

Univ.-Ass. Lukas Veith, LL.M. (WU), Wien

## Der Beweis innerer Tatsachen – Zugleich ein Beitrag zu Beweismaßtheorien und Beweiserleichterungen\*)

*Der Beweis innerer Tatsachen ist für den Beweisführer traditionell mit Unwägbarkeiten verbunden. Kognitive Vorgänge sind individuell und einem unmittelbaren Beweis schon von Natur aus kaum je zugänglich. Die Rsp begegnet diesem Problem überwiegend durch eine Verschiebung des Beweisthemas und bedient sich hierfür gleichermaßen materiell-rechtlicher wie prozessualer Begründungsansätze. Eine Diskussion um eine allfällige Veränderlichkeit des Beweismaßes wird hingegen grosso modo unter Verweis auf das Regelbeweismaß der ZPO vermieden. Vorliegender Beitrag befasst sich mit dem Beweis innerer Tatsachen und untersucht die damit einhergehenden Anforderungen an das Beweismaß.*

**Deskriptoren:** Anscheinsbeweis; Beweiserleichterungen; Beweislastumkehr; Beweismaß; Beweismaßherabsetzung; Beweisnot; Indizienbeweis; Innere Tatsachen; materielles Recht; Normenbezogen-teleologisches Beweismaß; Regelbeweismaß; Schutzwürdigkeit; Vermutung; Zivilverfahrensrecht. §§ 786, 879, 1293 ff, 1301, 1302 ABGB; § 181 VersVG; §§ 270, 272, 274 ZPO.

### Übersicht

- A. Einleitung
- B. Methoden zur Bewältigung der Beweisnot
  - I. Prozessuale Ansätze
    - 1. Anscheinsbeweis
    - 2. Indizienbeweis
    - 3. Tatsächliche Vermutung
  - II. Materiellrechtliche Ansätze
  - III. Zwischenfazit
- C. Beweismaßherabsetzung zum Beweis innerer Tatsachen?
  - I. Regelbeweismaß vs Normbezogen-teleologisches Beweismaß
  - II. Normative Beweismaßherabsetzungen
  - III. Richterliche Beweismaßherabsetzungen
    - 1. Anerkannte Fallgruppen
    - 2. Beweismaß und materiellrechtliche Schutzwürdigkeit
- D. Exkurs: Beweislastumkehr bei außergewöhnlicher Schutzbedürftigkeit?
- E. Ergebnisse

### A. Einleitung

Wer einen Anspruch gerichtlich durchsetzen möchte, hat die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zumeist auch zu beweisen. Das stellt den Beweisführer vor Probleme, wenn er sich in einer Situation struktureller Beweisnot befindet – so beim Beweis innerer Tatsachen. Hierbei handelt es sich um Umstände, die das Gefühls- und Seelenleben eines Menschen betreffen. In diese Gruppe gehören etwa Wille, Absicht, Kenntnisse, Motive oder Gemütszustände einer Person.<sup>1)</sup> Seit

jeher betont die Literatur,<sup>2)</sup> dass innere Tatsachen für sich genommen in der Außenwelt nicht wahrzunehmen und einem unmittelbaren Beweis damit entzogen sind. Zeiller<sup>3)</sup> war gar generell der Meinung, dass man „über das Innere des Menschen nicht wohl entscheiden [kann].“ Diese Auffassung dürfte indes auch die Rsp teilen, wenn sie hinsichtlich innerer Motive „Beweisschwierigkeiten“<sup>4)</sup> verortet und betont, dass innere Tatsachen sich „nicht oder allenfalls nur ausnahmsweise“<sup>5)</sup> oder „in der Regel nur schwer nachweisen [lassen]“.<sup>6)</sup>

So einig man sich betreffend die beweisrechtlichen Schwierigkeiten auch sein mag, so beharrlich wird es doch vermieden, das ihnen zugrundeliegende rechtliche Problem beim Namen zu nennen: positive Feststellungen, dass bestimmte innere Tatsachen in einem konkreten Fall vorlagen, werden mitunter durch die Anforderungen an das Beweismaß verhindert. Zwar kann keineswegs bezweifelt werden, dass hinsichtlich innerer Tatsachen volle richterliche Überzeugung eintreten kann. Allerdings – und das ist der entscheidende Punkt – ist ein Vollbeweis angesichts der Komplexität geistiger Vorgänge *strukturell schwieriger zu erreichen*. Zumal dem Gesetzgeber unterstellt werden kann, an-

<sup>2)</sup> Statt vieler Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 54; Lukas, Die subjektive Seite der List, ecolex 2012, 548 (548): „Was eine Person bei Vertragsabschluss weiß und will, erschließt sich nur ihr selbst.“

<sup>3)</sup> Abgedruckt in den von Ofner (Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II [1889] 369) herausgegebenen Beratungsprotokollen zum ABGB. Freilich bezog sich Zeiller auf das Verständnis der Redlichkeit.

<sup>4)</sup> OGH 14.09.1995, 8 ObA 290/95.

<sup>5)</sup> OGH 24.02.2021, 9 ObA 32/20a; 25.04.2019, 6 Ob 35/19v; siehe zudem OLG Graz 24.04.2025, 3 R 52/25d; 29.10.2025, 4 R 148/25d; OLG Innsbruck 27.03.2025, 1 R 193/24b; 28.04.2023, 3 R 25/23k.

<sup>6)</sup> OGH 30.05.2016, 6 Ob 85/16t; in diesem Sinne auch die Begründung des Erstgerichts in OLG Linz 26.03.2025, 2 R 24/25z: „nur schwer (oder kaum)“.

\*) Für die kritische Lektüre und viele wertvolle Anmerkungen zum Manuskript danke ich Dr. Felix Artner-Herzberg, LL.M. (Cambridge) sowie Senatspräsident des OGH Dr. Gottfried Musger.

<sup>1)</sup> Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast I<sup>5</sup> (2023) Kap 18 Rz 5; Prütting in MüKo ZPO<sup>7</sup> (2025) § 284 Rz 41; Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> (2017) Vor § 266 ZPO Rz 44; Allner, Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung (1993) 47.

gemessene Anforderungen an den Beweis materiellrechtlicher Tatbestandsvoraussetzungen gestellt zu haben,<sup>7)</sup> muss es Wege geben, diesen Beweisschwierigkeiten angemessen begegnen zu können..

Nachfolgend werden bestehende Ansätze der Judikatur aufgezeigt, wie der Beweisführer beim Nachweis innerer Tatsachen unterstützt wird (Punkt B.). In einem zweiten Schritt wird untersucht, ob diese Spruchpraxis mit den herkömmlichen Anforderungen an das Beweismaß in Einklang zu bringen ist oder dieses – allenfalls: in manchen Situationen – richterlichen Modifizierungen zugänglich sein muss (Punkt C.). Nachdem im Anschluss daran die Möglichkeiten zur richterlichen Beweislastumkehr angesprochen werden (Punkt D.), schließt die Abhandlung mit einer Zusammenfassung der Kernthesen (Punkt E.).

## B. Methoden zur Bewältigung der Beweisnot

### I. Prozessuale Ansätze

Die Judikatur erweist sich bei näherer Betrachtung als methodische Fundgrube für verschiedene Wege, den ontologischen (also: den schon von Grund auf bestehenden) Besonderheiten innerer Tatsachen im Beweisverfahren Rechnung zu tragen. Einerseits werden prozessuale Instrumente der mittelbaren Beweisführung herangezogen<sup>8)</sup> und so versucht, aus erweislichen Hilfstatsachen (Handlungen, Erfolge) Rückschlüsse auf das (Nicht-)Vorliegen innerer Tatsachen zu ziehen. Genau genommen greift die Judikatur auf den mittelbaren Beweis in dreierlei, nachstehend dargelegten Facetten zurück.

#### 1. Anscheinsbeweis

Ein beliebtes Instrument zur Bewältigung von Beweisnot ist der Anscheinsbeweis (*prima-facie*-Beweis).<sup>9)</sup> Der Beweisführer stützt sein Beweisangebot auf Erfahrungsgrundsätze, die auf einer typischen formelhaften Verknüpfung<sup>10)</sup> zweier Tatsachen beruhen. Aufgrund eines stereotypen Geschehensablaufs wird von leichter beweisbaren Hilfstatsachen auf das (Nicht-) Vorliegen tatbestandsrelevanter Umstände geschlossen.<sup>11)</sup> Wirkungsmäßig kommt es also zu einer Verschiebung

des Beweisthemas.<sup>12)</sup> Von einem Erfahrungsgrundsatz spricht man dabei aber erst, wenn sich die Typizität der Tatsachenverknüpfung aus einer Vielzahl vergleichbarer Situationen ergibt. Derartige Handlungsabläufe müssen „nicht ausnahmslos gelten“, wohl aber „mit höchster Wahrscheinlichkeit zutreffen.“<sup>13)</sup> Die Lehre geht also nur bei besonders aussagekräftigen – eben: stereotypen – Erfahrungszusammenhängen von der Zulässigkeit des Anscheinsbeweises aus. Es kann somit auch nicht überraschen, dass einem erfolgreich geführten *prima facie*-Beweis starke Aussagekraft beigemessen wird. Aufgrund des formelhaften Zusammenhangs der jeweiligen Tatsachen ist mit *hoher Wahrscheinlichkeit*<sup>14)</sup> von der Richtigkeit des nachzuweisenden Beweisumstands auszugehen;<sup>15)</sup> beim Anscheinsbeweis handelt es sich letztlich also um einen „gewöhnlichen“ Vollbeweis.

Nach der jüngeren Rsp<sup>16)</sup> ist die Frage, ob nach den festgestellten Umständen ein Tatbestand vorliegt, der eine Verschiebung des Beweisthemas im Sinne des Anscheinsbeweises zulässt, eine Frage der rechtlichen Beurteilung und damit (grundsätzlich) revisibel. Ob ein so starker Erfahrungssatz vorliegt, der die Anwendung des Anscheinsbeweises im konkreten Fall rechtfertigt, ist hingegen eine Frage der in dritter Instanz nicht bekämpfbaren Beweiswürdigung.<sup>17)</sup>

Aufgrund einer im Rechtsmittel monierten unrichtigen rechtlichen Beurteilung wurde die Zulässigkeit eines *prima-facie*-Beweises etwa bejaht, um die Wissentlichkeit (innere Tatsache) des Missbrauchs eines Abhängigkeitsverhältnisses iS des § 1328 ABGB nachweisen zu können.<sup>18)</sup> Die Klägerin war zum Zeitpunkt des erstmaligen sexuellen Kontakts 14 Jahre alt, „intellektuell grenzbegabt“ und pflegte ein vaterschaftsähnliches Verhältnis zum 26 Jahre älteren Beklagten. Dieser war seit Jahren mit der Mutter der Klägerin liiert. Ein *prima-facie*-Beweis gelange dort zur Anwendung, wo „typische Verhaltensweisen stets gleichartige und zuverlässige Schlüsse auf bestimmte innere Zustände eines Menschen zulassen“. Der OGH erachtete es also für zulässig, aufgrund typischer Verhaltens-

<sup>12)</sup> Artner, Der Beweis im Versicherungsrecht (2024) 24; Bienert-Nießl, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozeß (2003) 306; RIS-Justiz RS0040274; RS0022611; RS0040196 [T15]; RS0022549 [T3].

<sup>13)</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983) 106.

<sup>14)</sup> Zur Frage des Regelbeweismaßes siehe Punkt C.I.

<sup>15)</sup> Artner, ÖJA 2024, 160 ff; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung (1979) 202; Prütting in MüKo<sup>7</sup> § 286 ZPO Rz 52; Kollhosser, Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165, 46 (46). So auch Oberhammer, Anmerkung zu OGH 6 Ob 2100/96h, ÖBA 1998, 474 (480), wenn er meint, der Anscheinsbeweis sei „gar nichts Besonderes“. AA hingegen Kegel, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in FS Kronstein (1967) 321 (334).

<sup>16)</sup> RIS-Justiz RS0040196 [T5, T15, T17]. Zust Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 67.

<sup>17)</sup> RIS-Justiz RS0040196 [T2, T14, T16, T18].

<sup>18)</sup> OGH 15.10.1992, 8 Ob 615/92.

<sup>7)</sup> Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit (1978) 181.

<sup>8)</sup> Insofern gilt auch im Zivilprozess der aus dem Strafrecht stammende Rechtssatz (RIS-Justiz RS0098671), wonach „auch aus äußeren Umständen der Tat [...] Schlüsse auf die subjektive Tatseite gezogen werden [können]“. Zur rechtsstaatlichen Vertretbarkeit siehe nur RIS-Justiz RS0116882.

<sup>9)</sup> Umfassend hierzu Artner, Scheininstitut Anscheinsbeweis?, ÖJA 2024, 160 ff.

<sup>10)</sup> Statt vieler Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 894; krit zu dieser Formulierung Mustelak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts (1984) Rz 160.

<sup>11)</sup> Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht (2020) Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18; Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1976) 251; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht<sup>18</sup> (2018) § 114 Rz 36; Nikisch, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> (1952) 323.

weisen einer vergleichbaren Maßfigur in einer vaterähnlichen Rolle auf die inneren Zustände des Beklagten zu schließen. Inhaltlich spräche der Beweis des ersten Anscheins dafür, „daß sich der Beklagte der Wirkungen seiner Stellung auf die Klägerin bewußt war und daß die Abhängigkeit ein Beweggrund für die Klägerin zur Hingabe gewesen ist.“

Es kann wohl außer Streit gestellt werden, dass das Ergebnis vorliegender Entscheidung überzeugt. Nicht von der Hand zu weisen ist aber, dass die Begründung in ein gewisses Spannungsfeld zu jener Rsp<sup>19)</sup> rückt, die den Anscheinsbeweis dort ausschließt, wo der zu beweisende Kausalverlauf durch den Willensentschluss eines Menschen bestimmt wird. Welche Absichten eine Person in einer konkreten Situation hatte, ist zweifellos in gleichem Ausmaß individueller Natur, wie der freie Willensentschluss eines Menschen, der weitere Auswirkungen auf den Kausalverlauf nach sich zieht. Verneint man die Zulässigkeit eines Anscheinsbeweises, wenn aufgrund der Komplexität und Pluralität kognitiver Vorgänge keine stereotypen Tatsachenzusammenhänge ausgemacht werden können, hätte diese Regel demnach auch im vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht werden müssen. Weil alleine aufgrund der familiären Ausgangssituation aber keineswegs „stets gleichartige und zuverlässige Schlüsse“ auf die innere Überzeugung von Personen möglich sind, kann auch nicht unter Rückgriff auf einen typischen Geschehensablauf beurteilt werden, welche Gedanken sich der Beklagte im Zuge der Aufnahme sexueller Kontakte zu der Tochter seiner Lebensgefährtin gemacht hat. Hinzu kommt, dass nach der zuvor dargestellten hL erst von einem *Erfahrungssatz* gesprochen werden kann, wenn sich der stereotype Zusammenhang zwischen Hilfstatsache und nachzuweisendem Beweisumstand bereits aus einer Vielzahl vergleichbarer Situationen ergibt. Da Konstellationen wie im Anlassfall (glücklicherweise) eher selten sind, entbehrt der herangezogene Anscheinsbeweis auch seiner empirischen Grundlage.

Indes wäre denkbar, den vorliegenden Fall als Fortsetzung jener Rsp-Linie<sup>20)</sup> zu betrachten, nach der auf Basis eines Anscheinsbeweises positive Feststellungen getroffen werden können, wenn alle anderen Möglichkeiten so unwahrscheinlich sind, dass nur noch eine Alternative ernstlich in Betracht kommt. *Jungmann*<sup>21)</sup> bezeichnet dieses Ausschlie-

ßungsverfahren als Anscheinsbeweis „ohne ersten Anschein“. Allerdings erscheint die dogmatische Einordnung unter den Topos des *prima-facie*-Beweises schon deshalb inkonsequent, weil überhaupt keine *Erfahrungsgrundsätze* im herkömmlichen Sinn herangezogen werden.<sup>22)</sup> Werden aufgrund des bisherigen Beweisanbots alle anderen Ursächlichkeiten ausgeschlossen, ist die verbleibende Möglichkeit schlicht am wahrscheinlichsten.<sup>23)</sup> Hierbei handelt es sich aber um keinen stereotypen Geschehensablauf, sondern lediglich um ein Indiz. Ob dieses aussagekräftig genug ist, um allein auf dessen Basis von der verbleibenden Alternative ausgehen und positive Feststellungen treffen zu können, steht auf einem anderen Blatt.<sup>24)</sup>

Damit reifen auch Zweifel am Ergebnis der jüngeren – wenngleich: überaus profund gestalteten – erbrechtlichen Entscheidung zu 2 Ob 248/23v.<sup>25)</sup> Nach den §§ 781 ff ABGB sind (gemischte) Schenkungen des Verstorbenen auf Verlangen eines Berechtigten bei der Bemessung des Pflichtteils hinzuzurechnen und allenfalls auf den Pflichtteil des Beschenkten anzurechnen. Damit aber von einer (gemischten) Schenkung im Rechtssinn ausgegangen werden kann, muss (zumindest teilweise) ein zweiseitiger (!) Schenkungsvertrag zustande gekommen und die Zuwendung des Verstorbenen somit (partiell) in Schenkungsabsicht (*animus donandi*) erfolgt sein. Nach allgemeinen Regeln ist dieses Tatbestandsmerkmal von demjenigen zu beweisen, der darauf seinen Anspruch gründet.<sup>26)</sup> Den zuvor skizzierten Schwierigkeiten beim Beweis innerer Tatsachen versuchte der OGH auch in diesem Fall unter Zuhilfenahme eines Anscheinsbeweises zu begegnen.<sup>27)</sup> Aus dem Umstand eines krassen Wertmissverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung könne *prima facie* auf das Vorliegen von Schenkungsabsicht geschlossen werden.<sup>28)</sup> Zwar ist der in diesem Zusammenhang herangezogene Satz der Lebenserfahrung sicherlich ergiebiger als hinsichtlich des wissentlichen Missbrauchs eines Abhängigkeitsverhältnisses iS des § 1328 ABGB; die in beiden Fällen zu erhebenden Bedenken sind aber doch ident. Das Vorliegen eines Wertmissverhältnisses steht wohl kaum in einem stereotypen Erfahrungszusammenhang mit dem Vorliegen von

<sup>22)</sup> Artner, Beweis 38 f.

<sup>23)</sup> Hierzu umfassend Artner, Beweis 38 f: „Der Erfahrungssatz lautet daher nicht ‚Wenn A, dann B‘, sondern: ‚Wenn für den Erfolg B die Ursachen A<sub>1</sub>, A<sub>2</sub>, ... A<sub>n</sub> in Betracht kommen und Ursachen A<sub>1</sub> bis A<sub>n-1</sub> unwahrscheinlich sind, kann nach der Lebenserfahrung nur Ursache A<sub>n</sub> kausal für B gewesen sein“.

