

DIE „TATSÄCHLICHE VERMUTUNG“ IM ZIVILPROZESS

*Prof. Dr. Herbert ROTH**

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einer häufigen prozessualen Erscheinung des Beweisrechts, die den Gerichten aus ihrer täglichen Praxis bekannt ist. Dagegen erörtert die deutsche Prozessrechtswissenschaft die Thematik eher selten. *Hakan Pekcanitez* kann neben seinen vielen Verdiensten um das Prozessrecht mit Fug und Recht auch als Pionier der türkisch-deutschen Prozessrechtsvergleichung bezeichnet werden, so dass ich auf sein Interesse hoffen darf. Die folgenden Ausführungen seien ihm als Zeichen besonderer Wertschätzung gewidmet.

I. Vorkommen

Die Gerichte verschiedener Gerichtszweige ziehen im Anwendungsbereich ihrer jeweiligen Prozessordnungen (z.B. ZPO, ArbGG, VwGO, SGG) nicht selten „tatsächliche Vermutungen“ heran, wenn sie Beweisfragen zu entscheiden haben¹. Es geht also um ein Problem aus der allgemeinen Verfahrenslehre, wengleich im vorliegenden Beitrag das Zivilprozessrecht im Vordergrund steht. So soll etwa für das wucherähnliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs.1 BGB aus einem groben Missverhältnis von kaufvertraglicher Leistung und Gegenleistung der Schluss auf die zum Urteil der Sittenwidrigkeit zusätzlich erforderliche subjektive Komponente der

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht sowie Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht an der juristischen Fakultät der Universität Regensburg

¹ Nachweise der älteren Rechtsprechung durch *Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, S.50 ff.; neuere Rechtsprechung bei *Baumgärtel/Laumen*, *Handbuch der Beweislast*, Grundlagen, 2.Aufl.2009, § 14 Rdnr.2 ff.; zu den unterschiedlichen Ansätzen in der rechtlichen Qualifikation *Allner*, *Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung*, 1993, S.21 ff.

verwerflichen Gesinnung der begünstigten Partei auf einer „tatsächlichen Vermutung“ beruhen können².

Diese Art von Vermutungen lässt sich nicht auf eine gesetzliche Regelung gründen, so dass § 292 ZPO keine Anwendung findet (sogleich unten II)³. Sie beruhen nach heute vorherrschender Auffassung auf allgemeinen Erfahrungssätzen und entfalten ihre Wirkung daher im Rahmen der Beweiswürdigung (§ 286 ZPO). Dort sollen sie einen Anscheins- oder Indizienbeweis für die behauptete Tatsache begründen können⁴. Ersteres kommt vor bei Erfahrungssätzen mit starkem Beweiswert. Letzteres ist gegeben bei Erfahrungssätzen, die „nicht dieselbe hohe Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Geschehen begründen“⁵. Seltener wurden in älteren Entscheidungen tatsächliche Vermutungen eingesetzt, um die gesetzliche Beweislastverteilung abzuändern⁶.

Das häufige Vorkommen der tatsächlichen Vermutungen in der Gerichtspraxis überrascht, weil sie historisch aus den „praesumptiones facti“ des Gemeinen Rechts hervorgegangen sind, die unter bestimmten Voraussetzungen Wahrscheinlichkeitsregeln für die Annahme von Tatsachen aufstellten⁷. Mit dem Ende des Gemeinen Prozesses durch das Inkrafttreten

² *BGH* (V. Zivilsenat) NJW 2010, 363 Rdnr.15.

³ *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.15; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 292 Rdnr.7; *Zöller/Greger*, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 284 Rdnr.33.

⁴ Abermals *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.15; für die Zugehörigkeit zur Beweiswürdigung auch *A. Mayer/M. Mayer*, Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für privaturkundliche Datums- und Ortsangaben?, ZZP 105 (1992), 287.

