der Beweis des ersten Anscheins zu einer Beweislastumkehr führte. Der beklagten Schifffahrtsgesellschaft oblag also der Beweis des fehlenden Verschuldens ihres Schiffsführers. Das darf allerdings nicht dahin verstanden werden, dass der nunmehr Beweispflichtige den vollen Beweis des Gegenteils zu erbringen hatte.²³⁾ Außerdem könnte es möglicherweise er-

⁹⁾ Spitzer in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON Vor §§ 266ff ZPO Rz 18.

¹⁰⁾ OGH 2 Ob 114/68.

¹¹⁾ Koller, Der Anscheinsbeweis im Bauprozess, in FS 40 Jahre ÖGEBAU (2019) 241 (243).

¹²⁾ Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ (2017) Vor § 266 ZPO Rz 56.

¹³⁾ RIS-Justiz RS0040287.

¹⁴⁾ RIS-Justiz RS0040274.

¹⁵⁾ RIS-Justiz RS0040266.

¹⁶⁾ RIS-Justiz RS0040288; s etwa OGH 1 Ob 502/84: kein Anscheinsbeweis bei Abhandenkommen eines Schmuckstücks mangels typischen Geschehensablaufs; differenzierend Koller, Anmerkung zu OGH 30. 3. 2009, 7 Ob 289/08 p, ÖJZ 2009, 673 (675); ders, Beweisfragen bei kapitalmarktrechtlichen Prozessen in Österreich, ZZP 133 (2020) 421 (447); Oberhammer, ÖBA 1998, 474 (480).

¹⁷⁾ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1296 Rz 4c.

¹⁸⁾ OGH 2 Ob 131/03h.

¹⁹⁾ OGH 1 Ob 110/02m.

²⁰⁾ Drefahl, Die Beweislast und die Beweiswürdigung im Versicherungsrecht (1939) 59; Greger, Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, VersR 1980, 1091 (1097).

²¹⁾ RG I 137/88 RGZ 21, 104, 110.

²²⁾ Drefahl, Beweislast und Beweiswürdigung 59; Greger, VersR 1980, 1091 (1098).

²³⁾ Drefahl, Beweislast und Beweiswürdigung 59 FN 229; Greger, VersR 1980, 1091 (1098).

klären, warum die Beurteilung der Zulässigkeit eines Anscheinsbeweises noch heute als reversible Rechtsfrage angesehen wird.²⁴⁾

In den 1930er-Jahren stellte das deutsche RG²⁵⁾ klar, dass der Anscheinsbeweis keine Frage der Beweislastverteilung sei, sondern der freien richterlichen Beweiswürdigung zuzuordnen sei. Zudem wurde der Anscheinsbeweis auf typische Geschehensabläufe eingeschränkt.²⁶⁾ Der genaue Beweggrund hinter dieser Einschränkung, die sich zuvor in der Rsp nicht abgezeichnet hatte und vom RG auch nicht näher begründet wurde,²⁷⁾ kann im Nachhinein nicht vollumfänglich aufgeklärt werden. Drei Aspekte, die möglicherweise für das RG eine Rolle gespielt haben, sollen hier kurz thematisiert werden.

Zunächst ist die vom RG vorgenommene Einschränkung vor dem Hintergrund der Diskussion zu sehen, ob der erkennende Richter von der Wahrheit überzeugt sein muss oder sich mit einer Wahrscheinlichkeit begnügen darf.²⁸⁾ Bereits 1885 hatte das RG²⁹⁾ in Bezug auf das Regelbeweismaß festgehalten, dass „im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit [. . .] als die Überzeugung von der Wahrheit gilt“. Der Richter musste sich also grundsätzlich gewiss sein, aber „die Unsicherheit bei der Tatsachenfeststellung, die jeder menschlichen Erkenntnis gesetzt ist“,³⁰⁾ schadete nicht. Mit der Formel der „hohen Wahrscheinlichkeit“ wollte das RG also zum Ausdruck bringen, dass der Richter auch auf Basis einer Wahrscheinlichkeitsbewertung überzeugt sein kann.³¹⁾ Demgegenüber stand das RG³²⁾ einer „bloßen“ Wahrscheinlichkeitsüberzeugung im Einzelfall, die nicht dem oben beschriebenen Beweismaß entspricht, skeptisch gegenüber. Die Einschränkung auf typische Geschehensabläufe liegt möglicherweise darin, dass auch dem Anscheinsbeweis ein Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde liegt.³³⁾ Die besondere Beweisstärke des Erfahrungssatzes sollte also gewissermaßen als Ausgleich dienen, um dem Richter dennoch eine so hohe Wahrscheinlichkeit zu vermitteln, dass er vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt sein konnte.³⁴⁾ Das RG wollte also möglicherweise eine Unterscheidung zwischen an sich unzulässigen Wahrscheinlichkeitsbeweisen einerseits und ausnahmsweise, aufgrund eines typischen Geschehensablaufs zulässigen Anscheinsbeweisen andererseits treffen.³⁵⁾ Ursprünglich war der Anscheinsbeweis also wohl als Beweiserleichterung konzipiert.³⁶⁾ Das dürfte auch der Grund dafür sein, dass häufig von der „Zulässigkeit“ eines Anscheinsbeweises die Rede ist. Liegt kein typischer Ge-

²⁴⁾ Für Österreich: RIS-Justiz RS0022624; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 16f; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1296 Rz 6; aA *Rechberger in Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 68; für Deutschland: *Prütting in Rauscher/Krüger* (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung I⁶ (2020) § 286 Rz 68.

²⁵⁾ IX 327/31 RGZ 134, 237, 241 f.

²⁶⁾ RG IX 227/30 RGZ 130, 357, 359; Ansätze dafür findet man schon in RG I 83/25 RGZ 112, 229, 231.

²⁷⁾ *Greger*, VersR 1980, 1091 (1098).

²⁸⁾ Zu Judikatur des RG in dieser Frage vgl *Walter*, Freie Beweiswürdigung (1979) 88 ff.

²⁹⁾ I 408/84 RGZ 15, 338, 339.

³⁰⁾ *Drefahl*, Beweislast und Beweiswürdigung 57.

³¹⁾ *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses⁵ (1994) Rz 67.

³²⁾ IX 227/30 RGZ 130, 357, 359.

³³⁾ *Drefahl*, Beweislast und Beweiswürdigung 60.

³⁴⁾ Vgl RG IX 327/31 RGZ 134, 237, 242: Der Schluss muss „den Ausdruck der tatrichterlichen Überzeugung darstellen“.

³⁵⁾ *Drefahl*, Beweislast und Beweiswürdigung 60; ähnl *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung⁵ Rz 381.

³⁶⁾ *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess (1975) 121 FN 405; ihm folgend *Walter*, Freie Beweiswürdigung 206.

schehensablauf vor, ist der Anscheinsbeweis nicht bloß nicht erbracht, sondern schon gar nicht zulässig. Daher ist die Frage, ob ein bestimmter Erfahrungssatz besteht, auch eine Rechtsfrage und nicht eine solche der unanfechtbaren Beweiswürdigung.³⁷⁾

Der zweite Aspekt bezieht sich auf das Verhältnis von Anscheinsbeweis und freier Beweiswürdigung. Mit der gesetzgeberischen Entscheidung für das Prinzip der freien Beweiswürdigung wurden die alten Beweisregeln des gemeinen Prozesses obsolet. Es soll aber nicht verhehlt werden, dass diese Beweisregeln durchaus zu Rechtssicherheit führten, weil sie die Ergebnisse des Beweisverfahrens vorhersehbarer machten.³⁸⁾ Sie wurden auch nicht als Ausfluss von Willkür angesehen, weil ihnen Einsichten der allgemeinen Lebenserfahrung zugrunde lagen.³⁹⁾ Es ist nicht abwegig, dass eine Aussage, die übereinstimmend „aus zweier Zeugen Mund“ kundgetan wird, typischerweise auch stimmt. Hier zeigt sich eine erste Parallele zum Anscheinsbeweis, der ja ebenso auf Erfahrungswerten der allgemeinen Lebenserfahrung beruht. Insofern nimmt es nicht wunder, dass der Anscheinsbeweis vom RG gerade deswegen aufgestellt wurde, weil eine Beweisregel des nicht mehr in Geltung stehenden ALR nicht mehr angewendet werden konnte.⁴⁰⁾ Der Anscheinsbeweis trat in diesem Fall vielmehr an die Stelle einer vormaligen Beweisregel. Die Einschränkung auf typische Geschehensabläufe könnte also darin begründet sein, dass das RG den Tatsachengerichten eine Art Handlungsanleitung auf den Weg geben wollte, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen der freien Beweiswürdigung eine Tatsache jedenfalls als erwiesen angenommen werden konnte.⁴¹⁾ Die Formulierung des RG⁴²⁾ ist durchaus drastisch, spricht es doch davon, dass „der Tatrichter unter Umständen genötigt [sic!] sein“ kann, einen bestimmten Schluss aufgrund eines Anscheinsbeweises zu ziehen. In dieselbe Kerbe schlägt der OGH, wenn er in einem Rechtssatz davon spricht, dass beim Anscheinsbeweis „die freie Beweiswürdigung den Tatrichter dazu führen [muss] [sic!]“, eine bestimmte Tatsache als erwiesen anzusehen.⁴³⁾ Das wirkt auf den ersten Blick wie ein Widerspruch,⁴⁴⁾ soll doch die freie Beweiswürdigung das Gericht gerade nicht verpflichten oder binden, zu einem bestimmten Ergebnis zu gelangen.⁴⁵⁾ Im Gegensatz zu den Beweisregeln des alten gemeinen Rechts können im Rahmen eines Anscheinsbeweises die individuellen Umstände des Falls freilich trotzdem noch ausreichend Berücksichtigung finden. Der Gegner kann nämlich den Erschütterungsbeweis führen, indem er beweist, dass in casu ein atypischer Geschehensablauf in Betracht kommt.⁴⁶⁾

³⁷⁾ RIS-Justiz RS0022624; aA *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 68.