<sup>24)</sup> So aber Jungmann, ZZZ 120, 459 (471) für das (höhere) deutsche Beweismaß; für die österreichische Rechtslage differenzierend Artner, Beweis 40 f.

<sup>25)</sup> OGH 19.11.2024, 2 Ob 248/23v.

<sup>26)</sup> RIS-Justiz RS0019370.

<sup>27)</sup> Beweiserleichterungen waren schon zuvor anerkannt, siehe RIS-Justiz RS0111389. Anders OGH 13.12.2022, 2 Ob 205/22v.

<sup>28)</sup> RIS-Justiz RS0135276. Umfassend hierzu Kranzer, Zur analogen Anwendung der vermuteten (teilweisen) Schenkungsabsicht des § 935 Fall 3 ABGB in Erb- und Pflichtteilsprozessen, NZ 2025, 66 ff.

<sup>19)</sup> RIS-Justiz RS0040288; zuletzt etwa OGH 10.09.2024, 10 Ob 35/24f; zust Spitzer in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> (2007) § 1296 Rz 4a. Krit hingegen Steininger, Anmerkung zu OGH 7 Ob 220/04k, ÖBA 2006, 60 (62); Koller, Beweisfragen bei kapitalmarktrechtlichen Prozessen in Österreich, ZZZ 133, 421 (447 mwN), die auch bei individuellen Willensentschlüssen formelhafte Geschehensabläufe anerkennen („Standardverhalten“); ihnen folgend Schindl, Anmerkung zu OGH 2 Ob 238/23v, Zak 2025, 49 (51).

<sup>20)</sup> OGH 29.06.2000, 2 Ob 133/99v; BGH 05.10.2004, XI ZR 210/03 [Ursachen für unbefugte Bankomatkarten-Abhebung]; BGH 14.12.1953, III ZR 183/52 [Ursache für eine Ansteckung mit Syphilis].

<sup>21)</sup> Jungmann, Der „Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein“, ZZZ 120, 459 ff.

Schenkungsabsicht. So ist es doch alles andere als abwegig, dass die Vertragsparteien im vorliegenden Fall davon ausgegangen sind, dass sich die wechselseitig vereinbarten Leistungen<sup>29)</sup> äquivalent gegenüberstehen.

Letztlich hängt die Frage der Zulässigkeit des Anscheinsbeweises zwar davon ab, an welchem Maßstab man die Typizität des Erfahrungszusammenhangs messen möchte. Es widerspricht mE aber den Grundsätzen des *prima facie*-Beweises, dieses Rechtsinstitut zur Überwindung von Beweisschwierigkeiten heranzuziehen, wenn die im Raum stehenden Alternativen ähnlich plausibel sind. Den für die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises erforderlichen stereotypen Geschehensablauf wird man hinsichtlich innerer Tatsachen schon aufgrund der zuvor angesprochenen Pluralität und Komplexität gedanklicher Strömungen ohnehin kaum je annehmen können. Hinzu kommt, dass durch Zuerkennung eines Anscheinsbeweises das Beweisrisiko – das sich hinsichtlich der Schenkungsabsicht (innere Tatsache) insofern verschärft, als diese in aller Regel ohnedies nur mittels Partei- oder Zeugenaussage bewiesen werden kann –, zunächst auf den nicht beweisbelasteten Prozessgegner überwältigt wird. Auch der Einwand, dass dieser ohnehin noch die Möglichkeit hätte, den ersten Anschein durch den Nachweis einer anderen ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeit zu entkräften,<sup>30)</sup> kann die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises im Bereich der inneren Tatsachen mAn nicht rechtfertigen. Wird etwa vom Prozessgegner vorgebracht, er hätte im Zeitpunkt der Zuwendung andere Absichten verfolgt, wird man darin bereits eine „ernstliche Möglichkeit eines atypischen Ablaufs“<sup>31)</sup> sehen müssen, die zur Erschütterung des Anscheinsbeweises und damit zu einem Wiederaufleben der „gewöhnlichen“ Beweiswürdigung führt. Im Ergebnis erweist sich also nicht nur die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises in Bezug auf innere Tatsachen als zweifelhaft; einer Berufung auf einen *prima facie*-Beweis wäre aufgrund der regelmäßigen Plausibilität „atypischer“ Geschehensabläufe – die bei genauerer Betrachtung gar nicht einmal so ungewöhnlich sein werden – ohnedies kaum je Erfolg beschieden. Es ist somit überzeugender, im groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung von Vornherein – nur, aber immerhin – ein Indiz (dazu sogleich) für Schenkungsabsicht zu sehen.<sup>32)</sup>

<sup>29)</sup> Konkret: Übergabe eines Weinbaubetriebes im Gegenzug für die Übernahme einer Kreditverbindlichkeit, Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrecht des Erblassers und dessen Ehefrau, Verköstigung der Ehegatten, Unterhaltszahlungen sowie Weinlieferungen an den Erblasser.

<sup>30)</sup> RIS-Justiz RS0040196.

<sup>31)</sup> RIS-Justiz RS0040196 [T8]; *Rechberger/Koller* in Klicka/Koller, ZPO<sup>6</sup> (2025) Vor § 266 ZPO Rz 2/3 mwN.

<sup>32)</sup> AA und für einen Anscheinsbeweis im Sinne der Rsp *Musger* in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>6</sup> (2026) § 781 ABGB Rz 2; siehe aber auch *derselbe*, Rsp im Erb- und Pflichtteilsrecht 2023, NZ 2024, 118 (124): Schenkungsabsicht sei bei einem krassen Missverhältnis in manchen Konstellationen „zu vermuten“; siehe auch *Zollner*, An-

Aus einer Zusammenschau der beiden dargestellten Fälle erhellt, dass ein Anscheinsbeweis zum Beweis innerer Tatsachen schlicht ungeeignet ist. Typische Geschehensabläufe auf Basis von *Erfahrungsgrundsätzen* sind nicht denkbar, weil über das Innere eines Menschen keine verallgemeinerungsfähigen Aussagen getroffen werden können.<sup>33)</sup>

## 2. Indizienbeweis

In literarischen Auseinandersetzungen mit dem mittelbaren Beweis wird der Indizienbeweis traditionell in einem Atemzug mit dem Anscheinsbeweis genannt. Auch bei ersterem wird auf Basis von *Hilfstatsachen* auf tatbestandsrelevante Umstände geschlossen. Der wesentliche Unterschied zum Anscheinsbeweis liegt aber in der Stärke des herangezogenen Erfahrungssatzes: Während dem *prima facie*-Beweis *Erfahrungsgrundsätze* zugrunde liegen, die auf stereotypen Geschehensabläufen basieren, wird beim Indizienbeweis von individuellen Sachlagen auf den nachzuweisenden Umstand geschlossen.<sup>34)</sup> Grundlage hierfür ist ein „höchstpersönliche[r] und unvertretbare[r] Erkenntnisvorgang“, der auf der richterlichen Lebenserfahrung beruht.<sup>35)</sup> Die einem Indizienbeweis zugrundeliegenden *Erfahrungssätze* haben sich also mangels Typizität (noch) nicht zu *Erfahrungsgrundsätzen* verdichtet.<sup>36)</sup>

Dass das Gericht seine Überzeugungsbildung auch auf Indizien stützen darf, ergibt sich bereits aus einem konsequenten Verständnis der freien Beweiswürdigung. Allerdings: Verglichen mit *Erfahrungsgrundsätzen* ist der Beweiswert von *Erfahrungssätzen* nach hA<sup>37)</sup> deutlich geringer. *Prütting*<sup>38)</sup> spricht gar davon, dass letztere „eine gewisse schwache Wahrscheinlichkeit aufweisen, die aber in keinem Fall ausreichen kann, für sich allein volle richterliche Überzeugung zu erzielen“. Das ist nur konsequent, denn werden Feststellungen aufgrund eines einzelnen Erfahrungssatzes getroffen, liegt bereits ein unmittelbarer Beweis – nicht aber

merkung zu 2 Ob 205/22v, PSR 2023, 93 (97 f). AA und für eine Abkehr von Beweiserleichterungen *Hofmann*, Gemischte Schenkung, Schenkungsabsicht und der Auffangtatbestand des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB – Konsequenzen aus den Entscheidungen 2 Ob 184/22f und 2 Ob 205/22v, JEV 2023, 4 (5 f).

<sup>33)</sup> Wie hier auch OGH 07.09.1993, 10 ObS 141/93; ferner BGH 18.03.1987, IVa ZR 205/85, wonach ein Anscheinsbeweis bei vorsätzlichem Suizid aufgrund individueller Umstände ausscheidet. IdS auch *Ramharter*, Der Pflichtwidrigkeitsausschluss in der D&O-Versicherung, ZFR 2018, 386 (389) mwN.

<sup>34)</sup> *E. Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung<sup>5</sup> (1994) Rz 375 f; *Kollhosser*, AcP 165, 46 (46 f). Zur Abgrenzung: *Hansen*, Anscheins- und Indizienbeweis bei § 180a Abs 1 VVG, VersR 1991, 282 (282 f).

<sup>35)</sup> *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> (2024) § 1296 ABGB Rz 36.

<sup>36)</sup> Siehe nur *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 58.

<sup>37)</sup> *Kollhosser*, AcP 165, 46 (47); *Foerste* in Musielak/Voit, ZPO<sup>23</sup> (2026) § 286 Rz 25; *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976) 123.

<sup>38)</sup> *Prütting*, Gegenwartsprobleme 108.

ein mittelbarer Indizienbeweis – vor. Richterliche Überzeugung kann bei herkömmlichen Beweismaßanforderungen nur dann mittels Indizienbeweises herbeigeführt werden, wenn mehrere Indizien zusammentreten.<sup>39)</sup>

Zum Beweis innerer Tatsachen greift die Judikatur nur zu gerne auf den Indizienbeweis zurück: So schließt die Rsp im insolvenzrechtlichen Anfechtungsrecht auf Basis eines Indizienbeweises auf Benachteiligungs-<sup>40)</sup> oder Begünstigungsabsicht<sup>41)</sup> des Schuldners. Ferner bleibt dem Indizienbeweis ein Anwendungsfeld, wenn rechtsmissbräuchliches Verhalten bewiesen werden soll.<sup>42)</sup> Weil ein Ausgleichszulagenbezieher gegenüber einem Dritten auf Ansprüche mit Einkommenscharakter verzichtet hat, wurde aus Hilfstatsachen<sup>43)</sup> geschlussfolgert, dass der Verzicht gegenüber dem Versicherungssträger in unlauterer Absicht erfolgte.

Aus rechtsvergleichender Perspektive sei außerdem darauf hingewiesen, dass die dRsp den Indizienbeweis im versicherungsrechtlichen Kontext heranzieht, um Problemen beim Beweis innerer Tatsachen entgegenzutreten: Möchte sich der Versicherer auf den Risikoausschluss<sup>44)</sup> für wissentli-

che Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung berufen, hat dieser nach allgemeinen Regeln die Pflichtverletzung sowie die Wissentlichkeit des Verstoßes zu beweisen. Verstößt ein Geschäftsleiter aber gegen sogenannte Kardinalpflichten – also: fundamentale Pflichten, deren Kenntnis schon nach der Lebenserfahrung vorausgesetzt werden kann – schließen die Gerichte schon aus diesem Umstand, dass der Pflichtverstoß wissentlich erfolgte.<sup>45)</sup>

Die Beliebtheit des Indizienbeweises hinsichtlich innerer Tatsachen ist auf den ersten Blick verblüffend, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass der Beweiswert einfacher Erfahrungssätze bekanntlich nur gering ist. Wie soll richterliche Überzeugung eintreten, wenn nur eine schwache Wahrscheinlichkeit für die jeweilige Behauptung spricht? Dieser vermeintliche Widerspruch soll an späterer Stelle<sup>46)</sup> aufgelöst werden. Für den Moment wird lediglich darauf hingewiesen, dass bei strukturellen Beweisschwierigkeiten<sup>47)</sup> eine besondere Notwendigkeit der mittelbaren Beweisführung besteht. Zumal hinsichtlich innerer Tatsachen aber keine stereotypen Geschehensabläufe denkbar sind, wird eben kurzerhand der Indizienbeweis bemüht. Im Lichte vorstehend geschilderter Ambivalenz bedarf diese Vorgehensweise aber näherer Erörterung.

### 3. Tatsächliche Vermutung

Das dritte prozessuale Instrument mittelbarer Beweisführung ist die *tatsächliche Vermutung*.<sup>48)</sup> Die Rsp bedient sich dieser Figur sporadisch,<sup>49)</sup> um die beweisbelastete Partei bei deren Beweisführung zu unterstützen.<sup>50)</sup> Wie die beiden anderen Arten

<sup>39)</sup> Es ist also verfehlt, wenn ein deutsches Landgericht unter Bezugnahme auf eine Passage eines Kölner Volksliedes aus drei deliktstypischen Fahrfehlern nicht auf alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit schließt, weil nämlich gelte: „Driemoal null es null, bleev null ...“ Beim Indizienbeweis gilt gerade nicht „3 x 0 = 0“, denn wie das OLG Düsseldorf (15.09.1976, 2 Ss 840/76) zutreffend ausführte, ist es „durchaus möglich, sogar naheliegend, daß einem Richter ein einziger Fahrfehler nicht zur Annahme alkoholischer Fahruntüchtigkeit ausreichen kann, daß aber eine Häufung von Fahrfehlern oder von auffälligem Fahrverhalten durchaus den Schluß auf alkoholische Fahruntüchtigkeit zuläßt.“ Weiterführend *Nack*, Der Indizienbeweis, MDR 1986, 366 (369).

<sup>40)</sup> *(In-)Kongruenz der Deckung*: OGH 29.01.2004, 6 Ob 217/03k; 10.04.1991, 1 Ob 541/91; 09.10.1991, 1 Ob 604/91; aA und für eine tatsächliche Vermutung bei Inkongruenz *Dänzer*, Die tatsächliche Vermutung – Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozeß (1914) 64 ff mwN. *Niedriger Verkehrswert einer Liegenschaft*: OGH 13.07.1999, 4 Ob 103/99x. *Weitere Fälle*: OGH 03.03.2025, 17 Ob 17/24k; 24.06.2003, 3 Ob 68/02z; 30.06.1994, 6 Ob 532/94; 25.10.1988, 5 Ob 589/88. Zust betreffend den Indizienbeweis *Bollenberger/Spitzer* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO<sup>2</sup> (2022) § 28 IO Rz 4.

<sup>41)</sup> OGH 23.01.2018, 10 Ob 72/17m; 24.08.2016, 3 Ob 107/16f; RIS-Justiz RS0064365.

<sup>42)</sup> OGH 07.09.1993, 10 ObS 141/93; 30.03.1993, 10 ObS 233/92. *Obiter* wurde überdies klargestellt, dass eine Vorgehensweise nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises jedenfalls ausscheidet: „Der in der Regel nicht strittige Verzicht ergibt nämlich noch keinen Beweis des ersten Anscheins für ein unlauteres Motiv des Verzichtes oder für ein eindeutiges Überwiegen solcher Motive, weil die typische formelhafte Verknüpfung fehlt.“

<sup>43)</sup> So etwa: Enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Verzicht und der beabsichtigten Inanspruchnahme von Sozialleistungen gegenüber dem geschädigten Versicherer oder Fehlen gemeinhin verständlicher und lauterer Gründe für den Verzicht.

<sup>44)</sup> A-7.1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB D&O),

Musterbedingungen des GDV: „Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche wegen vorsätzlicher Schadenverursachung oder durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung. Den versicherten Personen werden die Handlungen und Unterlassungen nicht zugerechnet, die von anderen Organmitgliedern begangen wurden.“

<sup>45)</sup> BGH 19.11.2025, IV ZR 66/25, wobei *in concreto* schon die Kausalität der vom OLG Frankfurt in zweiter Instanz angenommen Kardinalpflichtverletzung (Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht) für den eingetretenen Schaden verneint wurde; siehe außerdem BGH 17.12.2014, IV ZR 90/13; OLG Hamm 07.03.2007, 20 U 132/06; LG Wiesbaden 06.03.2019, 5 O 234/17; OLG Köln 16.11.2021, 9 U 253/20; 26.06.2012, 9 U 3/12; OLG Frankfurt 08.05.2025, 3 U 113/22. Umfassend zur Genese dieser Judikatur: *I. Vonkilch*, Prozessuale Handhabung des Ausschlusses wissentlicher Pflichtverletzungen in der D&O-Versicherung, ZVers 2026, 70 (71).

<sup>46)</sup> Siehe hierzu Punkt C.

<sup>47)</sup> *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht (2005) 63 spricht diesbezüglich von der „kognitive[n], ontologische[n] und normative[n] Verschiedenheit der zu beurteilenden Behauptungen“.

<sup>48)</sup> Mitunter auch bezeichnet als *praesumptiones facti*, natürliche oder unechte Vermutungen. *Prütting* (in *MüKo*<sup>1</sup> § 292 ZPO Rz 30) sieht darin manchmal ein „historisches Relikt der Präsumtionen des gemeinen Rechts“.

<sup>49)</sup> *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 318: „regellos, wenn es gerade ‚praktisch‘ erscheint“.

<sup>50)</sup> Von der *tatsächlichen Vermutung* ist die *gesetzliche Vermutung* zu unterscheiden. Letztere findet ihr dogma-

des mittelbaren Beweises basiert auch die tatsächliche Vermutung auf einem – manchmal stärker, manchmal schwächer ausgeprägten – Satz der Lebenserfahrung<sup>51)</sup> und ermöglicht ebenfalls Feststellungen, sobald bestimmte Hilfstatsachen erwiesen sind. *Allner*<sup>52)</sup> sieht in ihr einen „Rettungsanker“ [...] mit dessen Hilfe die Gerichte bei schwieriger Beweislage das gewünschte Ergebnis doch noch erzielen.“

Voraussetzungen und Rechtswirkungen der tatsächlichen Vermutung sind bis heute unklar.<sup>53)</sup> Versucht man die bislang vorhandenen Konturen deutlicher herauszuarbeiten, erweist sich abermals eine induktive Vorgehensweise auf Basis einzelner Entscheidungen – die sich allesamt mit dem Beweis innerer Tatsachen beschäftigten – als aufschlussreich. Der OGH greift etwa auf eine tatsächliche Vermutung zurück, um die nach manchen UWG-Tatbeständen<sup>54)</sup> erforderliche Wettbewerbsabsicht nachzuweisen. Stehen die Prozessparteien zueinander in Wettbewerb und wurden im geschäftlichen Verkehr Äußerungen getätigt, die dazu geeignet sind, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, wird Wettbewerbsabsicht vermutet.<sup>55)</sup> Gleichermaßen schließt die Judikatur bei Unterlassungsansprüchen im Persönlichkeits-, Wettbewerbs- und Urheberrecht auf das Vorliegen von Wiederholungsgefahr (innere Tatsache der Willensrichtung des Rechtsverletzers), wenn eine Rechtsverletzung bereits erfolgt ist.<sup>56)</sup> Selbiges gilt für Besitzstörungen.<sup>57)</sup>

Weiters nehmen die Gerichte auf Basis einer tatsächlichen Vermutung an, dass sich der Unterhaltspflichtige der Leistung absichtlich entzogen hat, wenn der Unterhaltsberechtigte Tatsachen vorbringt, die diese „Annahme rechtfertigen“. <sup>58)</sup> Ähnlich wird Schädigungsabsicht angenommen, wenn

tisches Fundament in § 270 ZPO, wonach Tatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, keines Beweises bedürfen. Siehe auch *Dänzer*, Die tatsächliche Vermutung 1: „Die Rechtsvermutung gründet sich auf einen Rechtssatz. Die tatsächliche auf einen Erfahrungssatz“.