⁵ *BGHZ* 2, 82, 85 als Beispiel für einen Indizienbeweis (zur Frage des „persönlichen Gebrauchs“ eines Ehegatten bei § 1362 Abs.2 BGB): Es existiere ein Erfahrungssatz unterhalb eines Anscheinsbeweises im Sinne eines Indizes innerhalb der Beweiswürdigung, wonach Frauenschmuckstücke in einer „Normalehe“ ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt seien.

⁶ Z.B. *BGH* NJW 1966, 826, 827 (vermutete Vereinbarung der Vertragsabänderung nach zwanzigjähriger vom Gesellschaftsvertrag abweichender Gewinnverteilung: Frage der Beweislast).

⁷ Ausführlich *Piekenbrock*, Der Kausalitätsbeweis im Kapitalanlegerprozess: ein Beitrag zur Dogmatik der „ungesetzlichen“ tatsächlichen Vermutungen, WM 2012, 429, 435 ff.; *Allner* (Fn.1), S.9 ff.

der CPO am 1.10.1879 hatte sich die freie Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) endgültig durchgesetzt, wodurch den *praesumptiones facti* ihre Grundlage entzogen war⁸. Gleichwohl haben sie überlebt und breiten sich weiter aus. Ihre unklar gebliebene Bedeutung erklärt sich daraus, dass sie schwer abgrenzbar neben benachbarten prozessualen Erscheinungen wie Beweislast, Anscheins- und Indizienbeweis stehen. In neuerer Zeit ist zudem das Verhältnis zum Institut der „sekundären Darlegungslast“ zweifelhaft geworden (unten III 2 d, e).

Eines der wesentlichen Probleme der tatsächlichen Vermutung liegt neben ihren Voraussetzungen in der Frage ihrer Entkräftung, die in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehen soll.

II. Abgrenzung zu den gesetzlichen Vermutungen

1. § 292 ZPO als Beweislastnorm

Die tatsächlichen Vermutungen im Gebrauch der Rechtsprechung haben nicht die Wirkungen der in § 292 ZPO geregelten „gesetzlichen Vermutungen“ (oben I) und müssen daher von diesen unterschieden werden. Bei der § 292 ZPO unterfallenden (der Bezeichnung nach in hohem Maße verwechslungsfähigen) „Tatsachenvermutung“ handelt es sich um eine gesetzliche Beweislastnorm⁹. Sie weicht von der gewohnheitsrechtlich gesicherten Grundregel der Beweislast ab, wonach jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen der ihr günstigen Norm trägt¹⁰. Dagegen betreffen die „tatsächlichen Vermutungen“ sowohl im Verständnis der neueren Rechtsprechung als auch nach ihrer historischen Herkunft in erster Linie die Ebene der Beweiswürdigung (oben I).

⁸ Den Wert der freien Beweiswürdigung betonend und daher für eine völlige Beseitigung der tatsächlichen Vermutung: *Wassermeyer*, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, 1954, S.49.

⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 112 Rdnr.34; ebenso etwa *Gruber*, Die tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr als Beweiserleichterung, WRP 1991, 368, 372.

¹⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn.9), § 115 Rdnr.11.

2. Unterschiedliche Behauptungslast

Von den gewöhnlichen Beweislastregeln zur Umkehr der Grundregel der Beweislast (z.B. § 280 Abs.1 Satz 2 BGB oder § 476 BGB) unterscheidet sich die Tatsachenvermutung des § 292 ZPO dadurch, dass sie das Beweisthema verschiebt: So muss vom Hypothekengläubiger im Falle des § 1117 Abs.3 BGB nicht die vermutete Tatsache der Briefübergabe (§ 1117 Abs.1 BGB) behauptet und bewiesen werden. Vielmehr reicht es aus, wenn er seinen Briefbesitz als Vermutungsbasis behauptet und beweist (zweigliedriger Tatbestand). Außerdem ist die nachgewiesene Vermutungsbasis (Besitz) nicht identisch mit den Merkmalen des vermuteten Tatbestandsmerkmals des § 1117 Abs.1 BGB (Übergabe)¹¹.