³⁸⁾ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ § 272 ZPO Rz 2; *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung⁵ Rz 145.

³⁹⁾ *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 272 ZPO Rz 2.

⁴⁰⁾ *Greger*, VersR 1980, 1091 (1097f).

⁴¹⁾ *Kollhoser*, Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165 (1965) 46 (50); noch deutlicher *Greger*, Ein Zeuge ist kein Zeuge – Zum Beweiswert des Beifahrers, NZV 1988, 13 (13): „selbsterrichtete Schranke der gewonnenen Freiheit“.

⁴²⁾ IX 327/31 RGZ 134, 237, 242; ähnl schon RG IX 277/30 RGZ 130, 357, 359; Rechtsgrundsätze, „die der Tatrichter [. . .] einhalten muß, will er nicht der Revision einen Anhalt geben“.

⁴³⁾ RIS-Justiz RS0022664.

⁴⁴⁾ So etwa *Geipel*, Der Anscheinsbeweis unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsrechts, NZV 2015, 1 (2).

⁴⁵⁾ In der Tat war dies auch der Grund, warum der OGH den Anscheinsbeweis zunächst ablehnte: OGH 3 Ob 553/56 EvBl 1957/24; ebenso krit *Diederichsen*, Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, ZZP 81 (1968) 45 (63).

⁴⁶⁾ RIS-Justiz RS0022624.

Ein dritter Aspekt betrifft die Frage der Überprüfbarkeit. Die Einschränkung auf typische Geschehensabläufe führt nicht nur deswegen zur besseren Vorhersehbarkeit, weil damit – wie soeben erörtert – eine „sanfte“ Beweisregel einhergeht. Ob ein Anscheinsbeweis zulässig ist, soll eine reversible Rechtsfrage sein. Können der OGH und der BGH also über die Zulässigkeit von Anscheinsbeweisen absprechen,⁴⁷⁾ nehmen sie damit auch ihre höchstgerichtliche Funktion wahr, für die Rechtseinheit zu sorgen. Auch das führt zu einer vorhersehbareren Rsp und damit zu mehr Rechtssicherheit. *Kollhosser*⁴⁸⁾ bezeichnet den Anscheinsbeweis daher auch als „*Rest der legalen Beweistheorie*“.

Führt man sich die historische Entwicklung des Anscheinsbeweises vor Augen, so wird unweigerlich deutlich, warum er zu den „*schillernden Erscheinungen zwischen Beweislastnorm und Beweiswürdigung*“⁴⁹⁾ zählt und sogar als „*Unruhestifter im Bereich des Beweisrechts*“⁵⁰⁾ titulierte wurde. In der Folge gilt es die Grundsätze des Anscheinsbeweises auf ihre Vereinbarkeit mit den heutigen Erkenntnissen der Beweismaßlehre zu überprüfen.

III. Verhältnis zum Indizienbeweis

Zunächst soll aber eine Abgrenzung zu einem anderen Rechtsinstitut vorgenommen werden – dem Indizienbeweis. Dieser mittelbare Beweis wird teilweise von der Rsp⁵¹⁾ und *Schauer*⁵²⁾ als Beweiserleichterung eingeordnet. Im Gegensatz zum unmittelbaren Beweis wird dabei von bewiesenen, tatbestandsfremden Tatsachen auf andere, nicht unmittelbar beweisbare tatbestandsrelevante Tatsachen geschlossen.⁵³⁾ Das Verhältnis von Anscheins- und Indizienbeweis ist umstritten, wobei sich im Wesentlichen zwei Positionen zu dieser Frage ausmachen lassen.

Nach einer Ansicht⁵⁴⁾ ist der Anscheinsbeweis vom Indizienbeweis zu unterscheiden. Dies leuchtet unmittelbar ein, wenn man den Anscheinsbeweis im Gegensatz zum Indizienbeweis als echte Beweiserleichterung in Gestalt einer Beweismaßherabsetzung qualifiziert.⁵⁵⁾ So betont etwa der BGH,⁵⁶⁾ dass für einen Anscheinsbeweis kein Raum bleibt, wenn „*so eindeutige Todesumstände gegeben [sind], etwa das Erhängen ohne Fremdeinwirkung oder Harakiri, daß der Schluß von diesen Todesumständen auf einen Freitod naheliegend oder gar zwingend ist*“. Bei Suiziden bestehen aber gerade keine typischen Geschehensabläufe, sodass der Anscheinsbeweis schon mangels Typizität ausscheidet. Er ist auch gar nicht erforderlich, weil hier das Gericht auf Basis eines Indizienbeweises zur vollen richterlichen Überzeugung einer Selbsttötung gelangen kann.

⁴⁷⁾ Krit dazu *Kollhosser*, AcP 165 (1965) 46 (51 ff).

⁴⁸⁾ AcP 165 (1965) 46 (58).

⁴⁹⁾ *Rabel*, Umstellung der Beweislast, insbesondere der prima facie Beweis, RheinZ 12 (1922/23) 428 (442).

⁵⁰⁾ *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß (1985) 11.

⁵¹⁾ OGH 9 ObA 177/07f DRdA 2010/11 (*Eichinger*) = ZAS 2009/29 (*Klicka*); RIS-Justiz RS0123960.

⁵²⁾ In *Fenyves/Schauer* (Hrsg), VersVG (3. Lfg 2016) Vor §§ 49–68a Rz 59; *ders* in *Honsell* (Hrsg), Berliner Kommentar zum VVG (1998) Vor §§ 49–68a Rz 71; *ders*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 194.

⁵³⁾ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 55.

⁵⁴⁾ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 36; *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg), Handbuch der Beweislast I⁵ (2023) Kap 17 Rz 3; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 56 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1296 ABGB Rz 9; vgl auch OGH 7 Ob 237/01f; 5 Ob 133/92; 2 Ob 41/90; 1 Ob 502/84: „*streng zu trennen*“.

⁵⁵⁾ So zB *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 59.

⁵⁶⁾ BGH IVa ZR 205/85 VersR 1987, 503.

Aber selbst manche Vertreter, die im Anscheinsbeweis keine Beweismaßminderung erblicken, sehen Unterschiede zum Indizienbeweis. Beim Anscheinsbeweis werde unter Anwendung eines Erfahrungssatzes auf die nicht direkt beweisbare Tatsache geschlossen, während beim Indizienbeweis nur eine Vielzahl von Erfahrungssätzen einen solchen Schluss zulasse.⁵⁷⁾ Während der Richter beim Indizienbeweis seine persönliche Lebenserfahrung nutze, wende er beim Anscheinsbeweis Erfahrungsgrundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung an.⁵⁸⁾ Der Indizienbeweis stelle auf die individuellen Umstände des Sachverhalts ab,⁵⁹⁾ während beim Anscheinsbeweis auf einen allgemeinen, typisierenden Geschehensablauf zurückgegriffen werde.⁶⁰⁾

Andere Stimmen leugnen entweder überhaupt einen Unterschied zwischen Anscheins- und Indizienbeweis⁶¹⁾ oder qualifizieren den Anscheinsbeweis zumindest als Unterfall des Indizienbeweises.⁶²⁾ Erfahrungssätze, wie sie beim Indizienbeweis zur Anwendung kommen, und Erfahrungsgrundsätze, wie sie dem Anscheinsbeweis zugrunde liegen, könnten nicht voneinander abgegrenzt werden.⁶³⁾ Musielak⁶⁴⁾ hebt hervor, dass die Rsp teilweise auch Erfahrungssätze angewendet habe, die sich nicht auf einen typischen Geschehensablauf bezögen, sondern auf den Einzelfall.⁶⁵⁾ Die Abgrenzung zwischen der Heranziehung bloß eines Erfahrungssatzes (Anscheinsbeweis) und mehrerer Erfahrungssätze (Indizienbeweis) sei daher formalistisch.⁶⁶⁾

IV. Dogmatische Begründung

Die dogmatische Herleitung des Anscheinsbeweises ist ebenfalls höchst umstritten. Nach der hA⁶⁷⁾ und der deutschen Rsp⁶⁸⁾ ist der Anscheinsbeweis Ausfluss des Prinzips der freien richterlichen Beweiswürdigung. Das überzeugt vor allem dann, wenn man ihn nicht als Be-

⁵⁷⁾ Foerste in Musielak/Voit (Hrsg), ZPO²⁰ (2023) § 286 Rz 25.

⁵⁸⁾ Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 58.

⁵⁹⁾ E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung⁵ Rz 376.

⁶⁰⁾ Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch Beweislast I⁵ Kap 18 Rz 19.

⁶¹⁾ Thole in Bork/Roth (Hrsg), Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung IV²³ (2018) § 286 Rz 214.

⁶²⁾ Prütting in Rauscher/Krüger, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 50; Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast (1989) 175; Wassermeyer, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen (1954) 25 f.

⁶³⁾ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht¹⁸ (2018) § 114 Rz 18.

⁶⁴⁾ Beweislast 131.

⁶⁵⁾ Vgl auch die Übersicht zu schwachen Erfahrungssätzen (Vorurteilen) bei Prütting in Rauscher/Krüger, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 64 f.

⁶⁶⁾ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht¹⁸ § 114 Rz 18; krit auch Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß (2015) 174; so aber Foerste in Musielak/Voit, ZPO²⁰ § 286 Rz 25; Prütting in Rauscher/Krüger, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 66.

⁶⁷⁾ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 4; Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch Beweislast I⁵ Kap 17 Rz 9; Musielak, Beweislast 130; Prütting in Rauscher/Krüger, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 50; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht¹⁸ § 114 Rz 16; Rümelin, Rezension zu „Der Prima-facie-Beweis, insbesondere bei Schadensersatzansprüchen (Menno Smid) und „Der Prima-facie-Beweis in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung“ (Gerhard Höfer), AcP 126 (1926) 248 (252).