<sup>51)</sup> *Thole* in Stein/Jonas, ZPO<sup>23</sup> (2018) § 292 Rz 7; *Prütting* in MüKo<sup>7</sup> § 292 ZPO Rz 31; *Laumen*, Die sog. tatsächliche Vermutung, MDR 2015, 1 (3).

<sup>52)</sup> *Allner*, Tatsächliche Vermutung 41.

<sup>53)</sup> *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess (1975) 156 ff; *Prütting*, Gegenwartsprobleme 50 ff.

<sup>54)</sup> So etwa §§ 4, 7, 10, 11 Abs 2 und 12 UWG. Seit der UWG-Novelle 2007 ist das Vorliegen von Wettbewerbsabsicht nicht mehr Tatbestandselement des § 1 UWG.

<sup>55)</sup> RIS-Justiz RS0077686; RS0088261.

<sup>56)</sup> *Für das Urheberrecht*: OGH 18.02.2021, 6 Ob 16/21b; 06.11.1990, 4 Ob 155/90. *Für das UWG*: OGH 20.10.2020, 4 Ob 156/20z; 09.08.2011, 4 Ob 88/11m; 19.10.1999, 4 Ob 272/99z. *Für das Persönlichkeitsrecht*: OGH 06.11.2024, 6 Ob 184/24p, sofern nicht besondere Gründe ausnahmsweise gegen diese Annahme sprechen.

<sup>57)</sup> LGZ Wien 08.02.1982, 42 R 98/82; LG Linz 18.01.1982, 13 R 18/82. Krit und für eine Berücksichtigung der bisherigen Rechtsverletzungen als Indiz im Rahmen der Beweiswürdigung *Kodek* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2011) § 339 ABGB Rz 148.

<sup>58)</sup> OGH 30.06.2005, 3 Ob 78/05z; 12.03.1991, 8 Ob 542/90; 10.04.1990, 5 Ob 534/90.

„der Ablauf eines Geschehens die Vermutung“ begründet.<sup>59)</sup> Die Rsp<sup>60)</sup> greift zudem auf eine Vermutung zurück, um bei einer Rückforderung nach § 1431 ABGB einen Irrtum beim Kondizenten<sup>61)</sup> zu beweisen.<sup>62)</sup> Begründend wird ausgeführt, dass „in den meisten Fällen [...] nur die Tatsache, daß eine Nichtschuld bezahlt wurde, die Annahme rechtfertigen, daß dies irrtümlich geschehen sei, weil im allgemeinen nicht angenommen werden kann, daß jemand wissentlich eine Nichtschuld bezahlt“. <sup>63)</sup> Dabei dürfte der OGH durch die Bezugnahme auf die „meisten Fälle“ bemüht sein, sich vom Anscheinsbeweis zu distanzieren, für dessen Anwendbarkeit bekanntlich ein formelartiger Zusammenhang notwendig wäre.<sup>64)</sup>

Doch wodurch unterscheidet sich die tatsächliche Vermutung von den beiden zuvor erörterten Arten mittelbarer Beweisführung? Das Referat einschlägiger Judikate zeigt nämlich deutlich: Inhaltlich funktioniert sie wie beide andere Rechtsinstitute – auf Basis von Hilfstatsachen wird auf tatbestandsrelevante Umstände geschlossen. *Prima facie* hätte in den eben umrissenen Konstellationen also auch – je nach Typizität des Erfahrungssatzes – ein Anscheins- oder Indizienbeweis herangezogen werden können.<sup>65)</sup> Allerdings wurde bereits zuvor<sup>66)</sup> dargelegt, dass hinsichtlich individueller, kognitiver Strömungen keine typischen Geschehensabläufe denkbar sind. Eine von der Rsp angenommene tatsächliche Vermutung könnte in diesem Bereich also jedenfalls nicht durch einen Anscheinsbeweis substituiert werden. Man sollte jene Konstellationen, in denen die Judikatur zum Beweis innerer

<sup>59)</sup> RIS-Justiz RS0117937.

<sup>60)</sup> OGH 15.06.2016, 7 Ob 92/16d; 24.06.1997, 1 Ob 2375/96p; 25.01.1995, 3 Ob 505/95; 07.07.1987, 2 Ob 577/87.

<sup>61)</sup> Zur Beweislastverteilung im Bereicherungsrecht siehe nur *Wilburg* in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch VI<sup>2</sup> (1951) 462; RIS-Justiz RS0033564; RS0033558.

<sup>62)</sup> *Dänzer*, Tatsächliche Vermutung 69 ff; *Wilburg* in Klang VI<sup>2</sup> 463: „Freilich wird in den meisten Fällen die Tatsache daß der Kläger eine Nichtschuld gezahlt hat, eine praktische Vermutung für den Irrtum bilden“.

<sup>63)</sup> OGH 10.06.1985, 1 Ob 585/85; 27.11.1968, 7 Ob 194/68.

<sup>64)</sup> Dennoch spricht die hA (*Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.09</sup> [2023] § 1431 Rz 2; *Pletzer*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 21/11s, immolex 2011, 243 [244]) von einer Beweiserleichterung durch den *prima facie*-Beweis, wenn die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung erwiesen ist. Das ist wohl durch den in sämtlichen der aufgezählten Werke enthaltenen Verweis auf *Mader* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) § 1431 ABGB Rz 5 zu erklären, wo davon gesprochen wird, dass bei Rechtsgrundlosigkeit „*prima facie*“ auch ein Irrtum anzunehmen ist. Allerdings dürfte *prima facie* hier als Synonym für „Vermutung“ zu verstehen sein. Ein Verweis auf den Anscheinsbeweis war mE nicht insistiert. Wie hier aber *Pesek*, Unzulässiger vertraglicher Ausschluss der Mietzinsminderung: Rückzahlungsansprüche des Mieters, wobl 2017, 31 (35).

<sup>65)</sup> Wie hier und ebenfalls kritisch gegenüber dieser Rechtsfigur *Laumen*, MDR 2015, 1 ff. AA und die tatsächliche Vermutung allenfalls als Anwendungsfälle des Anscheinsbeweises begreifend *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht<sup>18</sup> § 113 Rz 35.

<sup>66)</sup> Punkt B.I.1.

Tatsachen der tatsächlichen Vermutung das Wort redet, somit als Anwendungsfälle des Indizienbeweises begreifen.

Dieser Befund steht sogleich auf dem Prüfstand, wenn es darum geht, wie eine tatsächliche Vermutung entkräftet werden kann. In Bezug auf die mit ihr einhergehenden Rechtsfolgen dürfte die Judikatur dieser Figur nämlich durchaus besondere Rechtswirkungen beimessen: So wird etwa davon gesprochen, dass der Prozessgegner „das Gegenteil beweisen“ könne, um die Vermutung der Wettbewerbsabsicht zu entkräften, wenn im geschäftlichen Verkehr Äußerungen getätigt wurden, die dazu geeignet sind, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern.<sup>67)</sup> In anderen Fällen<sup>68)</sup> heißt es wiederum, dass es Sache jener Person ist, die eine Verhaltensweise gesetzt hat, die eine Vermutung von Schädigungsabsicht oder Rechtsmissbrauch begründet, einen gerechtfertigten Beweggrund hierfür zu behaupten und zu beweisen. Auch in dieser Formulierung klingt das Erfordernis an, zur Entkräftung der tatsächlichen Vermutung das Gegenteil zu beweisen. Zur Widerlegung vermutterter Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsansprüchen verlangt die Judikatur indessen, dass Umstände dargetan werden, „die eine Wiederholung [...] als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen.“<sup>69)</sup> Derjenige, dem die tatsächliche Vermutung zum Nachteil gereicht, ist also bereits nach einem erstmaligen Verstoß am Zug, fehlende Wiederholungsgefahr nachzuweisen.<sup>70)</sup>

Die Judikatur verlangt zur Widerlegung einer tatsächlichen Vermutung also in den meisten Fällen<sup>71)</sup> einen Gegenteilsbeweis (Beweis des Gegenteils),<sup>72)</sup> was wirkungsmäßig einer Beweislastumkehr gleichzuhalten ist.<sup>73)</sup> Damit nimmt die Rsp erkennbar Anleihen bei der gesetzlichen Vermutung (§ 270 ZPO).<sup>74)</sup>

Diese Vorgehensweise steht freilich in unverkennbarem Widerspruch zum vorstehend erläuterten Befund, dass es sich bei der tatsächlichen Vermutung hinsichtlich innerer Tatsachen um einen Anwendungsfall des Indizienbeweises handelt. Bei letzterem kommt eine Widerlegung einmal erlangter richterlicher Überzeugung nämlich überhaupt nicht in Betracht, weil das Beweisanbot beider Prozessteile bereits im Zuge der erstmaligen Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist.<sup>75)</sup> Dass die Entkräftung einer tatsächlichen Vermutung nun aber mittels Beweis des Gegenteils möglich sein soll, erweist sich insofern als systemwidrig. Darüber hinaus spricht auch ein weiteres systematisch-teleologisches Argument gegen das Erfordernis eines Gegenteilsbeweises: Die Beweislastverteilung ergibt sich aus dem materiellen Recht.<sup>76)</sup> Schon mehrmals hat die Lehre<sup>77)</sup> zutreffend aufgezeigt, dass für die Verteilung der Beweislast die Nähe zur materiellen Rechtsfolge, nicht aber die prozessuale Aufklärungschance des Beweisführers *im Einzelfall* maßgeblich ist. Der Gesetzgeber ist also geneigt, die Beweislast demjenigen aufzuerlegen, dessen Prozessverlust bei konsequentem „Fortdenken“ des materiellen Rechts eher angemessen ist.<sup>78)</sup> Dabei wird der Gesetzgeber vielfach auch *strukturelle* Beweisprobleme berücksichtigen, weil nur so die fiktiven Prozessaussichten angemessen beurteilt werden können. Etablierten sich nun richterliche Ausnahmen von der gesetzlich vorgesehenen Beweislastverteilung (die Fallgruppen tatsächlicher Vermutungen), würden diese legislativen Wertungen betreffend das *non liquet* partiell ausgehebelt. Die Beweislastverteilung dient ihrem Wesen nach dazu, festzulegen, wie im Fall der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts zu entscheiden ist; eine Umverteilung derselben kann aber grundsätzlich (!) nicht als Mechanismus zur Sachverhaltsaufklärung dienen.<sup>79)</sup> Hat es der Gesetzgeber verabsäumt, ma-

<sup>67)</sup> OGH 28.05.1991, 4 Ob 36/91; 19.12.1989, 4 Ob 162/89.

<sup>68)</sup> RIS-Justiz RS0117937. Allerdings geben nach der Rsp (OGH 07.05.2003, 9 Ob 50/03y; 19.11.2002, 4 Ob 233/02x) schon geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch den Ausschlag zugunsten des Rechtsausübenden. Demjenigen, der ein Recht hat, soll auch zugestanden werden, dieses auszuüben. Der Gegenteilsbeweis nähert sich hier also einem Gegenbeweis an.

<sup>69)</sup> OGH 06.11.2024, 6 Ob 184/24p; 23.10.2023, 6 Ob 191/23s; 19.10.2011, 4 Ob 139/11m; 05.10.2010, 4 Ob 69/10s.

<sup>70)</sup> So schon *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 320.

<sup>71)</sup> Das Erfordernis eines Gegenbeweises dürfte hingegen in RIS-Justiz RS0040212 anklingen; „die tatsächliche Vermutung entkräften“ erinnert terminologisch an die Erschütterung eines Anscheinsbeweises, siehe hierzu *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18.

<sup>72)</sup> Anders freilich die überwiegende deutsche Literatur, die zur Widerlegung einen *Gegenbeweis* fordert: *Allner*, Die tatsächliche Vermutung 73; *Dänzer*, Die tatsächliche Vermutung 1, 123; *Thole* in *Stein/Jonas*, ZPO<sup>23</sup> § 292 Rz 9. Für einen *Gegenteilsbeweis* plädiert hingegen *Wassermeyer*, Der Prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen (1954) 35.

<sup>73)</sup> Eine Analyse der frühen dRsp zur Widerlegung der tatsächlichen Vermutung findet sich bei *Allner*, Die tatsächliche Vermutung 38 ff; sowie rezent *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>23</sup> § 286 Rz 25.

<sup>74)</sup> Für deren Einordnung als Beweislastumkehr siehe nur *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 270 ZPO Rz 4.

<sup>75)</sup> *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch I<sup>5</sup> Kap 18 Rz 19; *Hansen*, Der Indizienbeweis, JuS 1992, 327 (330) mwN.

<sup>76)</sup> Siehe nur *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 307 f.

<sup>77)</sup> *Arens*, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZVP 96, 1 (2); *Stürner*, Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß, ZVP 98, 237 (238); *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1994) 65 ff; *Rassi*, Die Nähe zum Beweis, ÖJZ 2017, 297 (302); *derselbe*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZVP 121, 165 (179); *Rechberger*, Die Methode im Zivilprozess – ein Stiefkind? in *FS Mayer* (2011) 595 (609).

<sup>78)</sup> *Messner-Kreuzbauer*, Grundprobleme der Entwicklung des Fragerechts (§ 184 ZPO) (in Druck) mit Verweis auf *Reischauer*, Entlastungsbeweis 98. Ein Beispiel hierfür sind die §§ 1319 ff ABGB, wonach derjenige, der potenziell gefährliche Sachen in Anspruch nimmt oder gefahrengeleitete Tätigkeiten verrichtet, einem höheren Risiko ausgesetzt wird; idS auch *Klicka*, Beweislastverteilung 68.

<sup>79)</sup> *Veith*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 127/25b, ZVR 2026 (in Druck).

terielle Wertungen in das Beweisrecht zu übersetzen, kann diesem Umstand in aller Regel auch auf einem anderen – später<sup>80)</sup> noch darzustellenden – Weg Rechnung getragen werden; ein Eingriff in die gesetzlich normierte Risikoverteilung kommt nur im Ausnahmefall in Betracht.<sup>81)</sup>

Zusammengefasst bringt die tatsächliche Vermutung also nicht nur keinerlei ersichtlichen Mehrwert im Vergleich zu den bestehenden Instrumenten des mittelbaren Beweises; auch die ihr von der Judikatur beigemessenen Rechtswirkungen stehen (für gewöhnlich) in Widerspruch zum bestehenden System mittelbarer Beweisführung. Diese Figur sollte daher nicht (mehr) als eigenständiges Rechtsinstitut verstanden werden. Die bisherige Spruchpraxis müsste im Lichte dieses Befundes neu evaluiert und in die anerkannten Kategorien des mittelbaren Beweises überführt werden. Da hinsichtlich innerer Tatsachen aber von vornherein keine stereotypen Geschehensabläufe denkbar sind, sind die referierten Konstellationen richtigerweise als Indizien-, nicht aber als Anscheinsbeweis zu deklarieren.

## II. Materiellrechtliche Ansätze

Auf Basis vorstehender Erwägungen erweist sich der Indizienbeweis demnach als Mittel der Wahl, um den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich innerer Tatsachen zu begegnen. Ungeachtet dessen nimmt die Judikatur fallweise zu Beweiszielen eine Umgestaltung des materiellrechtlichen Tatbestands vor. Beispielhaft kann auf § 20 Abs 2 GmbHG verwiesen werden. Nach dieser Bestimmung hat eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber Dritten keine rechtliche Wirkung. Hat der Dritte aber Kenntnis von der Vollmachtsüberschreitung, resultiert daraus die Unwirksamkeit des Vertrages.<sup>82)</sup> Da sich „innere Tatsachen nicht oder allenfalls nur ausnahmsweise beweisen lassen“<sup>83)</sup>, nimmt die Rsp<sup>84)</sup> gleichermaßen die Unwirksamkeit des Vertrages an, wenn sich die objektive Evidenz der Pflichtverletzung dem Dritten geradezu aufdrängen musste.<sup>85)</sup> Diese Korrektur auf Tatbestandsebene hilft dem Beweisführer, wenn die Indizienlage zu dünn ist, um auf deren Basis positive Kenntnis des Dritten beweisen zu können.

Auf vergleichbaren Spuren wandelt die Judikatur,<sup>86)</sup> wenn für den Beginn der Verjährung iS des

§ 1489 ABGB (auch) auf die „Erkennbarkeit“ des anspruchsbegründenden Sachverhalts abgestellt wird. Wenngleich das bereits Zeiller<sup>87)</sup> so gesehen hat, ist diese Verfahrenspraxis doch zumindest begründungsbedürftig, fordern die *verba legalia* für den Beginn der Verjährungsfrist doch, dass „der Schade und die Person des Beschädigten dem Beschädigten bekannt wurde“. Als Ursache für die Verschiebung des Beweisthemas haben Lehre und Rsp gleichermaßen die Schwierigkeiten beim Beweis der positiven Kenntnis hervorgekehrt.<sup>88)</sup>

Auch im Schadenersatzrecht zeigt sich dieses Phänomen: Nach hA<sup>89)</sup> besteht ein Schadenersatzanspruch wegen wissentlicher Beeinträchtigung eines fremden Forderungsrechts<sup>90)</sup> iS des § 1295 Abs 2 ABGB zunächst nur, wenn der Dritte den Berechtigten mit zumindest bedingtem Vorsatz schädigt. Die Rsp<sup>91)</sup> geht darüber hinaus auch – freilich: nicht unbedingt nur aus beweisrechtlichen Gründen – von einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit aus, wenn der Dritte die obligatorische Position kennen musste, weil das Forderungsrecht deutlich sozialtypisch erkennbar war (sogenannte „besitzverstärkende Forderungsrechte“).