Im Unterschied zu § 292 ZPO befreit die „tatsächliche Vermutung“ nicht von der Behauptungslast für die vermutete Tatsache. Im Falle des § 138 Abs.1 BGB (oben I) muss daher das Vorliegen des subjektiven Merkmals des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts, also die vermutete Tatsache der verwerflichen Gesinnung, von der benachteiligten Partei behauptet werden¹².

3. Beweis des Gegenteils und Gegenbeweis

a. § 292 ZPO

Ein bedeutsamerer Unterschied zwischen der gesetzlichen Tatsachenvermutung des § 292 ZPO und der richterlichen Schöpfung der „tatsächlichen Vermutung“ besteht darin, dass erstere nur durch den Beweis des Gegenteils als Vollbeweis zur richterlichen Überzeugung (§ 286 ZPO) ausgeschaltet werden kann. Eine bloße Erschütterung der Vermutung reicht hingegen nicht aus.

b. Tatsächliche Vermutung

Dagegen lässt es die Rechtsprechung genügen, wenn z.B. die für die Anwendung des § 138 Abs.1 BGB herangezogene tatsächliche Vermutung

¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn.9), § 115 Rdnr.11; Musielak, Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, 561 (zu § 1253 Abs.2 BGB).

¹² BGH NJW 2010, 363 Rdnr.18.

einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils (oben I) durch dessen Berufung auf besondere Umstände erschüttert werden kann¹³. Das soll unabhängig davon gelten, ob die tatsächliche Vermutung als Anscheinsbeweis oder als Indizienbeweis eingeordnet wird (näher unten III 2)¹⁴.

Die zur Erschütterung geeigneten Umstände sind damit von der Partei zu behaupten und zu beweisen, zu deren Gunsten sie wirken, also vom Profiteur des wucherähnlichen Geschäfts. So kann etwa der Nachweis gelingen, dass der Benachteiligte ein besonderes Affektionsinteresse hatte und daher zur Zahlung eines den Grundstückswert in doppelter Höhe übersteigenden Kaufpreises bereit war¹⁵. In diesem Fall einer geeigneten Erschütterung der tatsächlichen Vermutung der verwerflichen Gesinnung trägt der Benachteiligte wieder die volle Behauptungs- und Beweislast für die eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils begründenden tatsächlichen Umstände. Dagegen war die frühere Rechtsprechung wohl davon ausgegangen, dass in vergleichbaren Sachverhalten hinsichtlich der verwerflichen Gesinnung eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Begünstigten gegeben ist¹⁶.

Dem Gegner der tatsächlichen Vermutung wird deren Entkräftung durch das Erfordernis bloßer „Erschütterung“ also leichter gemacht als dem Vermutungsgegner des § 292 ZPO, der den Beweis des Gegenteils als Vollbeweis zur vollen Überzeugung des Gerichts nach § 286 ZPO führen muss.

¹³ *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.19; *BGHZ* 146, 298, 305; 160, 8, 15 (alle Entscheidungen zum wucherähnlicher Kaufvertrag nach § 138 Abs.1 BGB).

¹⁴ *BGHZ* 146, 298, 305 (grundlegend).

¹⁵ Beispiel von *BGHZ* 146, 298, 305 (zum umgekehrten Fall eines Grundstücksverkaufs unter Wert).

¹⁶ So für einen sittenwidrigen Ratenkreditvertrag *BGHZ* 98, 174, 178 f. (die Kreditbank müsse „darlegen und notfalls beweisen, dass besondere Umstände des Einzelfalls es rechtfertigen, die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs.1 BGB zu verneinen und den Kreditvertrag trotz des auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht als sittenwidrig zu bewerten“); in der Einschätzung als Beweislastregelung ebenso (und daher mit Recht kritisch) *Baumgärtel*, Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung“ im Zivilprozess, Festschrift Schwab, 1990, S. 43, 45 f.