⁶⁸⁾ Erstmals RG IX 327/31 RGZ 134, 237, 241 f; ausdrücklich BGH X ZR 119/94 NJW 1998, 79.

weiserleichterung ist einer Beweismaßherabsetzung begreift. Andere Autoren⁶⁹⁾ begründen den Anscheinsbeweis hingegen mit materiell-rechtlichen Erwägungen, etwa mit der „Eigenart der materiell-rechtlichen Tatbestandsmerkmale“⁷⁰⁾ des Schadenersatzrechts. Hinter der Entscheidung, vom Anspruchsteller nicht den vollen Beweis zu verlangen, stehe eine materiell-rechtliche Gerechtigkeitserwägung.⁷¹⁾ Nur das materielle Recht könne eine Haftung für bloß potentielle Kausalität oder für schuldloses Verhalten anordnen.⁷²⁾ Teilweise wird daher eine Einschränkung auf die Fälle der Kausalität und des Verschuldens angenommen.⁷³⁾ Als dritte Begründung wird auch eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung aufgrund langjähriger Übung in der Rsp genannt.⁷⁴⁾

V. Wirkung des Anscheinsbeweises

Nachdem die Grundlagen des Anscheinsbeweises erörtert wurden, stellt sich die Frage, worin die Wirkung des Anscheinsbeweises besteht. Diese Frage muss thematisiert werden, weil die Notwendigkeit einer eigenständigen Begründung für das Rechtsinstitut des Anscheinsbeweises davon abhängt. Führt der Anscheinsbeweis zu einer Beweislastumkehr oder einer Beweismaßherabsetzung, muss dafür eine dogmatische Grundlage gefunden werden. Ist der Anscheinsbeweis hingegen nur eine von vielen Möglichkeiten, wie ein „normaler“ Vollbeweis geführt werden kann, muss er auch nicht eigens begründet werden.

A. Keine Beweislastumkehr

Zunächst könnte die Wirkung des Anscheinsbeweises in einer Umkehr der gesetzlichen Beweislast bestehen. In seiner älteren Judikatur hielt der OGH⁷⁵⁾ recht apodiktisch fest, dass „[d]em österreichischen Prozeßrechte [. . .] die prima-facie-Beweisregel fremd“ sei. Einerseits bestünden nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung keine Beweisregeln, andererseits dürfe die gesetzliche Beweislastverteilung nicht durch die Beweisergebnisse verschoben werden. Der OGH befürchtete also, durch die Gewährung eines Anscheinsbeweises eine Beweislastumkehr herbeizuführen.⁷⁶⁾

⁶⁹⁾ Diederichsen, ZZZ 81 (1968) 45 (64f); ders, Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, 211 (218); Foerste in Musielak/Voit, ZPO²⁰ § 286 Rz 24; Greger, VersR 1980, 1091 (1102); Leipold, Beweismaß und Beweislast 15f; ihm folgend Rechberger, Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßreduktion, in FS Baumgärtel (1990) 471 (486); ders in Fasching/Konecny, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 59; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 828; dagegen Thole in Stein/Jonas, ZPO IV²³ § 286 Rz 222f.

⁷⁰⁾ Leipold, Beweismaß und Beweislast 16.

⁷¹⁾ Diederichsen, VersR 1966, 211 (218).

⁷²⁾ Greger, VersR 1980, 1091 (1102). Eine Haftung für potentielle Kausalität sieht etwa § 1302 Satz 2 ABGB vor: Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,08} § 1302 Rz 16(Stand 1. 1. 2023, rdb.at).

⁷³⁾ Foerste in Musielak/Voit, ZPO²⁰ § 286 Rz 24; Leipold, Beweismaß und Beweislast 15f.

⁷⁴⁾ Geipel, NZV 2015, 1 (2); Greger in Zöller (Hrsg), ZPO³⁴ (2022) Vor § 284 Rz 29; Kollhoser, AcP 165 (1965) 46 (55ff); Spitzer in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON Vor §§ 266ff ZPO Rz 18; Thole in Stein/Jonas, ZPO IV²³ § 286 Rz 214; Wassermeyer, prima facie Beweis 22; auf die Fälle abseits von Kausalität und Verschulden einschränkend Foerste in Musielak/Voit, ZPO²⁰ § 286 Rz 24; differenzierend Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch Beweislast I³ Kap 17 Rz 8, nach dem der Anscheinsbeweis keine Beweismaßherabsetzung begründe, eine solche aber aus dem Gewohnheitsrecht abgeleitet werden könne.

⁷⁵⁾ 3 Ob 553/56 EvBl 1957/24; so auch OGH 7 Ob 203/69.

⁷⁶⁾ In diese Richtung geht auch Rechberger, Der Anscheinsbeweis in der österreichischen Judikatur, ÖJZ 1972, 425 (432).

Der historische Abriss hat gezeigt, dass bis in die 1930er-Jahre der Anscheinsbeweis tatsächlich mit einer Beweislastumkehr verbunden war. Die Kritik *Rechbergers*,⁷⁷⁾ dass die ältere Rsp der 1950er-Jahren unrichtigerweise die Wirkung des Anscheinsbeweises in einer Beweislastumkehr sehe, ist mE daher unberechtigt, kommt dieses Rechtsinstitut doch tatsächlich „aus der Ecke“ der Beweislast. Bei genauerer Betrachtung muss zudem konstatiert werden, dass der OGH in einer der von *Rechberger* zitierten Entscheidungen⁷⁸⁾ auch gar keine Beweislastumkehr angenommen hat.⁷⁹⁾ Die Auffassung des OGH entspricht vielmehr dem „modernen“ Verständnis des Anscheinsbeweises: Sieht das Gericht aufgrund von Erfahrungssätzen den einer Partei obliegenden Beweis als erbracht an, muss die andere Partei „durch Gegenbeweise einen anderen Ablauf der Geschehnisse“ dartun. Selbst wenn der OGH noch 1986 ausdrücklich von einer „Umkehr der Beweislast“ spricht, fordert er vom Gegner nur den „Nachweis einer anderen ebenso wahrscheinlichen [sic!] Möglichkeit“.⁸⁰⁾ Damit verlangt der OGH gerade nicht den Beweis des Gegenteils, sondern nur den Gegenbeweis. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Anscheinsbeweis nicht zu einer Beweislastumkehr führt.⁸¹⁾

B. Beweismaßherabsetzung?

In der Lehre ist weiters umstritten, ob der Anscheinsbeweis mit einer Beweismaßherabsetzung verbunden ist oder nicht.⁸²⁾ Während die deutsche Lehre⁸³⁾ wohl überwiegend verlangt, dass der Anscheinsbeweis zur vollen Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit führen muss, spricht sich die hA⁸⁴⁾ in Österreich, namentlich vor allem *Rech-*

⁷⁷⁾ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 56.

⁷⁸⁾ OGH 2 Ob 695/55.

⁷⁹⁾ AA *Rechberger*, ÖJZ 1972, 425 (430 f).

⁸⁰⁾ OGH 7 Ob 646/86; insofern irreführend RIS-Justiz RS0022624: „Frage der Beweislast“.

⁸¹⁾ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 56; *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18.

⁸²⁾ *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995) 26 f FN 42.

⁸³⁾ *Armbrüster* in *Prölss/Martin* (Begr), VVG³¹ (2021) Einl Rz 376; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung (1979) 202; *Greger*, VersR 1980, 1091 (1102); *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch Beweislast I³ Kap 17 Rz 8; *Prütting* in *Rauscher/Krüger*, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 52 f; *ders*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983) 109 f; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁸ § 114 Rz 16; *Schauer* in *Honsell*, BKVVG Vor §§ 49–68 a Rz 72; *Schmidt*, Der Beweis des Versicherungsfalls im deutschen, U.S.-amerikanischen und englischen Recht (2011) 123 FN 189; *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung⁵ Rz 378; *Thole* in *Stein/Jonas*, ZPO IV²³ § 286 Rz 222; ebenso *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 185, der freilich davon ausgeht, dass das Regelbeweismaß in Zivilsachen die überwiegende Wahrscheinlichkeit sei; aA *Diederichsen*, VersR 1966, 211 (213); *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO²⁰ § 286 Rz 24 f; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast 12 f; *Musielak*, Beweislast 123; *J. Prölss*, Versicherungsrecht, in *Baumgärtel* (Hrsg), Handbuch der Beweislast im Privatrecht V (1993) § 49 VVG Rz 13; *Walter*, Freie Beweiswürdigung 183; differenzierend *Kollhoser* in *Prölss/Martin*, VVG²⁷ (2004) § 49 Rz 38, 42; *ders*, Rezension zu „Schadenszurechnung und Schadensschätzung“ (Peter Gottwald) und „Freie Beweiswürdigung“ (Gerhard Walter), ZZZP 96 (1983) 270 (277); *Rommé*, Anscheinsbeweis 132.

⁸⁴⁾ *Ertl*, Versicherungsfall und Beweisnotstand – Zur E 7 Ob 81/09a, ecolex 2010, 336 (337); *Fenyves*, Angehörigenklausel im Interessenwiderstreit, VR 1976, 353 (376); *Höllwerth* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG (9. Lfg 2021) Vor §§ 49–68 a Rz 50; *Kletečka*, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil II), bauaktuell 2017, 44 (49); *Perner*, Privatversicherungsrecht (2021) Rz 3.98; *Rassi*, Die Nähe zum Beweis, ÖJZ 2017, 297 (297); *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 828; *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG (3. Lfg 2016) Vor §§ 49–68 a Rz 59; *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18; aA *Bumberger*, Anmerkung zu OGH 5. 5. 1998, 4 Ob 23/98 f, JBl 1999, 246; den Meinungsstand referierend *Klicka*, Beweislastverteilung 26 f FN 42.

berger,⁸⁵⁾ dafür aus, den Anscheinsbeweis als Beweiserleichterung zu sehen.⁸⁶⁾ In der deutschen Rsp⁸⁷⁾ finden sich Belege für beide Ansichten, wohingegen die österr. Judikatur⁸⁸⁾ im Anscheinsbeweis eher eine Beweismaßreduktion zu erblicken scheint.