Die Verschiebung des materiellrechtlichen Tatbestands zum Beweis innerer Tatsachen ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn die *lex scripta* nur generalklauselartig oder rudimentär ausgestaltet ist. An dieser Vorgehensweise haftet jedoch ein Schönheitsfehler, sobald dem Gesetzgeber unterstellt werden muss, bei der Ausgestaltung des Gesetzes abschließende Anordnungen getroffen zu haben: Modifiziert die Rsp in derartigen Fällen den materiellrechtlichen Tatbestand zu Beweiszielen, übernimmt sie letztlich die Aufgabe des Gesetzgebers. Allerdings wird allein letzterem die Aufgabe zuteil, schon bei Ausgestaltung des materiellen Rechts dessen praktische Durchsetzbarkeit sicherzustellen.

<sup>87)</sup> Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie IV (1813) 250: „Doch kann die frühere Verjährungszeit nicht eher zu laufen anfangen, als der Schade sich entdeckte, und dem Beschädigten bekannt seyn konnte (§. 1478).“

<sup>88)</sup> OGH 30.05.2016, 6 Ob 85/16t unter Berufung auf Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1489 ABGB Rz 13; jüngst auch Geroldinger/Lehner, „Objektive Kenntnis“ des anspruchsbegründenden Sachverhalts iS des § 1489 ABGB, JBl 2025, 553 (557); N. Brandstätter, Verjährung und Schaden (2017) 200 ff. Krit hingegen Apathy, Pensionsschaden – Zeitpunkt des Schadenseintritts, Verjährung und Verletzung der Schadensminderungspflicht, JBl 2011, 541 (541).

<sup>89)</sup> Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>8</sup> § 1295 ABGB Rz 2; Frössel, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften (2019) 135 f.

<sup>90)</sup> Hierzu umfassend Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) *passim*.

<sup>91)</sup> RIS-Justiz RS0113118; zuletzt OGH 25.02.2021, 2 Ob 59/20w. Damit folgte die Rsp einer Stellungnahme von Schilcher/Holzer (Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften, JBl 1974, 445 ff [Teil I] und insbesondere 512 ff [Teil II]), die wiederum überwiegend auf den Lehren Koziols (Forderungsrechte *passim*) aufbaut.

<sup>80)</sup> Punkt C.

<sup>81)</sup> Siehe hierzu noch Punkt D.

<sup>82)</sup> Siehe nur RIS-Justiz RS0016733.

<sup>83)</sup> OGH 24.02.2021, 9 ObA 32/20a; 25.04.2019, 6 Ob 35/19v.

<sup>84)</sup> RIS-Justiz RS0061587. Koppensteiner, Über Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht, FS Bucher (2009) 407 (414); Kritik hingegen bei P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>8</sup> § 1016 ABGB Rz 5.

<sup>85)</sup> Durch die (zusätzliche) Bezugnahme auf die objektive Evidenz der Pflichtverletzung verfolgte die Rsp *en passant* gewiss auch das Ziel, den Missbrauch des Stellvertretungsrechts zu verhindern, indem ein Dritter hinsichtlich einer Vollmachtsüberschreitung bewusst die Augen verschließt.

<sup>86)</sup> RIS-Justiz RS0034366 [T2, T10, T20]; rezent OGH 22.07.2025, 4 Ob 156/24f (Informationen aus einer Anklageschrift).

### III. Zwischenfazit

Die von der Judikatur herangezogenen Methoden zur Bewältigung der Schwierigkeiten beim Beweis innerer Tatsachen sind vielfältig. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, dass nicht alle der aufgezeigten Wege tatsächlich gangbar sind. Aufgrund der Individualität gedanklicher Strömungen ist beim Beweis innerer Tatsachen keine formelhafte Verknüpfung zwischen Hilfstatsache und nachzuweisendem Beweisumstand denkbar. Es existieren somit keine Erfahrungsgrundsätze, die für einen Anscheinsbeweis aber gerade Voraussetzung wären.

Darüber hinaus bleibt für die von den Gerichten fallweise herangezogene tatsächliche Vermutung – sogar losgelöst vom hier interessierenden Kontext der inneren Tatsachen – kein Raum. Je nach Typizität des herangezogenen Satzes der Lebenserfahrung verbirgt sich hinter dieser Figur entweder ein Anscheins- oder ein Indizienbeweis. Hinsichtlich innerer Tatsachen kommt eine *prima facie*-Schlussfolgerung freilich schon aus vorstehend genannten Gründen nicht in Betracht, sodass die von der Judikatur zu diesem Zweck herangezogenen Vermutungen als Anwendungsfälle des Indizienbeweises einzuordnen sind.

In manchen Fällen begegnet die Rsp den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich innerer Tatsachen indes durch eine Adaptierung des materiellrechtlichen Tatbestands. Dort, wo der Gesetzgeber erkennbar eine abschließende Anordnung treffen wollte, ist bei der Schöpfung neuer Fallgruppen aber Zurückhaltung geboten.

Im Ergebnis ist der Beweisführer zum Beweis innerer Tatsachen also auf den Indizienbeweis angewiesen. Nun ist aber durchaus denkbar, dass im Einzelfall überhaupt keine Hilfstatsachen (zB Handlungen oder Erfolge) vorhanden sind, auf deren Basis auf das jeweilige Beweisthema geschlossen werden könnte. Doch selbst im Fall, dass der Beweisführer ein konkretes Indiz zur Untermauerung seiner Behauptung fruchtbar machen kann, reicht dessen Beweiswert schon definitionsgemäß nicht aus, einen Vollbeweis darauf stützen zu können; von einem Indiz kann ja nur die Rede sein, wenn es für sich genommen nicht zu voller richterlicher Überzeugung führen kann. Hält man sich darüber hinaus vor Augen, dass der Mensch nicht gläsern ist und innere Tatsachen angesichts der Komplexität kognitiver Vorgänge schon von Natur aus schwieriger aufzuhellen sind, erhärtet sich der Gedanke, dass die Judikatur zu deren Beweis von den herkömmlichen Anforderungen abweichen dürfte.<sup>92)</sup>

Darüber hinaus ist anzumerken, dass mit der hier begründeten Maßgeblichkeit des Indizienbeweises auch bedeutsame rechtsmittelrechtliche Konsequenzen einhergehen. Bekanntlich beruht der Indizienbeweis auf einem höchstpersönlichen Erkenntnisvorgang des Richters.<sup>93)</sup> Die Beweiswürdigung kann in der Revision aber nicht mehr bekämpft

werden (§ 503 ZPO).<sup>94)</sup> Das führt einerseits zu einer Entlastung des OGH in jenen Fällen, in denen die Anwendbarkeit von Beweiserleichterungen bisher als Frage der rechtlichen Beurteilung eingeordnet wurde. Spiegelbildlich zieht diese „Verschiebung“ auf Beweiswürdigungsebene aber auch den Verlust der Leitfunktion des OGH in diesen Bereichen nach sich.

### C. Beweismaßherabsetzung zum Beweis innerer Tatsachen?

Vorstehende Ausführungen haben den Indizienbeweis als Mittel der Wahl zum Beweis innerer Tatsachen identifiziert. Freilich ist auch dieses Rechtsinstitut nicht dazu im Stande, die in diesem Zusammenhang bestehenden Unwägbarkeiten restlos zu beseitigen. Das zeigt sich schon daran, dass die Judikatur die Schwierigkeiten beim Beweis innerer Tatsachen auch bei letztlich erfolgreichen Beweiswürdigungsvorgängen mit Nachdruck betont.<sup>95)</sup> Gleichwohl dürften die Gerichte nicht mit einer (zu) hohen Anzahl an *non liquet*-Entscheidungen zu kämpfen haben. Das Problem dürfte sich also von der „richtigen“ Art des Beweises auf eine andere Ebene verlagern – namentlich auf jene des Beweismaßes.

### I. Regelbeweismaß vs Normbezogen-teleologisches Beweismaß

Einer Untersuchung des Beweismaßes im Zivilprozess muss – losgelöst vom konkreten Kontext – ein entsprechender theoretischer Unterbau vorangestellt werden: Nach hA<sup>96)</sup> gilt im Beweisverfahren das System der mehrwertigen Logik, sodass neben „wahr“ und „nicht-wahr“ auch weitere Wahrscheinlichkeitswerte existieren. Ob der jeweilige Grad richterlicher Überzeugung ausreicht, um eine Tatsache feststellen zu können, ist eine Frage des Beweismaßes.<sup>97)</sup> Dieses weist den Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung einen konkreten Inhalt zu.<sup>98)</sup> Wie aber ist das Beweismaß im Zivilprozess ausgestaltet?

<sup>94)</sup> RIS-Justiz RS0042903 [T2]; Lovrek in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze IV/1<sup>3</sup> (2019) § 503 ZPO Rz 1, 51; Kodek in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON<sup>1.00</sup> § 503 ZPO Rz 1.

<sup>95)</sup> Hierzu nur Punkt A.

<sup>96)</sup> Siehe hierzu Koussoulis, Beweismaßprobleme im Zivilprozessrecht, in FS Schwab (1990) 277 (286 ff), der sich für vier Beweismaßgrade ausspricht: „Wahrscheinlichkeit“, „hohe Wahrscheinlichkeit“, „große Wahrscheinlichkeit“ und „Evidenz“; ähnlich Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess (1983) 115; für eine Beschränkung auf drei Bereiche hingegen Prütting, Gegenwartsprobleme 74 sowie ihm folgend Klicka, Beweislastverteilung 33. AA wohl Fasching, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 225 (229): „Entweder bin ich von einer Tatsache überzeugt, oder ich bin es nicht“; ähnlich Greger, Beweis 20.

<sup>97)</sup> Prütting, Gegenwartsprobleme 59; Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Beweislast I<sup>5</sup> Kap 5 Rz 1.

<sup>98)</sup> Greger, Beweis 8 ff. Dabei steht das Beweismaß in entscheidender Wechselwirkung zur Beweislast, denn es bestimmt die Häufigkeit von *non liquet*-Situationen. Je höher das Beweismaß und damit die Anforderungen an die Überzeugung des Richters, desto mehr Beweislastentscheidungen werden getroffen.

<sup>92)</sup> Punkt C.

<sup>93)</sup> Punkt B.I.2.

Als unproblematisch erweisen sich jene Fälle, in denen das Beweismaß vom Gesetzgeber normativ festgelegt wurde.<sup>99)</sup> Sobald das Gericht mit dem in der jeweiligen Bestimmung umschriebenen Grad an Überzeugung von der Richtigkeit der Behauptung ausgeht, können positive Feststellungen getroffen werden. Fehlen demgegenüber legislative Vorgaben, ist man sich hinsichtlich der Ausgestaltung des Beweismaßes uneins: Die wohl hA<sup>100)</sup> anerkennt ein *Regelbeweismaß*, das aus § 272 Abs 1 ZPO abgeleitet wird und die entsprechenden Anforderungen rechtssatzmäßig und generell-abstract umschreibt. Konkret gehen weite Teile der Literatur<sup>101)</sup> – im Einklang mit der stRsp<sup>102)</sup> – davon aus, dass das Regelbeweismaß bei *hoher Wahrscheinlichkeit* liegt. Damit sind die durch das Regelbeweismaß vermittelten Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung im österreichischen Zivilprozess geringer als im deutschen Verfahrensrecht, wo überwiegend<sup>103)</sup> vom Regelbeweismaß der *sehr hohen Wahrscheinlichkeit* ausgegangen wird.<sup>104)</sup>

Trotz des weitreichenden Zuspruchs für ein rechtssatzmäßig ausgestaltetes Regelbeweismaß betont die Judikatur nur zu gern, dass diesem „eine gewisse Bandbreite“ innewohnt.<sup>105)</sup> Diese Formulierung dient der Rsp gleichsam als Einfallstor, trotz förmlichem Festhalten am Regelbeweismaß im Zuge der Beweiswürdigung auf allfällige Beson-

derheiten der jeweiligen Sachverhaltskonstellation Rücksicht nehmen zu können. Diese Inkonsequenz hat Kritiker auf den Plan gerufen, die seither der *Theorie eines normbezogen-teleologischen Beweismaßes* das Wort reden. Aus innerstaatlicher Perspektive ist vorrangig auf die Habilitationsschrift *Kollers*<sup>106)</sup> zu verweisen, wobei diese Auffassung rezent auch in der Dissertation *Artners* Gefolgschaft gefunden hat.<sup>107)</sup> Verfechter des normbezogen-teleologischen Beweismaßes sind der Meinung, dass sich aus § 272 Abs 1 ZPO kein Regelbeweismaß ableiten lässt. Da der Gesetzgeber durch das materielle Recht die Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtsfolge festlegt, sei es nur konsequent, die Anforderungen an den Beweis der rechtserheblichen Tatsachen aus der jeweiligen Regelung selbst abzuleiten.<sup>108)</sup> Im Gesetz verankerte Interessenabwägungen, Normzwecke und Wertungen müssten im Wege der Interpretation in die Beweismaßbestimmung einfließen.<sup>109)</sup> Auf Basis dieses Auslegungsprozesses könne für jeden materiellrechtlichen Tatbestand ein eigenes Beweismaß ermittelt werden.<sup>110)</sup> Diese Vorgehensweise ist bereits aus dem englischen Zivilprozess bekannt. Zwar ist dort im Kern das Überwiegensprinzip (*Balance of Probabilities Test*) anerkannt;<sup>111)</sup> der konkret erforderliche Grad richterlicher Überzeugung richtet sich seit der Leitentscheidung *Bater v. Bater*<sup>112)</sup> – die

<sup>99)</sup> Siehe hierzu Punkt C.II.

<sup>100)</sup> *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 12; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 8; *Klicka*, Beweislastverteilung 30 ff.

<sup>101)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 11; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 12.

<sup>102)</sup> RIS-Justiz RS0110701. Anders freilich noch die ältere Rsp: OGH 02.10.1985, 3 Ob 560/84 („sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit“ zum Beweis der Schadenskausalität einer Unterlassung); 11.09.1997, 6 Ob 2100/96h („hoher, der Gewißheit gleichkommender Grad von Wahrscheinlichkeit [...] daß kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt“); 29.12.1913, Rv I, 1170/13 GIUNF 6702 („bloße Wahrscheinlichkeit, mag sie in einem noch so hohen Grade bestehen, ist nicht Gewißheit, wie sie das Gesetz fordert“).

<sup>103)</sup> *Prütting*, Gegenwartsprobleme 86; *derselbe* in *MüKo* § 286 ZPO Rz 41; *Laumen* in *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch I<sup>5</sup> Kap 5 Rz 12. AA und sich für das Regelbeweismaß der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* aussprechend: *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß (2015) 482 ff. Dies entspricht indes der sogleich zu besprechenden Lehre vom „*Balance of Probabilities Test*“ im englischen Zivilprozess; ähnlich auch das schwedische *Överviktsprincip*, siehe hierzu *Brinkmann*, Beweismaß 35 f mwN.

<sup>104)</sup> Freilich umschreibt die stRsp (ursprünglich 17.02.1970, BGH III ZR 139/67 „*Anastasia*“; aus der jüngeren Rsp auch BGH 23.06.2020, VI ZR 435/19; 18.10.2017, VIII ZR 32/16; 18.11.2012, IV ZR 116/11) das Regelbeweismaß, indem auf einen „für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit [...], der [den] Zweifeln Schweigen gebietet“ abgestellt wird.

<sup>105)</sup> OGH 03.03.2025, 17 Ob 17/24k; 27.09.2023, 9 Ob 12/23i; 09.11.2010, 4 Ob 146/10i; 08.07.2010, 2 Ob 100/10k; 20.12.2006, 7 Ob 286/06v; 17.11.2004, 7 Ob 260/04t.

<sup>106)</sup> *Koller*, Der Schadensbeweis und Schadensschätzung (2026) 155 ff; *derselbe*, ZZP 133, 421 (434); *derselbe*, Der Anscheinsbeweis im Bauprozess, in FS 40 Jahre ÖGEBAU (2019) 241 (247). Aus der dLit bereits zuvor vergleichbar: *Brinkmann*, Beweismaß 61 ff, insbesondere 70 f („Lehre von der flexiblen induktiven Wahrscheinlichkeit“); *Koussoulis* in FS Schwab 277 (278).

<sup>107)</sup> *Artner*, Beweis 20 ff.

<sup>108)</sup> *Koller*, Schadensbeweis 157; ähnlich *Koussoulis* in FS Schwab 277 (278).

<sup>109)</sup> *Koller*, Schadensbeweis 159.

<sup>110)</sup> Davon zu unterscheiden ist die *Theorie eines flexiblen Beweismaßes nach Billigkeit*, wie es insbesondere von *Gottwald* (Schadenszurechnung und Schadensschätzung [1979] 208 f; ihm folgend *Rüßmann*, Das flexible Beweismaß – eine juristische Neuentdeckung, in FS Gottwald [2014] 539 [549 ff]; im Ergebnis auch *Gräns*, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile [2001] 243 ff [Bestimmung des Beweismaßes nach der sozialökonomischen Risikotragfähigkeit der Parteien]) vorgeschlagen wurde. Nach dieser Auffassung ist jener Grad der Wahrscheinlichkeit maßgeblich, der dem Anlass angemessen ist. Das konkret anzuwendende Beweismaß bestimmt sich nach dieser Ansicht also nicht durch Auslegung, sondern – *nomen est omen* – nach Billigkeit. Die hA (*Artner*, Beweis 18, 21; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 12; *Fasching*, JBl 1981, 225 [229]; *Motsch*, Rezension zu: Gräns, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile (2002) NJW 2003, 274 [274]) lehnt diese Theorie zurecht ab.

<sup>111)</sup> *Andrews*, Civil Procedure (2003) Rz 31.17 ff; *Brandt*, Das englische Disclosure-Verfahren (2015) 42; rezent auch *Bartkus*, The Standard of Proof in Civil Procedure, in FS Roth I (2026) 63 (67) ff, der sich zugleich mit Argumenten für und wider diese Beweismaßtheorie auseinandersetzt.