III. Fließende Übergänge zwischen Beweislast, Anscheins- und Indizienbeweis

Mit der Annahme einer tatsächlichen Vermutung können Beweiserleichterungen gemeint sein, die, beginnend mit einem bloßen Indizienbeweis über den Anscheinsbeweis bis hin zur Umkehr einer Beweislast führen. Derartige fließende Übergänge sind auch im Beweisrecht der Arzthaftung bekannt¹⁷. Die Rechtsprechung legt das Gemeinte in aller Regel offen, so dass Missverständnisse nicht entstehen können. Jedoch werden davon Ausnahmen gemacht, von denen jetzt die Rede sein soll.

1. Beweislastumkehr oder Anscheinsbeweis?

Im Bereich der Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht taucht innerhalb der Anspruchsgrundlage des § 280 Abs.1 BGB häufiger die Frage auf, ob eine feststehende Pflichtverletzung für den Schaden kausal geworden ist. Im Kapitalanlagerecht arbeitet der XI. Zivilsenat des *BGH* mit einer weitreichenden Beweislastumkehr zu Lasten der ihre Pflichten verletzenden Bank¹⁸, wogegen in Fällen der Aufklärungspflichtverletzung durch rechtliche Berater (Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare) der IX. Zivilsenat des *BGH* dem Geschädigten mit einem Anscheinsbeweis hilft (unten e)¹⁹.

Bisweilen wird aber auch offengelassen, ob eine Umkehr der Beweislast oder ein Anscheinsbeweis anzunehmen ist. Vielmehr soll die bloße Befürwortung einer tatsächlichen Vermutung ausreichen, um die richterliche Entscheidung zu stützen.

a. *BGH (II. Zivilsenat) WM 2014, 661 (Prospekthaftung)*

Hat sich der geschädigte Anleger an einem offenen Immobilienfonds beteiligt und wurde vom Schädiger ein unrichtiger oder unvollständiger

¹⁷ *BGHZ* 72, 136, 139.

¹⁸ *BGHZ* 193, 159 mit Nachweisen; bestätigt durch *BGH NJW* 2014, 2348 mit Anm. *H. Roth*, *LMK* 2014, 359380.

¹⁹ Spätestens seit *BGHZ* 123, 311; jüngst bestätigt durch *BGH NJW* 2014, 2795; 2012, 2435, je mit Nachweisen.

Prospekt verwendet, so liegt innerhalb der Vertragsanbahnung eine Verletzung der Aufklärungspflicht vor (§ 280 Abs.1 BGB). Es ist auch hier oftmals streitig, ob die Pflichtverletzung für den entstandenen Schaden kausal geworden ist. Nach den allgemeinen Regeln (oben II 1) trägt der Geschädigte dem Grundsatz nach die Beweislast für die die Kausalität begründenden Umstände. Der Beklagte wendet aber häufig ein, der Kläger hätte die Beteiligung auch bei einem allen Anforderungen gerecht werdenden Prospekt erworben.

Nach der Rechtsprechung des *BGH* besteht bei einer mangelhaften Prospekt Darstellung von „für die Anlageentscheidung wesentlichen Umständen“ eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der fehlerhafte Prospekt für die Anlageentscheidung ursächlich war. Der II. Zivilsenat²⁰ hat insoweit offengelassen, ob eine Beweislastumkehr anzunehmen ist, wie das der XI. Zivilsenat²¹ tut (oben I vor a), oder ob die Grundsätze des Anscheinsbeweises zum Tragen kommen. Jedenfalls hätten die Beklagten „die auf der Lebenserfahrung beruhende Vermutung nicht widerlegen können“, dass die behaupteten Prospektfehler für die Anlageentscheidung des Klägers ursächlich waren. Das gelte auch dann, wenn dem Kapitalanleger bei richtigen Prospektangaben mehrere Handlungsalternativen zur Verfügung standen, er sich also in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte²².

b. Würdigung

Der *BGH* (oben a) konnte die Entscheidung zwischen den möglichen Arten der Beweiserleichterung meines Erachtens nicht offenlassen, weil lediglich feststand, dass der Prospekt übergeben worden war.