In manchen Fällen bietet der Anscheinsbeweis dem Beweispflichtigen eindeutig keinen Vorteil gegenüber einem „normalen Vollbeweis“ und wirkt daher deplatziert. So stellte das ErstG in 2 Ob 695/55 etwa fest, dass als Ursache „nur [sic!] in Frage [kommt], daß der Erstklagte [. . .] versehentlich den Schalthebel berührt und dadurch auf Leergang geschaltet hat, und daß beim Zuschlagen der Wagentür die unzuverlässige Bremse sich gelöst hat“. Wenn ein Sachverhalt feststeht, der nur eine Ursache übriglässt(!), drängt sich aber unweigerlich die Frage auf, warum das Gericht die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises für die Beurteilung des Kausalzusammenhangs heranziehen musste.⁸⁹⁾ Rechberger⁹⁰⁾ weist zu Recht darauf hin, dass in casu wohl der strenge Vollbeweis der Kausalität gelungen war.⁹¹⁾

Abseits solcher Ausreißer-Entscheidungen bleibt aber tatsächlich fraglich, welchen Mehrwert der Beweispflichtige durch den Anscheinsbeweis eigentlich hat. Klar ist, dass eine echte Beweiserleichterung jedenfalls unter dem Regelbeweismaß ansetzen müsste, sofern man der Theorie des fixen Regelbeweismaßes folgt.⁹²⁾ Nach hA⁹³⁾ steht im Vorfeld jedes Zivilprozesses fest, ab wann das Gericht eine Tatsache für wahr zu halten hat.⁹⁴⁾ Allerdings hat die Rsp über die Jahre das sich selbst gesetzte Regelbeweismaß kontinuierlich auf die hohe Wahrscheinlichkeit abgesenkt.⁹⁵⁾ Koller hat in einer umfassenden Analyse der Judikatur zum Kausalitätszusammenhang gezeigt, dass korrespondierend zu dieser Absenkung des Regelbeweismaßes auch die Voraussetzungen für Beweiserleichterungen gelockert wurden. Wurde anfangs die „sehr hohe Wahrscheinlichkeit“⁹⁶⁾ als Beweiserleichterung angesehen, wurde in einem nächsten Schritt schon die „hohe Wahrscheinlichkeit“⁹⁷⁾ als ausreichend erachtet.⁹⁸⁾ In jüngerer Zeit ist die Rsp⁹⁹⁾ sogar dazu übergegangen, für den Kausalzusammenhang nur die

⁸⁵⁾ Rechberger in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 59; ders in FS Baumgärtel 471 (485f); ders, ÖJZ 1972, 425 (425).

⁸⁶⁾ Vgl auch die Nachw bei Koller in FS 40 Jahre ÖGEBAU 241 (246 FN 36).

⁸⁷⁾ Gegen die Einordnung als Beweiserleichterung etwa BGH X ZR 119/94 NJW 1998, 79; aA BGH IVa ZR 205/85 VersR 1987, 503.

⁸⁸⁾ Ausdrücklich OGH 9 Ob 26/14k; ebenso OGH 4 Ob 176/19i ZVR 2020/210 (krit. Ch. Huber): überwiegende Wahrscheinlichkeit; 7 Ob 225/07 m: deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit; OGH 1 Ob 110/02 m; weitere Nachw bei Koller in FS 40 Jahre ÖGEBAU 241 (246 FN 35, 37).

⁸⁹⁾ Vgl auch den von der Beweislage her ganz ähnlich gelagerten „Tampon-Fall“ des BGH VI ZR 199/55 NJW 1956, 1638.

⁹⁰⁾ ÖJZ 1972, 431.

⁹¹⁾ Das müsste man mE auch dann so sehen, wenn man den Fall nach dem damaligen Verständnis des Regelbeweismaßes (Gewissheit oder an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit) beurteilt.

⁹²⁾ Koller, Schadensbeweis und Schadensschätzung (unveröff. Habilitationsschrift, 2018) 110.

⁹³⁾ Laumen in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch Beweislast I⁵ Kap 5 Rz 3 mwN auch zur Gegenansicht; Rechberger in *Fasching/Konecny*, ZPG III/13 Vor § 266 ZPO Rz 12.

⁹⁴⁾ Dagegen mit guten Gründen Koller, Schadensbeweis 90ff, der für ein normbezogen-teleologisches Beweismaß eintritt, das sich durch Auslegung der im materiellen Recht enthaltenen Zwecksetzungen, Wertungen und Interessenabwägungen ergibt.

⁹⁵⁾ So auch Koller, Schadensbeweis 98.

⁹⁶⁾ OGH 2 Ob 75/56; RIS-Justiz RS0022825.

⁹⁷⁾ OGH 2 Ob 590/91.

⁹⁸⁾ Koller, Schadensbeweis 98f mit zahlreichen weiteren Nachw.

⁹⁹⁾ OGH 6 Ob 39/17 d; 2 Ob 36/15 f; RIS-Justiz RS0022900; für den Nachw des Versicherungsfalls in der Sachversicherung OGH 7 Ob 183/11 d.

überwiegende Wahrscheinlichkeit zu verlangen. Dass diese unterschiedlichen Attribute (sehr hohe, hohe, überwiegende) auch unterschiedliche Beweismaßabstufungen bedeuten sollen, geht freilich nicht immer unmittelbar aus den Entscheidungen hervor. So wurde etwa die E 1 Ob 592/51,¹⁰⁰⁾ die auf „überwiegende Gründe“ für den Nachweis des Kausalzusammenhangs rekurriert, als Beleg für den „sehr hohen Grad von Wahrscheinlichkeit des Kausalzusammenhangs“ zitiert.¹⁰¹⁾ Nicht minder verwirrend ist es, wenn der OGH¹⁰²⁾ 1989 festhält, dass der Kläger die Schadensverursachung durch das Verhalten des Arztes „überwiegend [. . .] im Sinne eines hohen Grades [. . .] wahrscheinlich machen“ muss.

Eine Beweiserleichterung auf dem Niveau der (deutlich) überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wie sie *Rechberger*¹⁰³⁾ vertritt, wäre an sich konsequent. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit soll auf der Beweismaßskala eine Stufe unter dem heutigen Regelbeweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit stehen. Allerdings gibt diese Ansicht aus mehreren Gründen Anlass zur Kritik. Zunächst ist der Befund, dass die „stRsp“ eine Herabsetzung des Beweismaßes auf überwiegende Wahrscheinlichkeit annimmt, empirisch nicht belegbar. Die Rsp rekurriert bis heute immer wieder gerade auch beim Anscheinsbeweis auf die hohe,¹⁰⁴⁾ teilweise auch erhebliche¹⁰⁵⁾ Wahrscheinlichkeit. Setzt man die hohe Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß an, kann dann schon begrifflich keine Beweismaßerleichterung vorliegen.

Selbst wenn man aber diese Ansicht im Ergebnis teilt, scheint ihre Begründung doch zumindest hinterfragenswert. Unter Berufung auf *Leipold*¹⁰⁶⁾ wird die Begründung für die Beweismaßherabsetzung des Anscheinsbeweises in der „Eigenart der materiell-rechtlichen Tatbestandsmerkmale des Schadenersatzrechts“ gesehen.¹⁰⁷⁾ Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass der Anscheinsbeweis nach der Rsp auch abseits des Schadenersatzrechts anerkannt ist und etwa auch im Versicherungsvertragsrecht¹⁰⁸⁾ oder im Lauterkeitsrecht¹⁰⁹⁾ Anwendung findet. Für diese Rechtsgebiete kann die „Eigenart“ schadenersatzrechtlicher Tatbestände natürlich nicht unbesehen als Rechtfertigung dienen. In *Leipolds* Ausführungen finden sich auch keine Hinweise auf das Beweismaßniveau der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Es bedürfte daher einer näheren Untersuchung, warum die „Eigenart der materiell-rechtlichen Tatbestandsmerkmale“ gerade eine Herabsetzung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit vorsehen soll. Ansonsten müsste man den Anscheinsbeweis schon so verstehen, dass er eine Rechtfertigung böte, das Beweismaß um eine Stufe vom Regelbeweismaß abzusenken. Die Beweiserleichterung wäre nach dieser Ansicht also unabhängig davon, von welchem Regelbeweismaß man startet.

Der zweite, schwerwiegendere Einwand ist aber, dass die Herabsetzung des Beweismaßes auf überwiegende Wahrscheinlichkeit in einem Spannungsverhältnis zum typischen Gesche-

¹⁰⁰⁾ JBl 1953, 18 (zust *Gschnitzer*).

¹⁰¹⁾ OGH 2 Ob 75/56; so auch *Gschnitzer*, JBl 1953, 18 (18).

¹⁰²⁾ 8 Ob 525, 526/88.

¹⁰³⁾ In FS Baumgärtel 471 (485 f); *ders* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 59; ebenfalls als Beweiserleichterung einordnend *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18.

¹⁰⁴⁾ OGH 7 Ob 67/15 a; 7 Ob 291/04 a; 7 Ob 220/04 k.

¹⁰⁵⁾ OGH 8 Ob 518/90; 4 Ob 607/89.

¹⁰⁶⁾ Beweismaß und Beweislast 16 f.

¹⁰⁷⁾ OGH 9 Ob 26/14 k; *Rechberger* in FS Baumgärtel 471 (485 f); *ders* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 59.

¹⁰⁸⁾ OGH 7 Ob 128/02 b für die Unfallversicherung.

¹⁰⁹⁾ *Heidinger* in *Wiebe/Kodek* (Hrsg), UWG² (2023) § 1 Rz 234.

hensablauf als *dem Charakteristikum* des Anscheinsbeweises steht. Wie der historische Rückblick gezeigt hat, ging die Bestrebung des RG zwar in die Richtung einer Beweiserleichterung: Der Beweispflichtige sollte nicht den vollen Beweis, sondern „nur“ einen Wahrscheinlichkeitsbeweis (Beweis des ersten Eindrucks) erbringen müssen.¹¹⁰⁾ Das Erfordernis des typischen Geschehensablaufs wurde dann aber wohl gerade deswegen aufgestellt, um zu begründen, warum sich der Richter mit der hohen Wahrscheinlichkeit einer Tatsachenbehauptung zufriedengeben durfte.