<sup>112)</sup> *Bater v. Bater* (1950) 2 All ER 458; anschließend auch *Re H (Minors)* (Sexual Abuse: Standard of Proof) [1996] AC 563, 586, HL per *Lord Nicholls*. Detaillierter hierzu *Andrews*, Civil Procedure (2003) Rz 31.17 ff, auch mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

freilich vom *Court of Appeal* gefällt wurde und für den *UK Supreme Court* sohin nicht bindend ist – nach dem jeweiligen Beweisthema: „*The degree [of probability] depends on the subject matter.*“<sup>113)</sup> Das (vermeintliche) Regelbeweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* ist aber auch nach der Theorie des normbezogen-teleologischen Beweismaßes nicht gänzlich ohne Bedeutung, sondern sei gleichsam als eine Art „Faustregel“ anzuerkennen.<sup>114)</sup>

Hinsichtlich der Beweismaßtheorien stehen sich also *prima vista* zwei Lager gegenüber. Freilich sind die inhaltlichen Unterschiede praktisch geringer, als man zunächst vermuten würde. Jene, die von einem generell-abstrakten Regelbeweismaß ausgehen, anerkennen nämlich im Gesetz normierte – und wie sich noch zeigen wird: auch richterrechtlich gebildete – Ausnahmen desselben. Die Vertreter des normbezogen-teleologischen Beweismaßes bestimmen die Anforderungen an den notwendigen Grad richterlicher Überzeugung demgegenüber auf dem Boden des jeweils anwendbaren Sachrechts, gehen aber von der „Faustregel“ der *hohen Wahrscheinlichkeit* aus, die wiederum dem in stRsp formulierten Regelbeweismaß entspricht.

Dogmatischer Ausgangspunkt einer Auseinandersetzung mit den Beweismaßtheorien bildet § 272 Abs 1 ZPO, aus dem die hM das Regelbeweismaß ableiten möchte. Wenngleich die Relevanz der *hohen Wahrscheinlichkeit* von Verfechtern beider Theorien stets betont wird, ist doch unstrittig, dass § 272 Abs 1 ZPO eine derart ausgestaltete Schwelle mit keinem Wort ausdrücklich erwähnt. Der Wortlaut stellt nämlich ausschließlich klar, dass das Gericht „nach freier Überzeugung zu beurteilen [hat], ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.“ Wenn man nun unter Berufung auf diese Norm vom Regelbeweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* ausgeht, mag das zwar in vielen Fällen zu praktikablen Ergebnissen führen; zwingend ist dieser Schluss angesichts der offenen Formulierung des § 272 Abs 1 ZPO aber nicht.

Allein mit Blick auf diesen Befund liegt es doch nahe, die beiden Beweismaßtheorien nicht als Antagonisten, sondern kommunizierende Gefäße zu begreifen: Schon aufgrund der einhellig anerkannten Bedeutung des Beweismaßes der *hohen Wahrscheinlichkeit* ist es nur sachgerecht, in der Tat von einem derartigen Regelbeweismaß auszugehen, das zwar in dieser Form nicht vom Gesetz vorgesehen ist, sich im Laufe der Jahre allerdings durch Rich-

terrecht und literarische Stellungnahmen herausgebildet hat. Allerdings schließt es die Existenz eines Regelbeweismaßes keineswegs aus, in begründeten Fällen von demselben abzurücken. Das ist nur sachgerecht, stellt § 274 ZPO doch unmissverständlich klar, dass es grundsätzlich auch möglich ist, auf Basis einer *Glaubhaftmachung* positive Feststellungen zu treffen. Darüber, wann diese herabgesetzten Beweismaßanforderungen heranzuziehen sind, enthält § 274 ZPO freilich keine Anordnung.

Damit rücken wiederum die inneren Tatsachen in den Fokus vorliegender Untersuchung. In manchen Bereichen (siehe sogleich) hat der Gesetzgeber zum Beweis innerer Tatsachen die Anforderungen an den richterlichen Überzeugungsgrad *expressis verbis* herabgesetzt. Nun könnte man unter Berufung auf die Existenz des Regelbeweismaßes im Umkehrschluss davon ausgehen, dass in den übrigen Fällen positive Feststellungen stets nur möglich sind, wenn das Gericht mit *hoher Wahrscheinlichkeit* vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist. Zum Beweis innerer Tatsachen bleibt dem Beweisführer aber bekanntlich in aller Regel nur ein Indizienbeweis. Doch auch dieser Weg scheint mit Blick auf die Rsp<sup>115)</sup> kaum gangbar, wenn apodiktisch klargestellt wird: „Auch für den Indizienbeweis gilt grundsätzlich das Regelbeweismaß. Lediglich dann, wenn das Gesetz nur eine *Glaubhaftmachung* verlangt, kann von einem – durch die Herabminderung des Beweismaßes – ‚erleichterten Indizienbeweis‘ gesprochen werden [...]“. Dass der OGH hinsichtlich der Möglichkeit einer Beweismaßherabsetzung bei Anwendung eines Indizienbeweises eine derart kritische Position einnimmt, verblüfft schon angesichts des doch recht unbestimmten Wortlauts des § 272 Abs 1 ZPO. Darüber hinaus verdeutlicht diese ablehnende Haltung das zuvor aufgeworfene Spannungsverhältnis zwischen den erheblichen Beweisanforderungen der *hohen Wahrscheinlichkeit* einerseits und dem geringen Beweiswert von Indizien andererseits.

Freilich zeigt eine Reihe anderer Entscheidungen, dass die Judikatur einer richterlichen Beweismaßherabsetzung nicht derart kritisch gegenübersteht, wie es die Entscheidung zu 8 ObA 53/10t nahelegt. In bestimmten Fallgruppen<sup>116)</sup> weicht die Rsp nämlich – ohne gesetzliche Legitimierung – durchaus vom Regelbeweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* ab, um positive Feststellungen zu ermöglichen. Dieser Befund bietet Anlass, das Zivilprozessrecht dahingehend zu untersuchen, ob eine derartige Vorgehensweise methodisch begründet werden kann.

Betrachtet man § 272 Abs 1 ZPO als dogmatischen Sitz der Beweismaßanforderungen, sollte man sich zunächst dessen generalklauselartiger Formulierung bewusst sein. Diese Bestimmung hat programmatischen Charakter und ist primär als Bekenntnis zur freien Beweiswürdigung zu verstehen. Will man § 272 Abs 1 ZPO darüber hinaus zur

<sup>113)</sup> Siehe zudem Re B (A Child) (2008) UKHL 35 per *Lady Hale* 70, wo im Ergebnis einem flexiblen Beweismaß nach Billigkeit Absage erteilt wird: „My Lords, for that reason I would go further and announce loud and clear that the standard of proof in finding the facts necessary to establish the threshold under section 31(2) or the welfare considerations in section 1 of the 1989 Act is the simple balance of probabilities, neither more nor less. Neither the seriousness of the allegation nor the seriousness of the consequences should make any difference to the standard of proof to be applied in determining the facts. The inherent probabilities are simply something to be taken into account, where relevant, in deciding where the truth lies.“

<sup>114)</sup> *Koller*, Schadensbeweis 168; *Artner*, Beweis 22 („Zweifelsbeweismaß“).

<sup>115)</sup> OGH 18.08.2010, 8 ObA 53/10t.

<sup>116)</sup> Siehe hierzu Punkt C.III.1.

Ermittlung der Beweismaßanforderungen einen Anwendungsbereich gewähren, bedarf diese Norm näherer Konkretisierung. Sind zum Beweis der rechtserheblichen Tatsachen keinerlei materiell-rechtlicher Besonderheiten zu beachten, gilt der Standardfall des Beweismaßes der *hohen Wahrscheinlichkeit* (Regelbeweismaß). Anderes gilt, wenn die aus dem Sachrecht hervorleuchtende Interessenlage – aus welchen Gründen, sei für den Moment dahingestellt – eine Korrektur der Beweisanforderungen verlangt. Im Sinne der Theorie des normbezogen-teleologischen Beweismaßes sind in diesem Fall die Teloi des materiellen Rechts heranzuziehen und das Beweismaß im Wege des Auslegungsprozesses zu bestimmen. § 272 Abs 1 ZPO ist zu diesem Zweck nicht etwa teleologisch zu reduzieren,<sup>117)</sup> weil es bereits an der hierfür notwendigen planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes fehlt.<sup>118)</sup> Notwendig ist lediglich eine Präzisierung des insoweit ergebnisoffen konzipierten Wortlauts des § 272 Abs 1 ZPO.

Möchte man nun ermitteln, welche Wertungen in die Beurteilung der aus dem materiellen Recht entspringenden Interessenlage einfließen sollen, sind zunächst jene Tatbestände in den Blick zu nehmen, mit denen der Gesetzgeber die Beweisanforderungen hinsichtlich innerer Tatsachen ausdrücklich herabgesetzt hat.

## II. Normative Beweismaßherabsetzungen

Hat der Gesetzgeber eine *Glaubhaftmachung*<sup>119)</sup> im Sinne des § 274 ZPO angeordnet, können positive Feststellungen bereits getroffen werden, wenn das Gericht mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt ist.<sup>120)</sup> Das scheint auf den ersten Blick wenig intuitiv, wenn man mit *Spitzer*<sup>121)</sup> davon ausgeht, dass sich „feinsinnige Abstufungen des Beweismaßes praktisch geringer auswirken, als man vermuten könnte.“ Mit Blick auf die Problemstellung beim Beweis innerer Tatsachen erweist sich diese Vorgehensweise freilich als schlüssig. Wird das Beweismaß herabgesetzt, werden Feststellungen in vielen Fällen schon auf Basis der Parteienvernehmung (§§ 371 ff

ZPO) oder im Zuge des Parteivortrags (§§ 176 ZPO) möglich sein.<sup>122)</sup> Immerhin muss das Gericht lediglich davon überzeugt sein, dass die Behauptungen einer Partei (wenn auch nur marginal) wahrscheinlicher sind als die ihres Gegners. Das *non liquet*-Risiko wäre praktisch auf jene seltenen Fälle beschränkt, in denen das Vorliegen einer Tatsache exakt gleich wahrscheinlich ist wie ihr Gegenteil.<sup>123)</sup> Letzterer Gedanke wurde von Teilen der Lehre<sup>124)</sup> indes aufgegriffen, um – insbesondere vor dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie und der Hintanhaltung leichtfertiger Prozessführung – das Überwiegensprinzip zu widerlegen. Dieses Argument hat gewiss einiges für sich, wenn es darum geht, ein auf dem Überwiegensprinzip basierendes Regelbeweismaß zu entkräften. Es verfährt aber nicht, um die punktuelle Herabsetzung des Beweismaßes in Zweifel zu ziehen, wenn das gerade notwendig ist, um strukturell problematischen Beweislagen entgegenzuwirken.

Doch wann sieht der Gesetzgeber zum Beweis innerer Tatsachen<sup>125)</sup> das Bedürfnis, die Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung herabzusetzen? Nach § 105 Abs 5 ArbVG kann ein Arbeitnehmer eine Kündigung anfechten, wenn er *glaubhaft macht*, dass die Kündigung aufgrund eines vom Gesetz verpönten Motivs im Sinne des Abs 3 Z 1 *leg cit* erfolgt ist (Motivkündigung).<sup>126)</sup> *Trost/Mathy*<sup>127)</sup> verweisen auf zahlreiche weitere Bestim-

<sup>122)</sup> Diese Situation unterscheidet sich deutlich vom Fall, dass das Gericht auf Basis des Beweismaßes der *hohen Wahrscheinlichkeit* entscheiden muss. Das Gericht wird in der Regel (!) erst mit *hoher Wahrscheinlichkeit* von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, wenn auch andere Beweise für diese sprechen. Doch auch, wenn man der Auffassung wäre, dass eine Beweismaßherabsetzung nicht darüber entscheiden wird, ob positive Feststellungen getroffen werden können oder nicht, ist jedenfalls davon auszugehen, dass den Gerichten die Begründung ihrer Beweiswürdigung leichter falle – immerhin müsste nur noch dargelegt werden, aus welchem Grund der Prozessstandpunkt einer Partei wahrscheinlicher ist.

<sup>123)</sup> *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess (1985) 8; *Kegel* in FS Kronstein 335 ff.

<sup>124)</sup> *Prütting* in MüKo<sup>7</sup> § 286 ZPO Rz 40; *Klicka*, Beweislastverteilung 32.

<sup>125)</sup> Hinsichtlich anderer Tatsachen finden sich im Gesetz zahlreiche weitere Beweismaßherabsetzungen: §§ 135 Abs 3, 197 Abs 4, 226 Abs 1 AktG; §§ 12 Abs 1, 19 Abs 1 AtomHG 1999; §§ 15, 19 Entschädigungsfondsgesetz (BGBl I 2001/12); § 13 EU-VerschG; § 7 Abs 2 PHG; § 28 Abs 3 KSchG; § 6 Abs 2 lit b KlGG; § 16 Abs 2 HVertrG 1993; § 2 HVG. Zu beachten sind außerdem zahlreiche verfahrensrechtliche Tatbestände: §§ 97 Abs 3, 115, 128 Abs 4, 129 Abs 2, 135 Abs 1, 164, 219 Abs 2, 289 Abs 2, 308 Abs 2, 309 Abs 1, 323 Abs 1, 355 Abs 2, 356 Abs 2, 386 Abs 1, 538 Abs 2 ZPO; §§ 18 Abs 3, 49 Abs 1, 73, 92, 102, 134, 252e Abs 1 und Abs 4 Z 2, 255, 292i Abs 3, 295 Abs 2, 296, 319 Abs 1 Z 6, 346a Abs 2, 370, 376 Abs 1 Z 1 und Z 2, 389 Abs 1, 405 Abs 3, 418 Abs 3 EO.

<sup>126)</sup> OGH 14.01.2025, 8 ObA 57/24a; 29.06.2022, 8 ObA 45/22h; 14.09.1995, 8 ObA 290/95.

<sup>127)</sup> *Trost/Mathy* in Jabornegg/Resch/Kammler, ArbVG § 105 (2024) Rz 231/1: §§ 8 Abs 2, 9 Abs 2, 15 Abs 1 AVRAG, § 12b ARG, § 7 Abs 6 AZG, § 18c Abs 1 iVm § 20a B-GlBG, § 13q BUAG, § 4 Abs 2 GKB-Infrastruktur-ÜbertragungsG, § 20 Abs 1 Z 1 iVm § 23 HSchG, § 354 Abs 8

<sup>117)</sup> So aber zur deutschen Rechtslage (§ 286 dZPO): *Wal-ter*, Freie Beweiswürdigung (1979) 165; *Baumgärtel*, Das Beweismaß, in Habscheid/Beys, Grundfragen des Zivilprozessrechts (1991) 543 (560 f); *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1985) 388.

<sup>118)</sup> Zur planwidrigen Unvollständigkeit bei Fehlen einer Ausnahmebestimmung *Kerschner/Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rz 69; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (2017) § 7 Rz 18.

<sup>119)</sup> CPG I (1897) 300: „Ein Umstand ist glaubhaft gemacht, wenn derselbe dem Richter wenigstens wahrscheinlich geworden.“ Für das Beweismaß der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* bei der *Glaubhaftmachung* siehe *Spitzer* in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 274 ZPO Rz 1; *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) 168 ff; RIS-Justiz RS0040276. AA und gegen einen Qualitätsunterschied zum herkömmlichen Beweis *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1932) 658.

<sup>120)</sup> Im Gesetz wird auch von *Bescheinigung* gesprochen.

<sup>121)</sup> *Spitzer* in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht Vor §§ 266 ff ZPO Rz 14.

mungen, in denen zum Beweis eines verpönten Kündigungsmotivs eine Beweiserleichterung zugunsten des Arbeitnehmers vorgesehen ist und leiten daraus im Wege einer Gesamtanalogie einen „gemeinsame[n] Grundsatz“ ab. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Auch im Gleichbehandlungsrecht arbeitet der Gesetzgeber mit abgeschwächten Beweisanforderungen. Diejenige Person, die sich diskriminiert erachtet, hat den jeweiligen Diskriminierungstatbestand *glaubhaft zu machen* (§ 12 Abs 12; § 26 Abs 12; § 38 Abs 3; § 51 Abs 9; § 7p BEinstG<sup>128</sup>). Das Beweismaß wird also auf *überwiegende Wahrscheinlichkeit* herabgesetzt.<sup>129</sup> Überdies hat die Judikatur im Bereich des Gleichbehandlungsrechts erkannt, dass typische Geschehensabläufe betreffend innere Tatsachen nicht denkbar und der Anscheinsbeweis folgerichtig ohne Bedeutung ist. In stRsp<sup>130</sup>) wird nämlich betont, dass die *Glaubhaftmachung* eines verpönten Motivs (innere Tatsache) „nur dem durch die Herabminderung des Beweismaßes erleichterten Indizienbeweis, nicht aber dem Anscheinsbeweis zugänglich“ ist. Im Gleichbehandlungsrecht ist also anerkannt, dass ein Indizienbeweis erfolgreich geführt werden kann, obwohl das Beweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* (noch) nicht erreicht ist.

Betrachtet man die hier beleuchteten Beispiele, sticht eine Gemeinsamkeit schnell ins Auge: In den dargestellten Konstellationen ist die beweisbelastete Partei besonders schutzwürdig. Der Arbeitnehmer kann das Rechtsgeschäft der Kündigung anfechten, wenn dieses auf unsachliche, diskriminierende oder rechtsmissbräuchliche Motive zurückzuführen ist. Der Gesetzgeber versucht durch die Herabsetzung des Beweismaßes auf *überwiegende Wahrscheinlichkeit*, den Arbeitnehmer bei der effektiven Ausübung seines Gestaltungsrechts zu unterstützen. Hierdurch wird der Arbeitnehmer vor den mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbundenen (mitunter existenzgefährdenden) Konsequenzen bewahrt.

Ähnliche Gedanken liegen den Bestimmungen des Gleichbehandlungsrechts zugrunde. Dass der sich auf einen Diskriminierungs- oder Belästigungstatbestand berufende Beweisführer die jeweiligen Tatsachen (nur) glaubhaft machen muss, gewährleistet letztlich die Erreichung des Gesetzeszwecks – Verwirklichung der Gleichbehandlung zugunsten schutzbedürftiger Gruppen, Chancengleichheit im Erwerbsleben und Verhinderung struktureller Benachteiligung. Freilich soll nicht verhehlt werden, dass die Idee der Beweismaßherabsetzung im Gleichbehandlungsrecht nicht primär auf den österreichischen Gesetzgeber zurückgeht. Verschiedene Gleichbehandlungsrichtlinien<sup>131</sup>)

tragen den Mitgliedstaaten auf, Regelungen vorzusehen, wonach es dem Beklagten obliegt, zu beweisen, dass keine Verletzung der Gleichbehandlungsbestimmungen vorlag. Voraussetzung für diese Beweislastumkehr ist aber, dass jene Person, die behauptet, in ihren Rechten verletzt worden zu sein „Tatsachen glaubhaft mach[t], die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“.

Letztendlich ist es aber einerlei, von wem die gesetzgeberische Initiative gekommen sein mag; normative Beweismaßherabsetzungen sind Teil des innerstaatlichen Rechtsbestands und fungieren als – bislang eher zurückhaltend eingesetztes – Instrument, um der Schutzbedürftigkeit einer Partei angemessen Rechnung zu tragen.