Nimmt man an, dass die Beklagte im Wege der Beweislastumkehr die Beweislast für ihre Behauptung trägt, der Kläger hätte sich auch bei fehlerfreiem Prospekt am Fonds beteiligt, so hätte sie zur vollen

²⁰ *BGH* WM 2014, 661, 662.

²¹ *BGHZ* 193, 159 (keine Aufklärung über vereinnahmte Rückvergütungen der Bank).

²² So grundlegend *BGHZ* 193, 159 zur Aufklärungspflichtverletzung bei Rückvergütungen (Beweislastumkehr); *BGH* WM 2014, 661, 662 (Unschädlichkeit von Handlungsalternativen sowohl bei Beweislastumkehr als auch bei Anscheinsbeweis).

Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) beweisen müssen, dass der Prospektmangel nicht ursächlich für die Beteiligung war.

Anders liegt es beim Anscheinsbeweis. Nach ständiger Rechtsprechung ist er bei typischen Geschehensabläufen anwendbar. Es handelt sich um Fälle, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der „nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist“²³. Geht man von einem bloßen Anscheinsbeweis für die Ursächlichkeit aus, so hätte die Beklagte lediglich den Nachweis einer ernsthaften Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes führen müssen²⁴. Dadurch wird der Anscheinsbeweis entkräftet und die beweispflichtige Partei (der Kläger) hätte wieder die volle Beweislast für das Vorliegen der Kausalität gehabt²⁵.

Im vorliegenden Fall hatte aber für den Anleger wohl mindestens eine weitere Handlungsvariante bestanden, die zur Beteiligung am Fonds trotz unrichtigen Prospekts geführt hätte. Für die auf allgemeine Lebenserfahrung, also das Erwartete und letztlich Wahrscheinliche, gestützte tatsächliche Vermutung im Rahmen eines Anscheinsbeweises²⁶ hätte man also durchaus dessen gelungene Erschütterung wegen der vorhandenen Handlungsalternativen des Geschädigten annehmen können. Der Anleger konnte dann wohl seiner unveränderten Beweislast wegen der Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung nicht genügen. Schon vorgelagert hätte

²³ Nachweise in *BGH NJW* 2013, 1092 Rdnr.26.

²⁴ Etwa *BGHZ* 6, 169; *BGH NJW* 2013, 1092 Rdnr.28.

²⁵ *BGHZ* 6, 169.

²⁶ Die Herkunft aus der Wahrscheinlichkeit betont *Medicus*, Aufklärungsrichtiges Verhalten, Festschrift Picker, 2010, S.619, 622; auch bereits (mit Unterschieden im einzelnen) *Schönke*, Beweislast, tatsächliche Vermutungen und schuldhaftes Vereiteln der Beweisführung, *ZAkDR* 1939, 193; Stein/Jonas/*Leipold* (Fn.3), § 286 Rdnr.133 hebt mit Recht hervor, dass für den Anscheinsbeweis ein geringeres Beweismaß gilt als für den Vollbeweis und er daher nicht mit der Beweisstärke des gewöhnlichen Beweises übereinstimmt, die „dem Zweifel Schweigen gebietet“; ferner *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 12. Aufl. 2014, Rdnr.466; a.A. etwa *MünchKommZPO/Prütting*, 4. Aufl. 2013, § 286 Rdnr.52, 53 („volle Überzeugung des Richters“); *Zöller/Greger* (Fn.3), § 286 Rdnr.29a; *Gottwald*, Zivilprozessrecht (Fn.9), § 113 Rdnr.16.

angenommen werden können, dass bei mehreren vernünftigen Handlungsoptionen des Anlegers der für den Anscheinsbeweis geforderte „typische Geschehensablauf“ von vornherein ausscheidet.

c. Umkehr der Beweislast

Das Ergebnis des *BGH* lässt sich nur halten, wenn von einer Umkehr der Beweislast ausgegangen wird. Dort genügt es für den Beklagten nicht, wenn er die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes beweist. Die Beweislastumkehr beruht nämlich gerade nicht auf der Vermutung, „der Anleger hätte sich in einer bestimmten Art und Weise verhalten“. Vielmehr ist sie „durch den besonderen Schutzzweck der Aufklärungspflicht gerechtfertigt“, nämlich dem Anleger eine „sachgerechte Entscheidung über den Abschluss bestimmter Geschäfte zu ermöglichen“²⁷.