Wenn der Anscheinsbeweis zu einer Beweismaßherabsetzung auf überwiegende Wahrscheinlichkeit führen soll, wie passt es aber dann zusammen, dass für seine Zulässigkeit nach der Rsp nach wie vor ein typischer Geschehensablauf notwendig sein soll? Dass das Typizitätserfordernis des Anscheinsbeweises und das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen, erhellt auch, wenn man nochmals alle Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Anscheinsbeweis zusammenfasst. Es soll ein Erfahrungssatz notwendig sein, der „*sich aus einem gleichmäßigen, sich immer wiederholenden Hergang ergibt*“.¹¹¹⁾ Die Rsp¹¹²⁾ verlangt „*eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement*“. In Abgrenzung zum Indizienbeweis betont *Rechberger*¹¹³⁾ darüber hinaus, dass der Richter beim Anscheinsbeweis nicht (bloß) seine persönliche Lebenserfahrung, sondern die allgemeine Lebenserfahrung heranziehe. Wenn also (1) nach allgemeiner Lebenserfahrung ein Erfahrungssatz besteht, der sich (2) aus einem immer wiederkehrenden gleichmäßigen Hergang ergibt und nach dem (3) eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen Tatsache A und Tatsache B besteht, dann soll das Vorliegen von Tatsache B nicht schon mit hoher, sondern „nur“ mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bewiesen worden sein, wenn Tatsache A feststeht? Zur Erinnerung: Überwiegende Wahrscheinlichkeit ist schon dann gegeben, wenn das Vorliegen einer Tatsache wahrscheinlicher ist als ihr Nichtvorliegen.¹¹⁴⁾

Aus dieser Analyse ergeben sich zwei mögliche Schlussfolgerungen:

(1) Nimmt man das Typizitätserfordernis ernst, fordert man also eine „formelhafte Verknüpfung“ und einen sich „aus einem wiederkehrenden Hergang“ ergebenden Erfahrungssatz, dann bietet der Anscheinsbeweis dem Beweispflichtigen keinen substantiellen Mehrwert gegenüber dem Vollbeweis.¹¹⁵⁾ Das Regelbeweismaß ist nämlich mittlerweile so stark abgesunken, dass das in den 1930er-Jahren aufgestellte Typizitätserfordernis nicht mehr wirklich „dazu passt“. War der Anscheinsbeweis früher eine Beweiserleichterung, weil hohe Wahrscheinlichkeit genügte,¹¹⁶⁾ kann das heute nicht mehr zutreffen, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit mittlerweile das Regelbeweismaß bildet. In diesem Fall ist der Anscheinsbeweis mit keiner echten Beweiserleichterung is einer echten Beweismaßreduktion verbunden und be-

¹¹⁰⁾ RG I 123/29 RGZ 126, 70, 75; I 83/25 RGZ 112, 229, 231.

¹¹¹⁾ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 58.

¹¹²⁾ RIS-Justiz RS0040287.

¹¹³⁾ In *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 58.

¹¹⁴⁾ Vgl die Ansicht des BerG in OGH 7 Ob 224/09f: mit mehr als fünfzigprozentiger Wahrscheinlichkeit.

¹¹⁵⁾ Vgl *Thole* (in *Stein/Jonas*, ZPO IV²³ § 286 Rz 222), nach dem sich die Auffassungen zur Frage der Beweismaßabsenkung „nivellierten“, wenn man an den typischen Geschehensablauf hohe Anforderungen stellt; ähnl schon der Befund von *Kegel* (in FS Kronstein 321 [328]), der im Anscheinsbeweis zwar eine Beweismaßreduktion auf überwiegende Wahrscheinlichkeit sieht, daraus aber den Schluss zieht, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit auch beim Vollbeweis ausreiche.

¹¹⁶⁾ ZB OGH 2 Ob 590/92 JBl 1994, 540 (*Bollenberger*).

darf seine Zulässigkeit keiner gesonderten Begründung.¹¹⁷⁾ Das würde auch zur hA¹¹⁸⁾ in Deutschland passen, nach der – obschon dort sogar die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit das Regelbeweismaß bildet – der Anscheinsbeweis zur vollen Überzeugung des Gerichts nach § 286 ZPO führen muss.¹¹⁹⁾ Besteht eine typische, formelhafte Verknüpfung zwischen den beiden Tatsachen A und B und ist Tatsache A bewiesen, ist der (Anscheins-)Beweis für Tatsache B nicht nur bloß zulässig, sondern bereits *erbracht*. Ob in casu ein typischer Geschehensablauf besteht, auf Basis dessen ein Anscheinsbeweis gelingen kann, muss dann auch eine Tat- und keine Rechtsfrage sein.¹²⁰⁾ In dieser letzten Frage ist die Rsp nicht ganz eindeutig. Ob ein Anscheinsbeweis zulässig ist, ob es sich also um einen Tatbestand mit typischem Geschehensablauf handelt, soll eine Frage der rechtlichen Beurteilung sein, die im Revisionsverfahren überprüfbar ist.¹²¹⁾ Dagegen soll die Frage, ob ein typischer Geschehensablauf für den Kläger oder ob ein anderer Geschehensablauf vom Beklagten wahrscheinlich gemacht werden konnte, zur unanfechtbaren Beweiswürdigung gehören.¹²²⁾ Für die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises muss aber nach der Rsp gerade beurteilt werden, ob ein typischer Geschehensablauf vorliegt.

Teilt man diese erste Schlussfolgerung, ist der Anscheinsbeweis „*gar nichts Besonderes*“ und „*ohne Not zu einem veritablen Mysterienspiel*“ geworden.¹²³⁾ Er kann dann allenfalls als Beweiserleichterung im untechnischen Sinne bezeichnet werden.¹²⁴⁾ Schließlich legen Gerichte bei allen Arten von Beweisen ihrer Beweiswürdigung Erfahrungssätze zugrunde.¹²⁵⁾ In vielen Fällen sind diese nur so evident, dass sie gar nicht mehr wahrgenommen werden.¹²⁶⁾ Schon *Hume*¹²⁷⁾ hielt fest, dass Adam – ausgestattet mit jeglicher Verstandeskraft – nur aufgrund der Erfahrung („*experience*“) den Effekt zweier aufeinanderprallender Billardkugeln voraussagen könnte. Wird die erste Kugel in Bewegung gesetzt, wird sich erfahrungsgemäß auch die zweite Kugel bei einem Zusammenstoß bewegen. Der Schluss ist für uns nur so naheliegend und zwingend, dass wir gar nicht auf den Gedanken kommen, zu prüfen, ob eine formelhafte Verknüpfung zwischen der Bewegung der ersten und jener der zweiten Kugel besteht.

Interessanterweise wird bei manchen, ungemein überzeugenden formelhaften Verknüpfungen, wie etwa der Absendung und dem Zugang eines eingeschriebenen Briefs, der Anscheins-

¹¹⁷⁾ *Kegel* in FS Kronstein 321 (333f); ähnliche Überlegungen äußert auch *Leipold* (Beweismaß und Beweislast 12), wenngleich er den Anscheinsbeweis dann als echte Beweiserleichterung ansieht.

¹¹⁸⁾ *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG³¹ Einl Rz 376; *Gottwald*, Schadenszurechnung 202; *Greger* in *Zöller*, ZPO³⁴ Vor § 284 Rz 29a; *ders*, VersR 1980, 1091 (1102); *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch Beweislast I⁵ Kap 17 Rz 8; *Prütting* in *Rauscher/Krüger*, MüKoZPO I⁶ § 286 Rz 52f; *ders*, Gegenwartsprobleme 109f; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁸ § 114 Rz 16; *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung⁵ Rz 378.

¹¹⁹⁾ Ebenso die Rsp BGH X ZR 119/94 NJW 1998, 79; IVa ZR 277/86 r+s 1988, 151.

¹²⁰⁾ *Oberhammer*, ÖBA 1998, 474 (479); aA OGH 3 Ob 18/00v; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 17.

¹²¹⁾ Soweit ersichtlich erstmals (veröffentlicht) OGH 2 Ob 22/82 RZ 1983/14 mit Verweis auf die unveröffentlichte E OGH 8 Ob 190/80; vgl auch RIS-Justiz RS0022624.

¹²²⁾ OGH 7 Ob 23/83 EvBl 1983/120 mit Verweis auf *Rechberger*, ÖJZ 1972, 425.

¹²³⁾ *Oberhammer*, ÖBA 1998, 474 (479f).

¹²⁴⁾ In diese Richtung wohl *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁸ § 114 Rz 17f.

¹²⁵⁾ *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung⁵ Rz 324.

¹²⁶⁾ *Oberhammer*, ÖBA 1998, 474 (479).