### III. Richterliche Beweismaßherabsetzungen

Die normativ angeordneten Ausnahmen vom Regelbeweismaß belegen, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die strukturellen Probleme beim Beweis innerer Tatsachen nicht immer und jedenfalls mithilfe der zuvor erläuterten Methoden mittelbarer Beweisführung zu bewältigen sind. Dass ein Indizienbeweis möglich ist, ändert bei Festhalten am Regelbeweismaß nämlich nichts daran, dass das Gericht positive Feststellungen nur treffen kann, wenn es mit *hoher Wahrscheinlichkeit* von der Wahrheit der jeweiligen Behauptung überzeugt ist. Gerade diese Schwelle stellt den Beweisführer beim Beweis innerer Tatsachen aber vor Probleme, die auch der Indizienbeweis nicht beseitigen kann.<sup>132</sup>) Fernab generalklauselartiger Tatbestände hat zudem – wie bereits aufgezeigt<sup>133</sup>) – die Schöpfung neuer Fallgruppen zur richterlichen Adaptierung des materiellrechtlichen Tatbestands zu Beweis-zwecken zu unterbleiben.

Nun könnte man verleitet sein, aus dem Umstand, dass die *lex scripta* nur punktuell eine *Glaubhaftmachung* vorsieht, einen Gegenschluss zu ziehen<sup>134</sup>) und zu vertreten, dass in den übrigen Fällen jedenfalls höhere Anforderungen an das Beweismaß zu

für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303 S 16; Art 19 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl L 204 S 23; Art 8 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180 S 22; siehe außerdem den bald umzusetzenden Art 18 der Richtlinie 2023/970 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.05.2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl L 132 S 21.

<sup>132</sup>) Punkt B.III.

<sup>133</sup>) Punkt B.II.

<sup>134</sup>) IdS etwa RIS-Justiz RS0040302: „Eine Glaubhaftmachung ist nur in den vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen zulässig.“ Diesem Rechtssatz ist freilich nur eine einzige Entscheidung (OGH 18.10.1983, 4 Ob 190/82) zugeordnet.

LAG, §§ 10 Abs 8, 15b Abs 7, 15n Abs 2 MSchG, § 33 Abs 11 ORF-G, § 16 Abs 5 UrlG, § 4 Abs 6a, § 8f Abs 2 VKG.

<sup>128</sup>) RIS-Justiz RS0123606.

<sup>129</sup>) OGH 09.07.2008, 9 ObA 177/07f; Windisch-Graetz in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>4</sup> (2025) § 12 GIBG Rz 16 mwN.

<sup>130</sup>) RIS-Justiz RS0123960.

<sup>131</sup>) Siehe nur Art 10 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens

stellen sind. Vergleichbare rechtspositivistisch inspirierte Überlegungen scheitern mE aber bereits daran, dass § 272 Abs 1 ZPO derart ergebnisoffen formuliert ist, dass für einen solchen Umkehrschluss praktisch kein Raum bleibt. Dennoch gilt es diesen Problemkreis grundlegender aufzuarbeiten. *Walter*<sup>135)</sup> hat sich dieser Aufgabe – keineswegs auf innere Tatsachen beschränkt – in seiner Habilitationsschrift angenommen und gelangt unter Beiziehung zahlreicher Judikate zum Ergebnis, dass richterliche Beweismaßherabsetzungen durchaus möglich und in einigen Fällen sogar notwendig sind. Zwar beschäftigte sich *Walter* mit dem deutschen Zivilprozess, wo bekanntlich ein höheres Regelbeweismaß (*sehr hohe Wahrscheinlichkeit*) gilt als im österreichischen Verfahrensrecht.<sup>136)</sup> Gleichwohl drängt sich auch für die innerstaatliche Rechtslage eine vergleichbare Untersuchung auf. Die strukturelle Beweisnot des Beweisführers hinsichtlich innerer Tatsachen wird nämlich durch das geringere Regelbeweismaß keineswegs beseitigt. Die zu klärenden Fragen lauten daher: Ist das Beweismaß zum Nachweis innerer Tatsachen einer richterlichen Herabsetzung zugänglich? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

### 1. Anerkannte Fallgruppen

Die anerkannten Konstellationen gerichtlicher Beweismaßherabsetzungen sind vielschichtig und können nachstehend nur auszugsweise dargestellt werden. Anschließend soll – in einem zweiten Schritt<sup>137)</sup> – eruiert werden, ob den nachfolgend dargestellten Fallgruppen womöglich eine gemeinsame Wurzel zugrunde liegt.

Zunächst zeigt sich das Phänomen der richterlichen Beweismaßreduzierungen jenseits des hier im Fokus stehenden Bereichs der inneren Tatsachen. Muss die beweisbelastete Partei einen hypothetischen Kausalverlauf beweisen, steht sie vor der Aufgabe, das Gericht von einem Geschehensablauf zu überzeugen, der aber gerade nicht stattgefunden hat. Um den Beweisführer in seiner Beweisnot zu unterstützen, senkt die Rsp mitunter die Anforderungen an das Beweismaß.<sup>138)</sup> Diese Vorgehensweise betrifft mitunter Schadenersatzprozesse wegen ärztlichen Behandlungsfehlern.<sup>139)</sup> Auf denselben Spuren wandelt die Rsp<sup>140)</sup> beim Kausalitätsbeweis

nach fehlerhafter Anlageberatung. Für einen erfolgreichen Nachweis der alternativen Veranlagung ist es ausreichend, wenn der Beweisführer mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* darlegen kann, für welche Art der Geldanlage er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung entschieden hätte.<sup>141)</sup> Ferner ist es beim Beweis des Verdienstentgangs ausreichend, wenn der Geschädigte nachweist, dass er ohne das schädigende Ereignis „ins Verdienen gekommen wäre“, wofür wiederum (nur) das Beweismaß der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* herangezogen wird.<sup>142)</sup>

Differenzierter geht die Rsp beim Beweis der hypothetischen Veranlagung nach einer unterlassenen Ad-hoc-Meldung vor.<sup>143)</sup> Im Einklang mit vorstehenden Überlegungen wendet die Judikatur zum Beweis dafür, dass dem Beweisführer der Inhalt einer unterlassenen Ad-hoc-Meldung zur Kenntnis gelangt wäre, das Beweismaß der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit* an.<sup>144)</sup> Wie sich die Geschehnisse bei pflichtgemäßem Handeln entwickelt hätten, ließe „sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit beantworten, weil dieses Geschehen eben nicht stattgefunden hat.“ Anderes gelte für den Beweis, dass der Anleger in Kenntnis des Inhalts der Ad-hoc-Meldung eine andere Veranlagungsentscheidung getroffen hätte: Da sich der beweisführende Anleger diesbezüglich „in keinem ein herabgesetztes Beweismaß rechtfertigenden Beweisnotstand“ befinde, müsse am Regelbeweismaß festgehalten werden.<sup>145)</sup> Warum hinsichtlich des Beweismaßes bei hypothetischer Veranlagung zwischen fehlerhafter Anlageberatung einerseits und unterbliebener Ad-hoc-Meldung andererseits differenziert wird, ist indes unklar.<sup>146)</sup>

<sup>141)</sup> OGH 19.06.2018, 1 Ob 73/18v; 29.11.2017, 1 Ob 112/17b; *Koller*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 73/18v, EvBl 2019, 77 (80); *S. Gruber*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 112/17b, EvBl 2018, 548 (551). Damit vergleichbar ist auch die Rsp (RIS-Justiz RS0022706) betreffend die unterlassene Aufklärung über die Notwendigkeit einer Prozesshandlung durch einen Rechtsfreund. Der Prozess muss hypothetisch nachvollzogen werden – es ist also zu beurteilen, wie das Verfahren mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* geendet hätte, wenn die Prozesshandlung vorgenommen worden wäre.

<sup>142)</sup> RIS-Justiz RS0030842.

<sup>143)</sup> OGH 20.03.2015, 9 Ob 26/14k: „Im Zusammenhang mit einer unterlassenen Ad-hoc-Meldung stellt sich im vorliegenden Fall die Kausalitätsprüfung so dar, dass zu fragen ist, 1. ob der Kläger bei Einhaltung der gebotenen Ad-hoc-Meldepflicht vom Inhalt der Mitteilung erfahren hätte und, wenn dies der Fall ist, 2. ob er dann eine andere (oder keine) Veranlagungsentscheidung getroffen hätte.“

<sup>144)</sup> RIS-Justiz RS0022900 [T14]; aus der jüngeren Rsp siehe etwa OGH 10.09.2024, 10 Ob 35/24f.

<sup>145)</sup> OGH 20.03.2015, 9 Ob 26/14k; anschließend daran auch OGH 14.01.2016, 6 Ob 98/15b.

<sup>146)</sup> Jedenfalls deutet ein ins Treffen geführter Rechtsatz (RIS-Justiz RS0040288) darauf hin, dass die Beweismaßherabsetzung betreffend die hypothetische Veranlagung nach unterbliebener Ad-hoc-Meldung abgelehnt wurde, weil die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises im Raum stand und dieser bekanntlich ausgeschlossen ist, wo der Kausalverlauf durch den individuellen Wil-

<sup>135)</sup> *Walter*, Freie Beweiswürdigung 205 ff; ihm folgend *Laumen* in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch I<sup>5</sup> Kap 5 Rz 15; siehe auch *Foerste* in Musielak/Voit, ZPO<sup>23</sup> § 286 Rz 21a. AA *Greger*, Beweis 122, wenngleich auch er unterschiedliche Beweisforderungen anerkennt, für die er aber den psychischen Vorgang der Zweifelsbeseitigung durch das Gericht als ursächlich erachtet.

<sup>136)</sup> Siehe hierzu Punkt C.I.

<sup>137)</sup> Siehe Punkt C.III.2.

<sup>138)</sup> RIS-Justiz RS0022900.

<sup>139)</sup> OGH 29.09.2020, 6 Ob 137/20w. In anderen Entscheidung (RIS-Justiz RS0038222 [T22, T23, T26]) ist der OGH freilich um Distanz zu dieser Lösung bemüht. Zu (noch) weitergehenden Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess siehe noch Punkt D.

<sup>140)</sup> RIS-Justiz RS0022900 [T28]; RS0030153 [T42]; RS0110701 [T11, T14].

Weiters werden richterliche Beweismaßherabsetzungen im Versicherungsvertragsrecht zum Beweis des Versicherungsfalles in der Sachversicherung herangezogen.<sup>147)</sup> Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der sogenannte Beweis für das äußere Bild. Auf Basis dieser Figur ist es zur Herbeiführung richterlicher Überzeugung ausreichend, wenn der Versicherungsnehmer Tatsachen beweist, die das äußere Erscheinungsbild eines Versicherungsfalles abbilden.<sup>148)</sup> Die Judikatur<sup>149)</sup> sieht im Beweis des äußeren Bildes *grosso modo* einen Anscheinsbeweis, was im Lichte der vorstehenden Überlegungen<sup>150)</sup> freilich nicht so recht zu überzeugen weiß. Auch Artner-Herzberg<sup>151)</sup> hat zuletzt überzeugend aufgezeigt, dass es beim Beweis des Kfz-Diebstahls schon keinen typischen Geschehensablauf gibt, der auf eine formelhafte Verknüpfung zweier Tatsachen hindeuten würde.<sup>152)</sup> Vielmehr schließen die Gerichte in derartigen Fällen rückblickend vom Ergebnis (Unauffindbarkeit des Kfz trotz ordnungsgemäßen Abstellen) auf eine konkrete Ursache (Diebstahl). Das Gericht beruft sich also nicht auf einen stereotypen Geschehensablauf, sondern schließt auf Basis seiner eigenen Lebenserfahrung auf einen Diebstahl, wenn ein erwiesenermaßen ordnungsgemäß abgestelltes Auto abhandenkommt. Wenn aber kein – für einen Anscheinsbeweis gerade notwendiger – Erfahrungsgrundsatz vorliegt, ist es widersprüchlich, dass die Rsp den Beweis für das äußere Bild als einen solchen einordnen dürfte. Es ist doch stimmiger, im ordnungsgemäßen Abstellen des Fahrzeugs – nur, aber immerhin – ein Indiz zu sehen. Der beweisrechtliche Mehrwert des Beweises für das äußere Bild betrifft dann mE die Ebene des Beweismaßes: Können Tatsachen bewiesen werden, die das äußere Bild eines Versicherungsfalles indizieren (zB Unauffindbarkeit des Kfz trotz ordnungsgemäßen Abstellen spricht für Diebstahl), können Feststellungen schon getroffen werden, sobald das Gericht

lensentschluss eines Menschen bestimmt werden kann. Zumal die Judikatur den Anscheinsbeweis in vielen Fällen mit einer Herabsetzung des Beweismaßes gleichsetzt, wurde angesichts der Nichtanwendbarkeit des Anscheinsbeweises offenbar auch die Senkung des Beweismaßes abgelehnt.

<sup>147)</sup> OGH 13.05.2009, 7 Ob 81/09a; *Rassi*, Beweismaßreduzierung im Falle des Beweisnotstands im Versicherungsvertragsrecht? ÖJZ 2009, 1021 ff.

<sup>148)</sup> RIS-Justiz RS0102499: „Mindestmaß an Tatsachen“; besonders anschaulich OGH 20.11.2024, 7 Ob 140/24z.

<sup>149)</sup> RIS-Justiz RS0102500; siehe auch Artner-Herzberg, Der Fahrzeugdiebstahl in der Kfz-Kaskoversicherung, VRW 2025, 115 (118) mit Hinweis auf die von der Rsp anerkannten Möglichkeiten zu dessen Widerlegung; ferner Ertl, Versicherungsfall und Beweisnotstand, ecolex 2010, 336 (336). AA aber OGH 07.05.2002, 7 Ob 78/02z, wo von einem Indizienbeweis gesprochen wird.

<sup>150)</sup> Punkt B.I.1.

<sup>151)</sup> Artner-Herzberg, VRW 2025, 115 ff.

<sup>152)</sup> Artner-Herzberg, VRW 2025, 119: „Wie aber soll diese [typische formelhafte Verknüpfung zweier Tatsachen] im Bereich von Entwendungen beschrieben werden? Wenn ein Fahrzeug abgestellt wurde, wird es typischerweise gestohlen?“. Krit zuvor schon *Rassi*, ÖJZ 2009, 1022; *Walter*, Freie Beweiswürdigung 220 f.

mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* vom Eintreten eines Versicherungsfalles überzeugt ist.<sup>153)</sup>

Doch auch für den hier interessierenden Problemkreis der inneren Tatsachen gibt es Judikaturbeispiele für richterliche Beweismaßherabsetzungen. Art 4 Abs 3 des deutschen GG ermöglicht Wehrpflichtigen, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern. Das deutsche BVerwG erkannte die problematische Beweislage betreffend die innere Überzeugung des Kriegsdienstverweigerers und konstatierte: „Wenn eine volle Aufklärung des subjektiven Tatbestandes wegen der Verborgenheit des inneren Vorgangs der Bildung einer Gewissensentscheidung nicht gelingt, genügt für ihren Nachweis, daß der Kriegsdienstverweigerer auf Grund der gesamten Beweiserhebung als ehrlicher und glaubhafter Mensch erscheint; ist dies der Fall, so liegt es hinreichend nahe, daß auch seine Erklärung, er habe eine Gewissensentscheidung getroffen, wahr ist.“<sup>154)</sup> Eine vergleichbare Privilegierung des Beweisführers ist beim Beweis der Unfreiwilligkeit<sup>155)</sup> in der Unfallversicherung anerkannt. Der üblichen Praxis der Versicherer, durch AUVB die gesetzliche Beweislastverteilung zu § 181 VersVG zulasten des Versicherungsnehmers abzuändern, begegnet die Judikatur durch eine Absenkung des Beweismaßes auf *überwiegende Wahrscheinlichkeit*, wenn der Versicherungsnehmer den Beweis der Unfreiwilligkeit eines Unfalls zu führen hat.<sup>156)</sup> Schon aufgrund der Lebenserfahrung könne angenommen werden, dass sich „ein Mensch in der Regel ohne besondere Veranlassung keine Verletzungen zufügt oder den Tod

<sup>153)</sup> *Rassi*, ÖJZ 2009, 1021 ff. Für eine Beweismaßherabsetzung aufgrund des Zwecks des Versicherungsvertrages und ergänzender Vertragsauslegung: *Perner*, Privatversicherungsrecht<sup>2</sup> (2024) Rz 3.99; *Artner*, Beweis 81 ff; *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995) 194 f. Siehe hierzu BGH 14.07.1993, IV ZR 179/92; 05.10.1983, IVa ZR 19/82, wo zutreffend die materiellrechtliche Risikozuweisung durch den Versicherungsvertrag betont wird.

<sup>154)</sup> BVerwG 11.05.1962, VII C 143/60; ähnlich BVerwG 18.10.1972, VIII C 46/72, wo auf einen „hohe[n] Grad von Wahrscheinlichkeit“ abgestellt wird. Krit mit rechtspositivistischen Argumenten *Berg*, Anmerkung zu BVerwG VIII C 46/72, NJW 1973, 1093 (1093 f); ebenso *Hahnenfeld*, Anmerkung zu BVerwG VII C 143/60, NJW 1962, 1736 (1738), der es durchaus für möglich erachtet, von äußeren Umständen „mosaikartig“ auf die innere Einstellung zu schließen und eine Beweismaßherabsetzung daher ablehnt. Dass hinsichtlich innerer Tatsachen ein Vollbeweis geführt werden kann, ist zwar richtig, aber wohl nicht der Regelfall. Angesichts verfassungsrechtlicher Implikationen wäre es in diesem Kontext besonders unbefriedigend, würde man sich auf das Vorliegen gewichtiger Indizien verlassen.

<sup>155)</sup> Allgemein zu den Schwierigkeiten beim Beweis der Unfreiwilligkeit *Artner*, Der Beweis der Unfreiwilligkeit in der Unfallversicherung, ÖJZ 2024, 875 ff; *Perner/Artner-Herzberg* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG (2025) § 179 Rz 44.

<sup>156)</sup> RIS-Justiz RS0080927; RS0080921. Für eine kompakte Darstellung des Drei-Stufen-Modells *Artner*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 35/24h, ZVers 2024, 209 (211) und *derselbe*, ÖJZ 2024, 875, der betreffend die Beweislastumkehr in den AUVB ein Spannungsverhältnis zu § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verortet.

sucht. Dies folg[e] schon aus der Natur des dem Menschen innewohnenden Selbsterhaltungstriebes.“<sup>157)</sup>

Vorstehende Darstellung der richterlichen Beweismaßherabsetzungen erhebt keineswegs Anspruch auf Vollständigkeit. Das ist auch nicht notwendig, denn bereits diese auszugsweise Darstellung belegt, dass die Judikatur einer Senkung des Beweismaßes nicht derart kritisch gegenübersteht, wie einige Rechtssätze<sup>158)</sup> auf den ersten Blick nahelegen. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die anerkannten Fallgruppen auf einem gemeinsamen Wertefundament basieren.