Diese Begründung ist durchaus verschieden von der den Anscheinsbeweis kennzeichnenden „allgemeinen Lebenserfahrung“, die für die zu beweisende Tatsache (Ursächlichkeit) einen typischen Geschehensablauf voraussetzt²⁸. Die Entscheidung des II. Zivilsenats bedarf also einer weiteren Begründung, die in den Entscheidungsgründen auch gebracht wird: Es müsse das Recht des Anlegers geschützt werden, „in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt investieren will oder nicht“²⁹. Diese Begründung ist aber kennzeichnend für die Beweislastumkehr, die nicht wie beim Anscheinsbeweis auf einem nach der Lebenserfahrung typischen Geschehensablauf beruht, letztlich also auf Wahrscheinlichkeiten³⁰, sondern auf allgemein gültigen normativen Erwägungen.

²⁷ Zutreffend *BGHZ* 193, 159 Rdnr.35; in diesem Sinne schon früher *H. Roth*, Beweismaß und Beweislast bei der Verletzung von bankvertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten, *ZHR* 154 (1990), 513, 530 ff.

²⁸ Für viele *RGZ* 130, 359; *BGHZ* 2, 1, 5; zusammenfassend *BGH NJW-RR* 1988, 789, 790; *Thomas/Putzo/Reichold*, *ZPO*, 35. Aufl. 2014, § 286 Rdnr.13.

²⁹ *BGH WM* 2014, 661 im Anschluss an *BGH WM* 2010, 1310.

³⁰ Besonders klar *BGH NJW-RR* 1988, 789, 790.

Die bloße Möglichkeit eines Anscheinsbeweises trägt die Entscheidung daher nicht. Die Heranziehung einer tatsächlichen Vermutung ist darüber hinaus irreführend, weil dieses Argument nur für die Ebene der Beweiswürdigung passt³¹, zu der nach richtiger Auffassung auch der Anscheinsbeweis zählt³². Dagegen hat die tatsächliche Vermutung nichts mit der Beweislastumkehr zu tun, weil es gerade nicht auf die Vermutung ankommt, der Anleger hätte sich in einer bestimmten Art und Weise verhalten.

d. Entscheidungskonflikt

Allein zutreffend ist die Auffassung des XI. Zivilsenats, der eine Beweislastumkehr im Falle der Verletzung einer Aufklärungspflicht in Kapitalanlagefällen annimmt, auch wenn sich der Kapitalanleger bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte³³. Irrig ist jedoch der Einwand, die Annahme einer tatsächlichen Vermutung wäre von der Rechtsprechung zur Begründung einer Beweislastumkehr herangezogen worden³⁴. Deren Nennung bringt lediglich das Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung zum Ausdruck. Die Annahme der Beweislastumkehr selbst wird ausschließlich mit der Entscheidungsfreiheit des Anlegers begründet.

e. Entscheidungen des IX. Zivilsenats

Das Urteil des II. Zivilsenats passt auch nicht zu den abweichenden (wenngleich kritikwürdigen) Ansätzen des IX. Zivilsenats mit seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1993³⁵. Für Verträge mit rechtlichen Beratern (Rechtsanwälte, Steuerberater) wird dort eine tatsächliche Vermutung in der Form des Anscheinsbeweises angenommen, wonach der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte. Die Vermutung wird gerade auf Fälle beschränkt, in denen nur eine einzige Entscheidung sinnvoll

³¹ So richtig *BGH* (V. Zivilsenat) NJW 2010, 363 Rdnr.15.

³² Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 6. Aufl. 2014, § 286 Rdnr.29.

³³ *BGHZ* 193, 159.

³⁴ So aber Hk-ZPO/Saenger, 5. Aufl. 2013, § 292 Rdnr.4.