¹²⁷⁾ An Abstract of a Book lately Published; Entitled, A Treatise of Human Nature, &c. Wherein the Chief Argument of that Book is farther Illustrated and Explained (1740) SB 651: „*It would have been necessary, therefore, for Adam (if he was not inspired) to have had experience of the effect, which followed upon the impulse of these two balls.*“

beweis von der Rsp abgelehnt. So kamen etwa bei der Deutschen Bundespost im Jahr 1955 auf 1 Mio eingeschriebene Briefe durchschnittlich nur 50,7 Verluste. Diese verschwindend geringe Verlustquote spricht für einen extrem überzeugenden Erfahrungssatz, demzufolge ein bewiesenermaßen eingeschriebener aufgebener Brief auch tatsächlich zugestellt wurde und nicht verloren ging. Trotzdem lehnt die Rsp¹²⁸⁾ in diesem Fall den Anscheinsbeweis ab. Entscheidend ist hier aber – entgegen der Rsp¹²⁹⁾ – nicht die (unstrittig gegebene) Typizität, sondern die Wertung des materiellen Rechts. Willenserklärungen werden nicht schon mit Absendung, sondern erst mit dem Zugang im Machtbereich für den Erklärungsempfänger wirksam.¹³⁰⁾ Ließe man hier einen Anscheinsbeweis zu, liefe der Beweis für den Zugang praktisch gesehen auf einen Beweis der Absendung hinaus. Die Absendung soll nach dem Gesetz aber gerade nicht ausreichen.¹³¹⁾

(2) Die zweite mögliche Schlussfolgerung ist, dass der Anscheinsbeweis doch als echte Beweiserleichterung iS einer Beweismaßherabsetzung auf überwiegende Wahrscheinlichkeit verstanden werden muss. Wie sich zeigen wird, hat sich tatsächlich eine zweite Spielart des Anscheinsbeweises etabliert, die in diese Richtung geht. Schon zuvor wurde auf das Spannungsverhältnis zwischen Typizität und einem hohen Beweismaß hingewiesen. Erblickt man im Anscheinsbeweis eine Beweismaßherabsetzung, muss man unweigerlich Abstriche beim Typizitätserfordernis in seiner tradierten Form machen. Ist etwas typisch, spricht das eher für hohe als nur überwiegende Wahrscheinlichkeit. Diese Erkenntnis dürfte auch der Kritik zugrunde liegen, nach der die von der Rsp aufgestellten Kriterien der „formelhaften Verknüpfung“ und des sich „aus einem wiederkehrenden Hergang“ ergebenden Erfahrungssatzes bloß scheinbar streng sind¹³²⁾ und in Wahrheit zu keinen echten Einschränkungen bei der Zulässigkeit von Anscheinsbeweisen führen.¹³³⁾ Das soll anhand von zwei Fällen illustriert werden.

In einem Fall zur Unfallversicherung¹³⁴⁾ verfügte der Kl über eine frei bewegliche rechte Schulter. Nachdem er beim Faustballspielen rückwärts stolperte und auf die Schulter stürzte, verspürte er Schmerzen an der Schulter. Seitdem litt der Kl an einer Bewegungseinschränkung oder – unfallversicherungsrechtlich gesprochen – an einer Gesundheitsschädigung in Form einer Invalidität. Der OGH betonte, dass nach den Feststellungen die Schulter vor dem Sturz beweglich gewesen war, danach aber nicht mehr. Das spreche nach dem ersten Anschein dafür, dass der Sturz (zumindest mit-)ursächlich für die Invalidität des Kl war.

¹²⁸⁾ BGH II ZR 132/56 NJW 1957, 1230; ebenso OGH 4 Ob 583/83 JBl 1984, 487; RIS-Justiz RS0014065.

¹²⁹⁾ Sowohl BGH als auch OGH dürften den Anscheinsbeweis primär deswegen ablehnen, weil nicht ausgeschlossen sei, dass auch abgeschickte Einschreibsendungen den Empfänger nicht erreichen. Das ist sicherlich richtig, spricht aber noch nicht gegen die Typizität. Verlangte man für die Typizität absolute Gewissheit, käme dem Anscheinsbeweis ja jedenfalls keine eigenständige Bedeutung zu.

¹³⁰⁾ *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁷ (2023) § 862a Rz 1.

¹³¹⁾ *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch Beweislast I⁵ Kap 17 Rz 16; dies ebenfalls betonend BGH II ZR 132/56 NJW 1957, 1230.

¹³²⁾ So etwa *Diederichsen*, VersR 1966, 211 (220), zu einem der sogenannten „Lues-Fälle“ des BGH (III ZR 183/52 NJW 1954, 718). Obwohl der BGH festhält, dass Infektionen mit Syphilis durch das Blut eines an Syphilis 3. Grades erkrankten Blutspenders „selten“ vorkommen, sieht er den Anscheinsbeweis als erbracht an.

¹³³⁾ So *Foerste* (in *Musielak/Voit*, ZPO²⁰ § 286 Rz 23), der den Anscheinsbeweis als „konturenarm“ bezeichnet; ähnl schon *Diederichsen*, VersR 1966, 211 (222); BGH IV ZR 160/76 VersR 1978, 74; *Geipel*, NZV 2015, 1 (2); *Kollhossler*, AcP 165 (1965) 46 (68).

¹³⁴⁾ OGH 7 Ob 67/15a.

Nimmt man das Typizitätserfordernis ganz ernst, tut man sich mit dem Anscheinsbeweis hier auf den ersten Blick schwer. Fraglich ist nämlich schon, wie überhaupt der anzuwendende Erfahrungssatz zu formulieren ist. Rekuriert man auf die Formulierung der Rsp, so muss eine „formelhafte Verknüpfung“ vorliegen. Das spräche dafür, den Erfahrungssatz folgendermaßen zu definieren: „Wenn A vorliegt, dann tritt typischerweise B ein.“ Aus A folgt also ex ante typischerweise auch B.¹³⁵⁾ Aus der Beobachtung von früheren Fällen wird induktiv¹³⁶⁾ auf einen gesetzmäßigen oder formelhaften Zusammenhang geschlossen.¹³⁷⁾ Von diesem Zusammenhang könnte dann wiederum deduktiv auf den Einzelfall geschlossen werden.¹³⁸⁾ Schon hier tun sich aber erste Schwierigkeiten auf, denn die Überzeugungskraft des Erfahrungssatzes hängt entscheidend davon ab, wie detailliert man A und B definiert.¹³⁹⁾ „Wenn jemand stürzt (A), tritt typischerweise eine Bewegungseinschränkung der Schulter (B) ein“ ist ein nicht sehr überzeugender Erfahrungssatz, weil er viel zu allgemein gehalten ist. „Wenn jemand beim Faustballspielen auf die Schulter stürzt (A), tritt typischerweise eine Bewegungseinschränkung der Schulter (B) ein“ wirkt hingegen schon deutlich überzeugender. Aber besteht auch hier wirklich ein entsprechender Erfahrungssatz? So könnte man sich etwa die Frage stellen, ob sich der allgemeinen Lebenserfahrung – wie immer man sie definiert – überhaupt Aussagen zur nicht sehr weit verbreiteten Sportart des Faustballspiels entnehmen lassen. Hätte es einen Unterschied gemacht, wenn der Sturz beim Fußballspielen, Tennis oder Schifahren passiert wäre? Vielleicht wird in vielen Fällen der Sturz ohne Folgen bleiben, in manchen Fällen wird es nur zu Schmerzen, aber zu keiner dauerhaften Invaldität kommen. Und kommt es nicht in Wahrheit auf weitere Faktoren an, wie etwa die Heftigkeit des Sturzes? So eindeutig und zweifelsfrei, wie es die Entscheidung des OGH vermuten lässt, kann also wohl gar nicht ein entsprechender Erfahrungssatz gefunden werden. A (Sturz beim Faustballspielen) führt also nicht typischerweise zu B (Invaldität der Schulter).

Man könnte daher geneigt sein, den Erfahrungssatz anders zu formulieren. Der Erfahrungssatz lautet nicht „Wenn A, dann B“, sondern „Wenn A (Sturz beim Faustballspielen) und B (Invaldität der Schulter), dann C (Kausalzusammenhang)“. Vom gemeinsamen Auftreten der beiden Tatsachen A und B wird also auf das Vorliegen einer dritten Tatsache C geschlossen. Diese Methode wirkt für das Faustball-Beispiel überzeugend, weist aber einen entscheidenden „Schönheitsfehler“ auf. Denn in Wahrheit wird hier induktiv ex post vom Einzelfall auf das Vorliegen eines allgemeingültigen Erfahrungszusammenhangs geschlossen, allerdings ohne, dass dieser einer näheren Untersuchung unterzogen wird.¹⁴⁰⁾ Diese Technik versagt in den Fällen von Scheinkausalität, einem Problem, das in der Philosophie als „cum hoc ergo propter hoc“¹⁴¹⁾ bekannt ist. Bekannt wurde etwa das Beispiel, dass in Regionen, in denen die Zahl der Störche abnahm, auch die Geburtenrate zurückging. Es liegt auf der Hand, dass die Storchenzahl keinen Einfluss auf die Geburtenrate hat. Beide Faktoren hängen vielmehr mit der zunehmenden Urbanisierung zusammen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist auch beim Faustball-Beispiel der angewandte Erfahrungssatz in Wahrheit nicht „Wenn A und B, dann C“, sondern ein anderer.

¹³⁵⁾ Geipel, NZV 2015, 1 (3).

¹³⁶⁾ Rommé, Anscheinsbeweis 7f.

¹³⁷⁾ Geipel, NZV 2015, 1 (2).

¹³⁸⁾ Rommé, Anscheinsbeweis 8f.

¹³⁹⁾ Ähnlich schon Kegel in FS Kronstein 321 (330).

¹⁴⁰⁾ In diese Richtung schon Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 194f.

¹⁴¹⁾ „Mit diesem, folglich deswegen“.

Dazu ist aber zunächst noch auf jene „Extremfälle“ einzugehen, in denen die Rsp einen Anscheinsbeweis zulässt, auf das Erfordernis eines Erfahrungssatzes aber überhaupt gänzlich verzichtet.¹⁴²⁾ Schon an anderer Stelle wurden die sogenannten „Lues-Fälle“ des BGH erwähnt, bei denen er sich mit Beweisfragen zur Ansteckung mit Syphilis (Lues) auseinandersetzen hatte. In einem der Fälle¹⁴³⁾ wurde einer Frau 1942 eine Bluttransfusion verabreicht, deren Spender an Syphilis erkrankt war. Fünf Jahre später stellte sich die Frau ihrerseits als Blutspenderin zur Verfügung, wobei der zum Nachweis von Syphilis eingesetzte sogenannte Wassermann-Test¹⁴⁴⁾ positiv ausfiel. Nach den Feststellungen des BerG konnten die positive Wassermann-Reaktion der Frau und ihr Krankheitsbild auf Syphilis, aber auch auf eine andere Krankheit zurückzuführen sein. Es stand also nicht einmal fest, dass die Frau überhaupt an Syphilis erkrankt war. Außerdem stellte das BerG fest, dass eine Übertragung von Syphilis durch eine Bluttransfusion „selten“ vorkommt. Insgesamt kamen also vier Möglichkeiten für den positiven Wassermann-Test und das Krankheitsbild der Frau in Betracht: (1) Ansteckung mit Syphilis vor der Transfusion, (2) Ansteckung mit Syphilis durch die Transfusion, (3) sonstige Ansteckung mit Syphilis nach der, aber nicht durch die Transfusion und (4) Ansteckung mit einer anderen Krankheit, die aber zu einer positiven Wassermann-Reaktion führt.¹⁴⁵⁾ Obwohl die Ansteckung durch Transfusion nach den Feststellungen unwahrscheinlich ist, weil sie „selten“ vorkommt, sprach nach Ansicht des BGH der erste Anschein dafür, dass Möglichkeit (2) kausal für das Krankheitsbild der Frau war.