## 2. Beweismaß und materiellrechtliche Schutzwürdigkeit

Um zu verstehen, von welchen Überlegungen sich die bisherige Judikatur betreffend Beweismaßsenkungen leiten ließ, gilt es zunächst die Bedeutung des Beweismaßes im Gesamtkontext des Zivilprozesses zu verorten. Als Ausgangspunkt dieser Überlegungen fungiert der Zweck des Beweisverfahrens. Dieses dient dazu, einen Sachverhalt festzustellen, auf dessen Grundlage im weiteren Prozess<sup>159)</sup> über materiellrechtliche Ansprüche abgesprochen wird.<sup>160)</sup> Das Beweismaß fungiert dabei gleichsam als Bindeglied zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, indem es den Anforderungen an die richterliche Überzeugung einen bestimmten Inhalt zuweist und somit die Voraussetzungen festlegt, damit positive Feststellungen getroffen werden können. Bereits dieser Konnex zwischen anwendbarem Sachrecht und prozessualen Beweisanforderungen indiziert, dass bei der Bestimmung des Beweismaßes materiellrechtliche Gesichtspunkte nicht gänzlich außer Betracht bleiben können. Es stützt dieses Ergebnis, wenn *Henckel*<sup>161)</sup> für das Prozessrecht

allgemein betont, dass „materiell privatrechtliche Wertungen für die Auslegung von Prozessnormen nutzbar zu machen [seien]“, denn nur so könne der Zivilprozess „sinnvoll in die gesamte Privatrechtsordnung [eingefügt werden]“.“<sup>162)</sup> Dazu passt, dass das BVerfG<sup>163)</sup> in stRsp hervorkehrt, dass die Durchsetzung des materiellen Rechts schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht durch die Ausgestaltung des Prozessrechts verhindert werden darf.<sup>164)</sup>

Lehre und Rsp zeichnen damit gleichermaßen das Bild einer in sich geschlossenen Rechtsordnung, die es sich zur Aufgabe macht, die prozessualen Rechtsdurchsetzungsmechanismen an die materiellrechtliche Problemstellung anzupassen. Dieser Gedanke hat demnach auch Auswirkungen auf das Beweismaß: Will man dieses iS vorstehender Überlegungen bestimmen, muss zunächst geprüft werden, ob die durch das materielle Recht vermittelte Rechtsposition bei Festhalten an herkömmlichen (Beweis-) Anforderungen effektiv durchgesetzt werden könnte. Würde durch ein Beibehalten des Regelbeweismaßes der *hohen Wahrscheinlichkeit* der Zweck des materiellen Rechts gleichsam vereitelt, muss dies im Auslegungsprozess des § 272 Abs 1 ZPO Berücksichtigung finden. Diese subsidiäre Interpretationslösung belässt dem Regelbeweismaß seinen eigenständigen Charakter, verliert aber gleichzeitig auch nicht den Konnex zwischen Prozessrecht und durchzusetzendem materiellem Recht aus den Augen. Indes steht diese Art der Bestimmung der prozessualen Rechtsdurchsetzungserfordernisse auch nicht im Widerspruch zu einer der

denfalls nicht erreicht würde [oder] durch die „Natur des Sache“ könne sogar eine Korrektur des Prozessrechts geboten sein (S 165). Dieser Schluss ist freilich weniger revolutionär als man auf den ersten Blick meinen würde, kann dem Gesetzgeber nämlich schon aus Kohärenzüberlegungen nicht unterstellt werden, die von ihm selbst im Gesetz normierten Rechtsansprüche durch überzogene prozessuale Anforderungen im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung zunichtemachen zu wollen.

<sup>162)</sup> Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht allgemein *Trenker*, Parteidisposition 100 ff. Treffend auch *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 16 f mwN: „Ohne materielles Recht fehlt es dem Verfahrensrecht zwar an der Existenzberechtigung, ohne Verfahrensrecht verpufft das materielle Recht aber weitgehend wirkungslos. Daher müssen das materielle Recht und das Verfahrensrecht zusammenwirken und – trotz allem Trennenden – als Sinneinheit verstanden werden [...]“.

<sup>163)</sup> BVerfG 07.09.2011, 1 BvR 1460/10; 08.10.1991, 1 BvR 1324/90; 12.03.1980, 1 BvR 759/77; 25.07.1979, 2 BvR 878/74; 23.04.1974, 1 BvR 6/74, 2270/73.

<sup>164)</sup> So bereits zuvor *Koller*, Schadensbeweis 162 f mit Verweis auf EGMR 15.11.2007, *Khamidov v Russland*, Nr 72118/01, Rz 174: „(...) the domestic courts in fact set an extreme and unattainable standard of proof for the applicant so that his claim could not, in any event, have had even the slightest prospect of success“. Demnach können zu hohe Anforderungen an das Beweismaß einen Verstoß gegen Art 6 EMRK begründen. Dabei darf nicht verkannt werden, dass eine verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Thematik die Einbeziehung mehrerer, konfligierender (Grund-) Rechtspositionen erfordert. Ein zu niedriges Beweismaß kann wiederum die Rechtsstellung des Beklagten beeinträchtigen.

<sup>157)</sup> OGH 22.08.1973, 7 Ob 147/73; siehe auch bereits RG 06.11.1934, VII 110/34.

<sup>158)</sup> So etwa RIS-Justiz RS0040302: „Eine Glaubhaftmachung ist nur in den vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen zulässig.“

<sup>159)</sup> Zum Zweck des Zivilprozesses *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 124 ff sowie für den deutschen Prozess *Gaul*, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 27 ff.

<sup>160)</sup> *Walter*, Freie Beweiswürdigung 165; *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht (1983) Rz 362.

<sup>161)</sup> *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht (1970) *passim*, insbesondere 64 f. Für eine Berücksichtigung der Zwecke und Prinzipien des Sachrechts bei der Interpretation des Prozessrechts siehe auch *Kargados*, Das Beweismaß, in Habscheid/Beys, Grundfragen des Zivilprozessrechts (1991) 581 (645 ff); *Koller*, Schadensbeweis 125; *Prütting*, Gegenwartsprobleme 92; *derselbe* in MüKo<sup>7</sup> § 286 ZPO Rz 45 ff; *Huber*, Beweismaß 123 f, 136; *Katzenmeier*, Beweismaßreduzierungen und probabilistische Proportionalhaftung, ZZP 117, 187 (215 FN 165); *Musielak*, Grundlagen 116; *Mummenhoff*, Zum Beweismaß im Berufskrankheitenrecht, ZZP 100, 129 (134); *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht Rz 362 f. Im Ergebnis auch *Walter*, Freie Beweiswürdigung 165, 215 ff und 259, der aber davon ausgeht, dass die teleologischen Wertungen des Sachrechts ihre Strahlkraft sogar über den Bereich der Interpretation hinaus entfalten. Durch den „vorrangigen Zweck einer anderen Norm, der an-

zentralen Thesen *Henckels*,<sup>165</sup>) wonach wir verhindern wollen, „daß unser materielles Recht auf dem Umweg über das Prozeßrecht verfälscht wird, daß materiellrechtliche Probleme nur verfahrensrechtlich angegangen werden [...]“. Von einer „Verfälschung“ des Sachrechts kann keine Rede sein, wenn die „Modifizierung“ des Prozessrechts – gesetzt den Fall, man versteht die Beweismaßbestimmung im Wege der Auslegung als solche, einzig dazu dient, die Erreichung des materiellrechtlichen Normzwecks sicherzustellen.

Mit Blick auf diese Überlegungen ergeben sich für den hier im Fokus stehenden Bereich der inneren Tatsachen zwei mögliche Argumentationsstränge: Einerseits könnten schon die ontologischen Besonderheiten innerer Tatsachen *per se* für das Erfordernis einer Beweismaßreduktion ins Treffen geführt werden. Anstatt aber innere Tatsachen kurzerhand über einen Leisten zu schlagen, sollte mE weitergehend differenziert werden. Das Beweismaß ist – nur, aber immerhin – auf *überwiegende Wahrscheinlichkeit* herabzusetzen, wenn im anzuwendenden materiellen Recht eine besondere Schutzwürdigkeit des Beweisführers verankert ist.<sup>166</sup>) In derartigen Fällen gilt es ein Leerlaufen des materiellen Tatbestands aufgrund struktureller Beweisprobleme (konkret: beim Beweis innerer Tatsachen) auf prozessualen Weg zu verhindern.<sup>167</sup>) Zur Quantifizierung der Schutzbedürftigkeit sind nicht nur die in einer Norm zum Ausdruck kommenden Interessenabwägungen und Wertungen zu berücksichtigen, sondern auch die Gesetzesmaterialien in den Blick zu nehmen, aus denen der gesetzgeberische Wille besonders deutlich hervorleuchtet.

Basierend auf diesem Konzept ergeben sich für eine richterliche Beweismaßherabsetzung zum Nach-

weis innerer Tatsachen folgende – beispielhaft genannten – Anwendungsfelder:

Zum Beweis der subjektiven Dimension<sup>168</sup>) des Wuchertatbestands (also: dass dem Wucherer sowohl die Zwangslage des Bewucherten als auch das grobe Missverhältnis der Leistungen bekannt war) bleibt es dem Beweisführer unbenommen, sich auch auf äußere Tatsachen und damit – mangels denkbarer Typizität eines derartigen Geschehensablaufs<sup>169</sup>) – auf Indizien zu stützen. Aufgrund der Komplexität und Individualität geistiger Strömungen muss aber bezweifelt werden, dass die vorhandenen Indizien derart aussagekräftig sein werden, dass das Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit erreicht wird. Der in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB verwirklichte Schutzgedanke streitet aber dafür, dass der Bewucherte seiner materiellrechtlichen Rechtsposition auch beweisrechtlich Geltung verschaffen kann. Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Herabsetzung des Beweismaßes auf eine *Glaubhaftmachung* letztlich nicht den Ausschlag geben wird, ob eine Beweislastentscheidung ergeht oder positive Feststellungen getroffen werden können, erleichterte eine Herabsetzung der Anforderungen an den richterlichen Überzeugungsgrad doch zumindest die Begründung der Beweiswürdigung (§ 272 Abs 3 ZPO). Gerichte müssten nur noch ausführen, aus welchen Gründen die jeweilige Behauptung (wenn auch nur marginal) wahrscheinlicher ist.

§ 786 ABGB gewährt Pflichtteilsberechtigten, die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen verlangen können, einen Auskunftsanspruch gegen Verlassenschaft, Erben und den Geschenknehmer. Voraussetzung hierfür ist nach der Rsp<sup>170</sup>) der Beweis von Indizien, aus denen abgeleitet werden kann, dass der Erblasser die betreffende Person beschenkt hat. Ob diese Ableitung möglich ist, ist dann eine (grundsätzlich) reversible Frage der rechtlichen Beurteilung.<sup>171</sup>) Mit Blick auf vorste-

<sup>165</sup>) Im Detail dazu *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht 64 f.

<sup>166</sup>) Dahingehend dürfte auch *A. Blomeyer* (Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 386 f) zu verstehen sein, wenn er eine Herabsenkung der Beweisanforderungen für möglich hält, sofern das materielle Recht erkennen lässt, „daß die Beweisschwierigkeiten nicht zu Lasten des Betroffenen gehen dürfen“; siehe auch *Walter*, Freie Beweiswürdigung 233 sowie diesem zust *E. Peters*, Rezension zu: *Walter*, Freie Beweiswürdigung (1979), AcP 180, 527 (529); im Ergebnis auch *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen (2001) 212 f. AA *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964) 83, der „in einem solchen Zurückgehen auf geringere Wahrscheinlichkeitsgrade zweifellos eine glatte ‚Rechtsverletzung‘“ sieht.

<sup>167</sup>) So auch die Literatur, wenn auch losgelöst vom Bereich der inneren Tatsachen: *Huber*, Beweismaß 136; *Laumen* in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch I<sup>5</sup> Kap 5 Rz 15 mwN; *Koller*, Schadensbeweis 125 spricht von der „Verwirklichung materiellrechtlicher Teloi“; in diese Richtung ist wohl auch *Leipold* (Beweismaß 16 f) zu verstehen, wenn er – unter Verweis auf die „Eigenart materiell-rechtliche[r] Tatbestandsmerkmale“ – den Anscheinsbeweises auch jenseits von Kausalität und Verschulden zur Anwendung bringen möchte. Zumal *Leipold* (Beweismaß 12 f) in der Anerkennung des Anscheinsbeweises eine Herabsetzung des Beweismaßes sieht, leuchtet ein, dass der hier eingenommene Standpunkt zu weiten Teilen *Leipolds* Auffassung entspricht.

<sup>168</sup>) Statt vieler *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> (2024) § 879 Rz 331 f.

<sup>169</sup>) Siehe nur Punkt B.I.1.

<sup>170</sup>) So die rezente Entscheidung des OGH zu 2 Ob 115/25p: „Die Begründung des Auskunftsanspruchs erfordert es daher, dass der Auskunftswerber Umstände behauptet und beweist, die auf pflichtteilsrelevante Zuwendungen des Erblassers schließen lassen. [...] Beim Anspruch gegen einen (möglichen) Geschenknehmer sind Indizien erforderlich, dass der Erblasser die betreffende Person beschenkt hat, wobei an diese Indizien bei Auskunftsbegehren gegen mögliche Geschenknehmer innerhalb des engeren Familienkreises – insbesondere, wenn sie selbst pflichtteilsberechtigt sind – keine hohen Anforderungen zu stellen sind.“; siehe auch bereits die zurückhaltender formulierte Entscheidung zu OGH 27.11.2020, 2 Ob 227/19z. Aus der Literatur: *Musger* in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>8</sup> § 786 ABGB Rz 2; gegen das Erfordernis eines Strengbeweises auch *Kranzer*, NZ 2021, 186; *Till*, Zum neuen Auskunftsanspruch im Erbrecht, iFamZ 2017, 274 (275).

<sup>171</sup>) *Musger* in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>8</sup> § 786 ABGB Rz 2.

hende Ausführungen ist von einer Schenkung iS des § 786 ABGB mE aber bereits auszugehen, wenn der Pflichtteilsberechtigte glaubhaft macht, dass der Erblasser eine Zuwendung mit Schenkungsabsicht vorgenommen hat.<sup>172)</sup> Zwar trägt die gegenwärtige Vorgehensweise des OGH in gleichem Ausmaß dem Umstand Rechnung, dass der schützenswerte Pflichtteilsberechtigte durch seinen Auskunftsanspruch erst an jene Informationen gelangen soll, die er im nachfolgenden Prozess benötigt – die Lösung der Beweismaßherabsetzung orientiert sich aber eher am Wortlaut des Gesetzes, der gerade auf „Schenkungen“, nicht aber „Indizien für Schenkungen“ abstellt. Hier erarbeiteter Lösungsvorschlag verortet die Beurteilung, ob eine Schenkung im Sinne des § 786 ABGB vorliegt, somit ausschließlich auf Beweiswürdigungsebene. Daraus resultiert freilich die rechtsmittelrechtliche Konsequenz der Unanfechtbarkeit im Revisionsverfahren (§ 503 ZPO).

Dass bei der Bestimmung des Beweismaßes im Ergebnis also auch auf die Wertungen des Sachrechts Bedacht zu nehmen ist, überzeugt nicht zuletzt aus einem systematischen Aspekt, den jüngst Koller<sup>173)</sup> und zuvor bereits Kargados<sup>174)</sup> und Artner<sup>175)</sup> aufgegriffen haben: Eine Beweislastentscheidung wird erst getroffen, wenn richterliche Überzeugung (auf Basis des Beweismaßes) nicht erreicht werden konnte. Zumal in die Ausgestaltung der Beweislastnormen aber auch materiellrechtliche Wertungen einfließen,<sup>176)</sup> wäre es widersinnig, sich auf vorgelagerter Stufe (also: beim Beweismaß) der Zweckrichtung des Sachrechts zu verschließen. Das Ausmaß der Schutzwürdigkeit des Beweisführers stellt einen zuverlässigen Indikator dar, wann es notwendig ist, bei der Festlegung der Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung Kongruenz zwischen materiellem Recht und Prozessrecht herzustellen.

Bei induktiver Betrachtung der zuvor<sup>177)</sup> dargestellten Fallgruppen zeigt sich überdies, dass auch die bestehende Judikatur betreffend richterliche Beweismaßsenkungen von Schutzgedanken geprägt sein dürfte: Im Versicherungsvertragsrecht soll die Figur des Beweises für das äußere Bild den Versicherungsnehmer vor einer „Entwertung“ des

Versicherungsvertrages schützen, die sich durch das Erfordernis eines vom Versicherungsnehmer zu erbringenden Vollbeweises ergeben könnte.<sup>178)</sup> Schon „aus Gründen der Fairness“<sup>179)</sup> sei das Beweismaß herabzusetzen. Es wird also mit dem Wesen des Systems „Versicherung“ argumentiert und auf Besonderheiten der für den Versicherungsnehmer beweisrechtlich typischerweise nachteiligen Vertragskonstruktion rekurriert.

Das deutsche BVerwG versuchte durch die Herabsetzung des Beweismaßes zum Nachweis der Gesinnung des Wehrpflichtigen indes den verfassungsrechtlichen Vorgaben des GG Rechnung zu tragen. Walter<sup>180)</sup> ist uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er klarstellt: „Will man die Berufung auf Gewissensgründe ernst nehmen und nicht an prozessualen Schwierigkeiten scheitern lassen – wobei natürlich nur diese Alternative der Verfassung entspricht –, so muß die beweismäßige Behandlung auf diese von der Natur der Sache her gegebenen Schwierigkeiten reagieren.“ Effektiver Grundrechtsschutz rechtfertigt sohin die „Korrektur“ der herkömmlichen Beweis(maß)anforderungen.

Schließlich ist in Erinnerung zu rufen, dass auch die legislativen Anpassungen des Beweismaßes letztlich der Schutzwürdigkeit des Beweisführers Rechnung tragen sollen. So dient das Erfordernis der *Glaubhaftmachung* bei der Anfechtung einer Motivkündigung dem Arbeitnehmerschutz; im gleichbehandlungsrechtlichen Kontext hingegen der Förderung der jeweils schutzbedürftigen Gruppe. Der Gesetzgeber instrumentalisiert das Beweismaß wiederum aus Effektivitätsüberlegungen, um die im materiellen Recht verankerten Ziele zu erreichen.

Gegner der hier vertretenen Auffassung könnten verleitet sein, einzuwenden, dass mit einer Herabsetzung des Beweismaßes spiegelbildlich das Risiko einer Fehlentscheidung steigt. Allerdings sollte bedacht werden, dass der Beweisführer im Beweisverfahren bereits durch den Umstand, dass innere Tatsachen nachzuweisen sind, *ab ovo* benachteiligt ist. Gerade weil sich Gefühle, Kenntnisse und Motive kaum je in der Außenwelt manifestieren, besteht diese Benachteiligung ungeachtet dessen, ob „eigene“ innere Tatsachen oder solche anderer Personen (Prozessgegner, Dritte) zu beweisen sind. Bestreitet der nicht beweisbelastete Gegner die Aussagen des Beweisführers oder eines vernommenen Zeugen, steht mangels anderer zur Verfügung stehender Beweismittel bloß „Aussage gegen Aussage“.<sup>181)</sup> Der Beweis innerer Tatsachen wird dann nur bei Hinzutreten besonderer Umstände gelingen. Geht es also um den Beweis von Gefühlen, Kenntnissen oder Motiven, ist es nach der beweis-

<sup>172)</sup> Welser, Erbrechts-Kommentar (2018) § 786 ABGB Rz 4; Zankl, Erbrechtliche Informations- und Schadenersatzpflichten, EF-Z 2018, 157 (158); differenzierend Kranzer, Anmerkung zu OGH 2 Ob 227/19z, NZ 2021, 181 (185) mwN. AA und für einen Vollbeweis hingegen Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (341 f); „Andernfalls wäre § 786 ein „Schnüffelparagraph“ gegenüber jedermann.“

<sup>173)</sup> Koller, ZJP 133, 434.

<sup>174)</sup> Kargados, Beweismaß, in Habscheid/Beys, Grundfragen, 581 (648 f).

<sup>175)</sup> Artner, Beweis 21 f.

<sup>176)</sup> Reischauer, Entlastungsbeweis 307 f; Klicka, Beweislastverteilung 47 ff; Spitzer/Schindl, ZVR 2021, 270; Rassi, ÖJZ 2017, 302.

<sup>177)</sup> Punkt C.III.1.

<sup>178)</sup> Perner/Artner-Herzberg in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG § 179 Rz 44; Artner, Beweis 83 f; BGH 27.04.1977, IV ZR 79/76.

<sup>179)</sup> OGH 13.05.2009, 7 Ob 81/09a.

<sup>180)</sup> Walter, Freie Beweiswürdigung 227.

<sup>181)</sup> Auch die Rsp anerkennt, dass diese beweisrechtliche Pattsituation zulasten der beweisbelasteten Partei geht: OGH 03.07.2025, 6 Ob 53/25z; 27.08.2020, 6 Ob 206/19s.

rechtlichen Ausgangssituation stets die beweisbelastete Partei, die das Risiko einer Fehlentscheidung trägt. Tritt zu den strukturellen Schwierigkeiten beim Beweis innerer Tatsachen eine materiellrechtlich angelegte Schutzwürdigkeit des Beweisführers hinzu, ist es überzeugender, das Risiko einer Fehlentscheidung auf beide Prozessparteien aufzuteilen und auf diesem Weg beweisrechtliche Chancengleichheit herzustellen. Dass der Gesetzgeber grundsätzlich versucht, bei der Ausgestaltung des Sachrechts auf eine allfällige strukturelle Beweisnot Bedacht zu nehmen, ändert nichts an dem Umstand, dass gerade das in den im vorliegenden Kontext interessierenden Ausnahmefällen verabsäumt wurde. Angesichts der in diesem Zusammenhang vorliegenden Lückenhaftigkeit des Gesetzes widerspricht die Beweismaßherabsetzung auch nicht der Maxime der zweiseitigen Rechtfertigung.<sup>182)</sup> Nach hier vertretener Auffassung wird das Beweismaß im Auslegungsprozess ermittelt, wobei nur eine materiellrechtlich angelegte Schutzbedürftigkeit ein Abrücken vom Regelbeweismaß erfordert. Da die nicht beweisbelastete Partei in letzterem Fall also zu keinem Zeitpunkt beweisrechtlich bessergestellt war – so etwa, wenn ohne materiellrechtlich verankerter Schutzwürdigkeit das Beweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* gälte –, wird zu keinem Zeitpunkt rechtfertigungsbedürftig in die Rechtsposition des Beweisgegners eingegriffen.

#### D. Exkurs: Beweislastumkehr bei außergewöhnlicher Schutzbedürftigkeit?

Um aber Missverständnisse zu vermeiden: Hier eingenommener Standpunkt steht einer (noch) umfassenderen Privilegierung der an sich beweisbelasteten Partei freilich nicht entgegen. Das zeigt sich insbesondere jenseits des in vorliegender Abhandlung abgesteckten Untersuchungsgegenstands der inneren Tatsachen. Tritt zur materiellrechtlich angelegten, außergewöhnlichen Schutzbedürftigkeit des Beweisführers ein besonders drastisches Belastungsmoment seitens des Gegners hinzu – wie etwa eine grobe Verletzung von Berufspflichten –, kommt ausnahmsweise sogar eine Beweislastumkehr in Betracht. Diese Vorgehensweise findet ihre innere Rechtfertigung darin, dass die allgemeine Risikoverteilung aus strukturellen Gründen zu einer aussichtslosen Beweissituation führte und aufgrund bestimmter Zurechnungsgründe ein Prozessverlust der an sich nicht beweisbelasteten Partei eher angemessen erschiene.

Diese Überlegungen prägen etwa die Judikatur<sup>183)</sup> zur Arzthaftung, wonach „dem Patienten zum Aus-

gleich der durch die Verletzung der Dokumentationspflicht eingetretenen größeren Schwierigkeiten, einen ärztlichen Behandlungsfehler nachzuweisen, eine der Schwere der Dokumentationspflichtverletzung entsprechende Beweiserleichterung zugute kommt, um auch für die Prozessführung eine gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis zu schaffen.“ Dies kann letztlich dazu führen, dass zulasten des (eigentlich nicht beweisbelasteten) Arztes eine Beweislastumkehr Platz greifen muss.<sup>184)</sup> Mit vergleichbarer Strenge auferlegt die Rsp<sup>185)</sup> dem Behandler die Beweislast dafür, dass schädliche Folgen auch ohne den Kunstfehler eingetreten wären, wenn das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, durch den das Operationsrisiko wesentlich erhöht wurde, erwiesen ist.<sup>186)</sup> In diese Gruppe gehört wohl auch der sogenannte „Schwimmeisterfall“<sup>187)</sup> des BGH: Ein Schwimmeister ließ seinen Schwimmschüler, der mit einem Schwimmgürtel unter seiner Aufsicht schwimmen lernte, für etwa eine Minute alleine. In diesem Zeitraum ertrank der Schwimmschüler. Erwiesenermaßen wurde der Erstickungstod durch ein Herzversagen ausgelöst und abgekürzt. Es konnte nicht aufgeklärt werden, ob der Schüler bei ordnungsgemäßer Aufsicht gerettet werden hätte können. Der BGH buchte das *non liquet* zu Lasten des Schwimmmeisters, weil dieser seine berufliche Pflicht, seinen Schüler beim Schwimmunterricht vor Gefahren für Körper und Gesundheit zu bewahren, grob verletzt hatte.

Diese Judikaturlinie kann entweder mit einer ergänzenden Auslegung des jeweiligen Vertrages<sup>188)</sup> oder mE auch mit einer Analogie zu den §§ 1301 f ABGB begründet werden. Mittäter haften, sofern sie gemeinschaftlich handeln, solidarisch.<sup>189)</sup> Gemeinschaftlichkeit wird ebenso angenommen, wenn zwar kein gemeinsamer Schädigungsvorsatz gegeben war, zwischen den Tätern aber Einvernehmen bestand, eine rechtswidrige Handlung auszuführen, die für den eingetretenen Schaden *konkret gefährlich* war.<sup>190)</sup> Darüber hinaus haften auch Nebentäter solidarisch, wenn die von jedem Einzelnen verursachten Schadensanteile nicht bestimmbar sind und die Täter *konkret gefährlich* gehandelt haben.<sup>191)</sup> In bei-

<sup>184)</sup> RIS-Justiz RS0026236, freilich mit unterschiedlichen Akzentuierungen.

<sup>185)</sup> RIS-Justiz RS0026768; RS0106890. Zurückhaltender freilich OGH 29.09.2020, 6 Ob 137/20w („Beweiserleichterung, die sich einer Beweislastumkehr zumindest stark annähert“).

<sup>186)</sup> Krit hierzu J. Prölss, Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozess (1966) 97 f: „Ein derartiges pönales Sanktionsdenken ist dem geltenden Zivilrecht fremd“.

<sup>187)</sup> BGH 13.03.1962, VI ZR 142/61.

<sup>188)</sup> So auch OGH 15.12.2010, 4 Ob 199/10h betreffend die Verletzung von lebensmittelrechtlichen Dokumentationspflichten im Zuge der Reifung von Salami, wo *obiter* – unter Verweis auf die Rsp zum Behandlungsvertrag – das materielle Recht als Ursache für die Beweiserleichterung ausdrücklich angesprochen wird.

<sup>189)</sup> Karner in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB<sup>3</sup> § 1301 ABGB Rz 2.

<sup>190)</sup> RIS-Justiz RS0109825.

<sup>191)</sup> Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> B/2/Rz 41; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.10</sup> (2026) § 1302 Rz 16.

<sup>182)</sup> F. Bydlinski, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355 (1356): Es müsse „immer auch gefragt werden, warum die negativen Folgen zulasten eines Beteiligten gerade zu positiven Folgen für diesen anderen Beteiligten führen sollen“, und *vice versa* „warum der Begünstigte seine Begünstigung gerade auf Kosten eines bestimmten anderen erlangen soll“. Siehe auch *derselbe*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 92 ff.

<sup>183)</sup> OGH 07.11.1995, 4 Ob 554/95; ähnlich auch OGH 12.08.2004, 1 Ob 139/04d; 20.02.2002, 9 Ob 6/02a.

den Fällen sind es die rechtswidrig und schuldhaft handelnden Täter, die das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen sollen – nicht aber das Opfer.<sup>192)</sup> Das materielle Wertungselement des *konkret gefährlichen* Handelns rechtfertigt es, das *non liquet-Risiko* umzuverteilen. Vergleichbare Überlegungen dürften auch der eben umrissenen Judikatur zur Verletzung von Berufspflichten zugrunde liegen.

Damit ergibt sich ein abgestuftes System der richterlichen Beweiserleichterungen: (I) Einerseits kann eine materiellrechtlich angelegte Schutzbedürftigkeit eine Herabsetzung des Beweismaßes rechtfertigen, wenn strukturelle Beweisprobleme vom Gesetzgeber nicht ausreichend berücksichtigt wurden und der Zweck des Sachrechts durch Festhalten an den herkömmlichen Beweisanforderungen vereitelt würde. (II) Andererseits ist ausnahmsweise sogar eine Beweislastumkehr denkbar,<sup>193)</sup> wenn sich aus dem materiellen Recht eine außergewöhnliche (!) Schutzbedürftigkeit der an sich beweisbelasteten Partei ergibt und zusätzlich Belastungsmomente gegeben sind, die in Summe einen Prozessverlust des Gegners eher angemessen erscheinen lassen, wenn der Sachverhalt nicht aufgeklärt werden kann. Nur in derartigen Fällen ist eine richterliche Umverteilung des *non liquet-Risikos* denkbar.

## E. Ergebnisse

Innere Tatsachen sind für sich genommen nicht in der Außenwelt wahrzunehmen und einem unmittelbaren Beweis kaum je zugänglich. Daraus resultierten strukturelle Beweisschwierigkeiten, denen die Judikatur mit methodischer Vielfalt begegnet. Mitunter wird ein Anscheinsbeweis bemüht, um auf Basis von Hilfstatsachen auf die Absicht oder Willensrichtung einer Person zu schließen. Diese Praxis berücksichtigt aber zu wenig, dass hinsichtlich innerer Tatsachen schon aufgrund der Individualität und Komplexität geistiger Strömungen keine stereotypen Geschehensabläufe denkbar sind. Ein derartiger *prima-facie*-Beweis entbehrt in aller Regel bereits der hierfür notwendigen empirischen Grundlage.

Gleichermaßen sollte davon abgesehen werden, die Beweisschwierigkeiten mithilfe der von den Gerichten fallweise herangezogenen tatsächlichen Vermutung zu überbrücken. Für diese Figur bleibt im Beweisrecht kein Raum, weil die tatsächliche Vermutung – je nach Typizität des herangezogenen Erfahrungssatzes – ohnedies in einem Anscheins- oder Indizienbeweis aufgeht. Da zum Beweis innerer Tatsachen stereotype Geschehensabläufe aber gerade nicht denkbar sind, sollte in jenen Fällen, in denen die Rsp die tatsächliche Vermutung herangezogen hat, künftig ein Indizienbeweis Platz greifen. Indes erweist sich die tatsächliche Vermutung

schon deshalb als systemwidrig, weil diesem Institut *grosso modo* die Rechtswirkung einer Beweislastumkehr beigemessen wird, was aber für gewöhnlich (!) abzulehnen ist.

Darüber hinaus begegnet die Judikatur der Beweisnot hinsichtlich innerer Tatsachen in manchen Fällen schon auf Ebene des materiellen Rechts, indem das Beweisthema auf leichter erweisliche Umstände „verschoben“ wird. Diese Vorgehensweise ist bei generalklauselartig formulierten Tatbeständen nicht zu beanstanden. Dort, wo der Gesetzgeber aber erkennbar eine abschließende Anordnung treffen wollte, ist bei der Schöpfung neuer Fallgruppen Zurückhaltung geboten.

Der Indizienbeweis ist somit das Mittel der Wahl, um den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich innerer Tatsachen angemessen Rechnung zu tragen. Dennoch droht gerade dieser in vielen Fällen an den Anforderungen des Regelbeweismaßes zu scheitern. Einerseits ist denkbar, dass sich bestimmte Absichten, Willensrichtungen oder Motive überhaupt nicht in der Außenwelt manifestieren. Andererseits sind positive Feststellung anhand von Indizien – denen schon definitionsgemäß nur ein eher geringer Beweiswert zukommt – schon mit Blick auf die Komplexität und Individualität kognitiver Vorgänge nur denkbar, wenn mehrere Anhaltspunkte zusammentreffen. Obgleich derartige Fälle kaum je vorliegen, sind *non liquet*-Entscheidungen hinsichtlich innerer Tatsachen nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Dieser Umstand kann nur so erklärt werden, dass die Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung beim Beweis innerer Tatsachen herabgesetzt werden. Das dogmatische Fundament für diese Vorgehensweise liefert § 272 Abs 1 ZPO: Die hA leitet aus dieser Bestimmung das Regelbeweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* ab. Diese Schwelle ist zweifellos praktikabel und führt im *Gros* der Fälle zu sachgerechten Resultaten. Allerdings sind keine zwingenden Argumente dafür ersichtlich, dass in manchen Fällen nicht auch ein Abweichen vom Beweismaß der *hohen Wahrscheinlichkeit* zulässig wäre. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 272 Abs 1 ZPO, der generalklauselartig und ergebnisoffen konzipiert ist und auch den notwendigen Raum lässt, das Beweismaß im Wege der Auslegung festzulegen. In manchen Bereichen (ArbVG, GIBG) hat der Gesetzgeber eine materiellrechtliche Schutzwürdigkeit des Beweisführers aufgegriffen und die Anforderungen an den richterlichen Überzeugungsgrad normativ herabgesetzt. Hat der Gesetzgeber eine allfällige Schutzbedürftigkeit demgegenüber nicht berücksichtigt und würde das materielle Recht durch Beibehaltung der herkömmlichen Beweisanforderungen leer laufen, sind die im Sachrecht verankerten Wertungen im Interpretationsprozess des § 272 Abs 1 ZPO zu berücksichtigen und das Beweismaß – in Abkehr vom Regelbeweismaß – bei *überwiegender Wahrscheinlichkeit* festzulegen. Diese subsidiäre Interpretationslösung belässt dem Regelbeweismaß seinen eigenständigen Charakter, verkennt aber auch nicht den Konnex zwischen Prozessrecht und materiellem Recht. Nicht zu über-

<sup>192)</sup> Karner in Bydliniski/Perner/Spitzer, KBB<sup>8</sup> § 1302 ABGB Rz 3.

<sup>193)</sup> Für eine Beweislastumkehr aufgrund materiellrechtlicher Überlegungen tritt etwa auch Messner-Kreuzbauer, Sicherungszession: Verjährungsunterbrechung und Beweislast für berechnete Prozessführung, ZFR 2026, 271 (273 ff) ein.

sehen sind aber die mit diesem Lösungsvorschlag verbundenen rechtsmittelrechtlichen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, dass der einem Indizienbeweis zugrundeliegende richterliche Erkenntnisvorgang als Teil der Beweiswürdigung nicht revisibel ist (§ 503 ZPO).

Jenseits des Bereichs innerer Tatsachen zeigt indes die Judikatur zur Verletzung von Berufspflichten, dass ausnahmsweise sogar eine Beweislastumkehr in Betracht kommt, wenn neben eine materiellrechtlich verankerte, außergewöhnliche Schutzbedürftigkeit des Beweisführers ein gewichtiges Belastungsmoment zulasten dessen Gegners tritt (Behandlungsfehler, Dokumentationspflichtverletzung). Voraussetzung ist aber, dass die allgemeine Risikoverteilung aus strukturellen Gründen zu einer aussichtslosen Beweissituation führte und ein Prozessverlust der an sich nicht beweisbelasteten Partei eher angemessen erschiene. Der methodische Weg zur Begründung dieser Lösung führt entweder

über eine ergänzende Vertragsauslegung oder eine Analogie zu den §§ 1301 f ABGB.

Vorliegender Beitrag zeigt: Das bedingungslose Festhalten am Regelbeweismaß verstellt den Blick auf die beweisrechtlichen Grundprobleme. Die hier im Zentrum stehende – und sogleich am Beispiel der inneren Tatsachen erprobte – materiellrechtlich verankerte Schutzbedürftigkeit ist nur eine denkbare Maßeinheit, um Besonderheiten des Sachrechts bei der Ausgestaltung des Beweismaßes zum Durchbruch zu verhelfen. Wenngleich die Diskussion um richterliche Beweismaßherabsetzungen erst am Anfang steht, so bleibt doch zu hoffen, dass Rechtswissenschaft und Judikatur in Hinkunft weitere Anwendungsfelder derselben aufzeigen.

**Korrespondenz:** Univ.-Ass. *Lukas Veith*, LL.M. (WU), Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1/D3/1. OG, 1020 Wien, Österreich; E-Mail: [lukas.veith@wu.ac.at](mailto:lukas.veith@wu.ac.at).