Auch bei unbefugten Bankomatkarten-Abhebungen lassen sowohl der OGH¹⁴⁶⁾ als auch der BGH¹⁴⁷⁾ den Anscheinsbeweis zu. Wird mit einer echten Karte unter Verwendung der richtigen PIN Geld abgehoben, spreche der erste Anschein dafür, dass entweder der Karteninhaber selbst Geld abgehoben oder seine Geheimhaltungspflicht, etwa durch Notieren der PIN auf der Karte oder auf einem in der Geldbörse aufbewahrten Zettel, verletzt habe.¹⁴⁸⁾ In beiden Fällen darf die Bank das Konto belasten, weil entweder der Kontoinhaber selbst verfügt hat oder ein Verstoß gegen die in den ABB vereinbarten Sorgfaltspflichten vorliegt. Auch hier muss die Überzeugungskraft des angewandten Erfahrungssatzes aber stark angezweifelt werden. Es stellt sich nämlich schon die Frage, was überhaupt erfahrungsgemäß passiert.¹⁴⁹⁾ Wenn ein Kontoinhaber eine Bankomatkarte ausgehändigt bekommt, notiert er typischerweise die PIN und bewahrt diese zusammen mit der Karte auf? Oder lautet der Erfahrungssatz nicht vielmehr, dass der Kontoinhaber die PIN notiert haben muss, wenn andere Ursachen ausscheiden?¹⁵⁰⁾ In diese zweite Richtung scheint das BerG im deutschen Fall zu tendieren, betont es doch, dass „[a]nders als durch ein grob fahrlässiges Verhalten der Klägerin [. . .] die drei Barabhebungen [. . .] nicht zu erklären [seien]“.

Es ist das Verdienst *Jungmanns*,¹⁵¹⁾ in aller Deutlichkeit festgestellt zu haben, dass die Rsp in den beiden letztgenannten Fällen in Wahrheit gerade keine Erfahrungssätze im traditionellen

¹⁴²⁾ Dazu im Detail *Jungmann*, Der „Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein“, ZZZP 120 (2007) 459 (462 ff).

¹⁴³⁾ BGH III ZR 183/52 NJW 1954, 718.

¹⁴⁴⁾ Benannt nach *August von Wassermann* (1866–1925).

¹⁴⁵⁾ *Jungmann*, ZZZP 120 (2007) 459 (462).

¹⁴⁶⁾ 2 Ob 133/99v ÖBA 2001, 250 (*Koziol*); dazu allgemein *Taupitz*, Zivilrechtliche Haftungsfragen bei Kartenmißbrauch nach österreichischem Recht, ÖBA 1997, 765 (780).

¹⁴⁷⁾ XI ZR 210/03 BKR 2004, 493 (*Strube; Werner*).

¹⁴⁸⁾ So auch *Taupitz*, ÖBA 1997, 765 (780f) mwN.

¹⁴⁹⁾ *Jungmann*, ZZZP 120 (2007) 459 (464).

¹⁵⁰⁾ So die Formulierung des BGH XI ZR 210/03 BKR 2004, 493 (*Strube; Werner*).

¹⁵¹⁾ ZZZP (2007) 459 (464f).

Sinn anwendet, sondern im Ausschließungsverfahren vorgeht. Wenn alle anderen in Frage kommenden Möglichkeiten so wenig wahrscheinlich sind, kommt am Ende nur eine Möglichkeit in Betracht, die es „gewesen sein muss“. Jungmann¹⁵²⁾ bezeichnet diese Fälle als Anscheinsbeweis „ohne ersten Anschein“. Der Erfahrungssatz lautet daher nicht „Wenn A, dann B“, sondern: „Wenn für den Erfolg B die Ursachen A_1, A_2, \dots, A_n in Betracht kommen und Ursachen A_1 bis A_{n-1} unwahrscheinlich sind, kann nach der Lebenserfahrung nur Ursache A_n kausal für B gewesen sein“. Der in diesen Fällen angewandte Erfahrungssatz lautet also pointiert formuliert: Scheiden alle anderen Möglichkeiten aus, weil sie unwahrscheinlich sind, muss es nach der Lebenserfahrung die verbleibende, nicht unwahrscheinliche Möglichkeit gewesen sein.

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob ein solcher, im Ausschlussverfahren vorgenommener Anscheinsbeweis auch mit einer Beweismaßherabsetzung verbunden ist. Am Ende der Untersuchung dieser Frage stehen zwei mögliche Ergebnisse. Die erste Möglichkeit besteht darin, dass sich die Rsp in diesen Fällen auf eine bloße Plausibilitätsprüfung beschränkt. Erfolg und potentielle Ursache werden nebeneinandergelegt und es wird gefragt, ob es plausibel ist, dass die potentielle Ursache auch kausal für den Eintritt des Erfolgs war. Dann ist der Anscheinsbeweis tatsächlich mit einer Herabsetzung des Beweismaßes verbunden.¹⁵³⁾ Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass das Gericht voll überzeugt ist, dass alle anderen in Betracht kommenden Möglichkeiten ausgeschlossen sind und die verbleibende Möglichkeit zutrifft.

Besieht man die oben als „Extremfälle“ titulierten Beispielfälle des Anscheinsbeweises „ohne ersten Anschein“, so fällt zunächst ein markanter Unterschied auf. In den Bankomatkarten-Fällen kamen mehrere Möglichkeiten in Betracht, wie die Geldabhebung erfolgt war. Von diesen Möglichkeiten wurden sukzessive mehrere verworfen. Anhaltspunkte für eine Abspähung der PIN durch den Dieb gab es nicht. Auch eine Errechnung der PIN der gestohlenen Karte war nach einem Sachverständigen mit den im Jahr 2000 zur Verfügung stehenden Computern mathematisch ausgeschlossen. Ebenso wurde die Möglichkeit einer „Innentäter-attacke“, also einer Beteiligung von Mitarbeitern der Bank oder einer Manipulation oder Fehlerhaftigkeit der für Bargeldabhebungen eingesetzten Software, ausgeschlossen. Nun kann in einem solchen Fall der Kritik an den Schlüssen, die das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung zieht, durchaus Berechtigung zukommen.¹⁵⁴⁾ Steht aber fest, dass das Gericht von n Möglichkeiten $n-1$ ausgeschlossen hat, dann hat es eigentlich keine andere Wahl als die verbleibende Möglichkeit als die ursächliche anzunehmen, wenn diese nicht ebenso unwahrscheinlich ist und daher nur sie nach der Lebenserfahrung in Frage kommt. Verlangt man vom Beweispflichtigen, dass er mit seinen angebotenen Beweisen „alle anderen ernsthaft in Betracht zu ziehenden Ursachen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit“ ausschließt, dann ist damit schon nach der deutschen Rechtslage der richterliche Überzeugungsgrad der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, wie er aus § 286 Abs 1 dZPO abgeleitet wird, erreicht.¹⁵⁵⁾ Das spricht mE umso mehr dafür, dass in Österreich in einem solchen Fall von einem „Vollbeweis“ für die „verbliebene“ Möglichkeit gesprochen werden kann, ohne dass damit die dogmatischen Grundlagen des Beweisverfahrens über Bord geworfen würden, bildet doch hierzulande schon die hohe Wahrscheinlichkeit den Normalstandard beim Be-

¹⁵²⁾ ZZP (2007) 459 (465).

¹⁵³⁾ In diese Richtung etwa Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß 180 f.

¹⁵⁴⁾ Vgl etwa die Kritik von Strube, Anmerkung zu BGH 05. 10. 2004, XI ZR 210/03, BKR 2004, 493 (497 ff).

¹⁵⁵⁾ Jungmann, ZZP 120 (2007) 459 (471).

weismaß.¹⁵⁶) Wie sich gezeigt hat, geht also auch in diesem Fall der Anscheinsbeweis („ohne ersten Anschein“) mit keiner Beweismaßerleichterung einher und ist somit nicht begründungsbedürftig. Auch hier kann man daher allenfalls von einer Beweiserleichterung im untechnischen Sinn sprechen.

Der Faustball-Fall ist sachverhaltsmäßig etwas anders gelagert als der Lues-Fall. Vor dem Unfall bestand keine Funktionsstörung der Schulter, danach aber schon. Zwar wies die Schulter Vorschäden auf, dass die Bewegungseinschränkungen aber auch ohne den Unfall später eingetreten wären (überholende Kausalität), wurde – soweit sich dies der Schilderung des Verfahrensgangs in der OGH-Entscheidung entnehmen lässt – vom bekl. Versicherer aber nicht behauptet. Das Vorliegen der Tatsachen, aus denen auf überholende Kausalität geschlossen werden kann, wäre außerdem ohnehin vom Versicherer nachzuweisen.¹⁵⁷) Nach der Sachverhaltslage kam somit als einzige Möglichkeit, die (zumindest mit-)ursächlich für die Bewegungseinschränkung war, der Unfall in Betracht.

Im Gegensatz zum Bankomatkarten-Fall stand also nur eine mögliche Ursache im Raum. Hier stößt das Ausschlussverfahren allerdings an seine Grenzen, weil nicht ausgeschlossen werden kann, was es gar nicht gibt. Der beweispflichtige VN kann ja schlecht den Beweis führen, dass es keine anderen Ursachen gibt, die kausal waren, wenn es eben keine anderen Ursachen gibt, die ernsthaft dafür in Betracht kommen. Dass die Unfallkausalität dennoch als erwiesen angesehen wurde, erscheint aber aus einem anderen Grund zutreffend. Andere in Frage kommende Ursachen für die Invalidität der Schulter wurden im Faustball nicht vorgebracht. Die einzige andere, abstrakt denkbare Möglichkeit, dass die Bewegungseinschränkung der Schulter auch ohne den Unfall später eingetreten wäre, wäre auch vom Versicherer nachzuweisen gewesen, weil er für das Vorliegen der Tatsachen, die überholende Kausalität begründen, beweispflichtig ist.¹⁵⁸) Außerdem muss das Gericht untersuchen, ob die Aussagen des VN im Hinblick auf das Nichtvorliegen anderer möglicher Ursachen für die Invalidität glaubwürdig erscheinen. Hinzu kommt, dass das Gericht im Faustball-Fall selbstverständlich auch prüfen muss, ob es überzeugend ist, dass eine Bewegungseinschränkung der Schulter durch einen Sturz beim Faustballspielen verursacht werden kann. An dieser Stelle kommen wiederum Erfahrungssätze in Spiel. Der oben beschriebene Erfahrungssatz beim Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein hilft noch nicht viel weiter, weil ja nur eine Möglichkeit überhaupt in Frage kommt. Hinzu tritt aber ein weiterer Erfahrungswert, den das Gericht in Kombination damit anwenden kann. Typischerweise wird eine Schulter nicht einfach bewegungsunfähig, ohne dass es zu einer äußeren Einwirkung auf sie gekommen ist. Daraus kann ein Gegenschluss gezogen werden, dass es zu einer äußeren Einwirkung gekommen ist. Kommen andere Ursachen nicht in Betracht, kann es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nur die eine verbliebene Ursache gewesen sein. Das alles kann das Gericht im Rahmen der freien Beweismwürdigung für mehr oder weniger überzeugend halten und daher den Beweis für die Kausalität als erbracht oder misslungen ansehen. Da hier rein vom Erfolg rückwirkend auf die Ursache geschlossen wird, wird allerdings das Risiko eines Fehlschlusses in Kauf genommen. Insofern könnte diese Spielart des Anscheinsbeweises tatsächlich mit einer Beweismaßreduktion verbunden sein.

Überhaupt scheint ein solcher Gegenschluss charakteristisch für viele Fälle des Anscheinsbeweises zu sein. Im Bereich des Kausalitätsanscheinsbeweises dürfte ein solcher Rückschluss

¹⁵⁶) RIS-Justiz RS0110701.

¹⁵⁷) OGH 7 Ob 186/04k; 7 Ob 2/91.

¹⁵⁸) OGH 7 Ob 67/15a; 7 Ob 186/04k.

sanscheinsbeweis gar der Regelfall sein.¹⁵⁹⁾ Aber auch für den Nachweis „innerer Tatsachen“ ergibt sich ein breites Anwendungsfeld. Typischerweise tötet oder verstümmelt sich ein Mensch ohne nähere Veranlassung nicht selbst.¹⁶⁰⁾ E contrario muss folglich der Unfall unfreiwillig geschehen sein, wenn die entsprechenden Hilfstatsachen bewiesen sind.¹⁶¹⁾ Dieser Gegenschlussgedanke liegt auch dem „leading case“ im englischen Common Law zum Rechtsinstitut der „res ipsa loquitur“¹⁶²⁾ zugrunde, das das Pendant zum deutschen Anscheinsbeweis bildet: „*A barrel could not roll out of a warehouse without some negligence.*“¹⁶³⁾ Ein Fass fällt nicht einfach aus einem Fenster. E contrario muss es eine Sorgfaltswidrigkeit auf Seiten des Warenlagerinhabers gegeben haben.

VI. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen über den Anscheinsbeweis haben gezeigt, dass zwar große Einigkeit über seine Grundsätze besteht, diese in der praktischen Anwendung aber nicht immer konsequent gehandhabt werden. Der sowohl für den Indizien- als auch den Anscheinsbeweis getroffene Befund, dass mit diesen Rechtsinstituten eine echte Beweiserleichterung für den Beweispflichtigen einhergehe, muss nach näherer Untersuchung zweifelhaft bleiben. Am augenfälligsten ist dies beim Indizienbeweis, der sowohl in Deutschland als auch in Österreich nicht als Beweiserleichterung verstanden wird und daher nur eine von vielen Möglichkeiten ist, wie ein Beweis erbracht werden kann. Schwieriger ist die Lage beim Anscheinsbeweis, der in Österreich nach der hA,¹⁶⁴⁾ in Deutschland nur nach Teilen der Lehre¹⁶⁵⁾ zu einer echten Beweiserleichterung führt.

Insb erweist sich das Typizitätserfordernis als zweischneidig, sodass es sogar schon als „Zauberformel“¹⁶⁶⁾ bezeichnet wurde. Nimmt man es ernst, kann der Anscheinsbeweis mit keiner Herabsetzung des Beweismaßes verbunden sein, sodass die auf den ersten Blick restriktiven Zulässigkeitsvoraussetzungen des Anscheinsbeweises nur scheinbar streng sind. Besteht nämlich ein Erfahrungssatz, also eine formelhafte Verknüpfung, die sich aus einem immer wiederkehrenden Hergang ergibt, und wird dieser nicht durch einen Gegenbeweis erschüttert, spricht das für hohe und nicht bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit. Hier sollte die Rsp nicht mehr von einem Anscheinsbeweis sprechen.

In einigen Fällen wendet die Rsp dagegen wie dargestellt keinen Beweis „auf erste“ Sicht an, sondern erzielt das Beweisergebnis erst im Wege des Ausschlussverfahrens oder eines Rückschlusses. Auch in diesen Fällen verbleiben Zweifel, dass der Anscheinsbeweis als echte Beweiserleichterung anzusehen ist. In manchen Fällen dürfte nämlich auch unter Zugrundele-

¹⁵⁹⁾ Geipel, NZV 2015, 1 (3f).

¹⁶⁰⁾ OGH 7 Ob 147/73; so schon RG VII 110/34 RGZ 145, 322, 327.

¹⁶¹⁾ Vgl aber BGH IVa ZR 205/85 BGHZ 100, 214, nach dem ein Anscheinsbeweis bei vorsätzlicher Selbsttötung aufgrund der individuellen Umstände nicht in Betracht kommt.

¹⁶²⁾ „*Die Sache selbst spricht*“; auch im anglo-amerikanischen Recht besteht der Begriff des „*prima facie evidence*“. Darunter ist aber etwas gänzlich anderes als der Prima-facie-Beweis in Deutschland oder Österreich zu verstehen.

¹⁶³⁾ *Byrne v Boadle* 2 Hurl & Colt 722, 159 Eng Rep 299, 1863.

¹⁶⁴⁾ OGH 4 Ob 176/19i; 7 Ob 225/07m; *Fenyves*, VR 1976, 353 (376); *Kletečka*, bauaktuell 2017, 44 (49); *Rassi*, ÖJZ 2017, 297 (297); *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPG III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 59; *ders* in FS Baumgärtel 471 (485f); *ders*, ÖJZ 1972, 425 (425); *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON Vor §§ 266ff ZPO Rz 18.

¹⁶⁵⁾ *Diederichsen*, VersR 1966, 211 (213); *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO²⁰ § 286 Rz 24f; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast 12f; *Musielak*, Beweislast 123; *Walter*, Freie Beweiswürdigung 183.

¹⁶⁶⁾ *Kollhosser*, AcP 165 (1965) 46 (69).

gung des Beweismaßes der hohen Wahrscheinlichkeit der Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein zu erbringen sein, weil Erfahrungssätze bestehen, aus denen auf die verbliebene Tatsache geschlossen werden kann oder aus denen Gegenschlüsse gezogen werden können. Ist das nicht der Fall, erfolgt bei dieser zweiten Spielart des Anscheinsbeweises tatsächlich eine Beweismaßherabsetzung, weil nur vom Erfolg rückblickend auf eine Ursache geschlossen wird und daher das Risiko eines Fehlschlusses eher in Kauf genommen wird. Damit scheint es in diesen Fällen tatsächlich überzeugender, das Beweismaß bei überwiegender und nicht hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen.

Nach diesen, dem Anscheins- und Indizienbeweis durchaus kritisch gegenüberstehenden Ausführungen könnte man geneigt sein, beide Rechtsfiguren überhaupt abzulehnen. Dies entspricht aber nicht der Intention des Verfassers. Die Ausführungen sind vielmehr als Plädoyer zu verstehen, zu den Grundsätzen eines nicht unnötig verkomplizierten Beweisverfahrens zurückzukehren. Sowohl Indizien- als auch Anscheinsbeweis beschreiben stereotype gerichtliche Vorgehensweisen in bestimmten Situationen. Da damit letztlich aber nur zwei von vielen Möglichkeiten beschrieben werden, wie ein Beweis geführt werden kann, erscheint es vorzugswürdiger, von einem Indizienschluss und einem Prima-facie-Schluss zu sprechen.¹⁶⁷⁾ Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass letztlich auch beim Anscheins- und Indizienbeweis die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen einer Tatsache gefordert wird.

Zwar besteht aufgrund der Überfrachtung der Diskussion mit Begrifflichkeiten sicherlich die Gefahr, dass die tradierten Rechtssätze zum Anscheins- und Indizienbeweis mehr und mehr zu einem Selbstzweck verkommen. Behandelt man diese Aussagen aber mit Bedacht und ist man sich ihrer beschränkten Wirkung bewusst, spricht mE nichts dagegen, diese beiden Rechtsfiguren beizubehalten, zumal sie aus der gerichtlichen Praxis nicht (mehr) wegzudenken sind.

¹⁶⁷⁾ So schon *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1296 Rz 4a.