³⁵ *BGHZ* 123, 311; *BGH* NJW 2012, 2435 Rdnr.36; 2014, 2795 Rdnr.2.

ist. Dagegen ist sie nicht anwendbar, wenn sich der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte, ihm also verschiedene vernünftige Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten³⁶.

Die Entscheidungen des IX. Zivilsenats sind abzulehnen, weil sie die Fälle des Entscheidungskonfliktes des Anlegers bei (angenommener) zutreffender Beratung nicht abdecken³⁷. Richtig ist in allen Fällen die Annahme einer Beweislastumkehr (oben c) und nicht der auf „Auswertung von Wahrscheinlichkeiten aufgrund der Lebenserfahrung“ beruhende Anscheinsbeweis³⁸, der zur Ebene der Beweiswürdigung gehört.

2. Anscheinsbeweis oder Indizienbeweis?

a. BGHZ (V. Zivilsenat) 146, 305

Wie bereits eingangs erwähnt (oben I), kann für einen Kaufvertrag die Beurteilung als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs.1 BGB in Betracht kommen, wenn Leistung und Gegenleistung objektiv in einem besonders groben Missverhältnis stehen. Ein derartiges „Äquivalenzmissverhältnis“ ist nachgewiesen, wenn bei Grundstücksgeschäften der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Notwendigerweise hinzukommen muss das subjektive Merkmal des Handelns des Begünstigten in verwerflicher Gesinnung (oben I)³⁹. Der BGH (V. Zivilsenat) schließt von dem objektiv gestörten Äquivalenzverhältnis im Wege einer „tatsächlichen Vermutung“ auf das erforderliche subjektive Element der verwerflichen Gesinnung des hiervon begünstigten Vertragsteils⁴⁰. Weitgehende Einigkeit besteht inzwischen darin, dass diese Vermutung bei der Beweiswürdigung

³⁶ BGHZ 123, 311, 316 f.; BGH NJW-RR 2007, 569 Rdnr.22 ff.; NJW 2012, 2435 Rdnr.36; 2014, 2795 Rdnr.2.

³⁷ Jüngst aber wiederum eine Bestätigung der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats durch BGH NJW 2012, 2435 Rdnr.36; 2014, 2795 Rdnr.2.

³⁸ BGH NJW-RR 1988, 789, 790.

³⁹ Aus jüngerer Zeit BGH NJW 2010, 363; 2012, 1570 Rdnr.15.

⁴⁰ BGHZ 146, 298, 305.

angesiedelt ist und einen Anscheins- oder Indizienbeweis für die behauptete Tatsache der verwerflichen Gesinnung begründet⁴¹. Diese Schlussfolgerung wird auf den Erfahrungssatz gestützt, dass in der Regel „außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not ... zugestanden werden und auch der Begünstigte diese Erfahrung teilt“⁴².

b. Erschütterung im Falle des Anscheinsbeweises

Der *BGH* hat offen gelassen, ob diese eine Willensentscheidung zum Vertragsabschluss betreffende Schlussfolgerung so zwingend ist, dass sie einen Anscheinsbeweis für die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten erbringt oder ob sie lediglich als Indizienbeweis (unten c) Bedeutung entfaltet⁴³. Jedenfalls lässt der *BGH* die Erschütterung dieser tatsächlichen Vermutung durch besondere Umstände zu. Die Beweislast für die eine Erschütterung begründenden Umstände trägt der Begünstigte, also die Partei, zu deren Gunsten die besonderen Umstände wirken.

Zu denken ist z.B. daran, dass die Parteien ein fehlerhaftes Verkehrsgutachten als Grundlage des verabredeten Kaufpreises akzeptiert haben oder ihnen das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen gleichgültig war oder der Benachteiligte ein besonderes Affektionsinteresse hatte⁴⁴. Das deckt sich mit den Anforderungen an den Anscheinsbeweis, der durch den Nachweis einer „ernsthaften Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes entkräftet (erschüttert) werden kann“⁴⁵. In den genannten Beispielfällen träfe bei gelungener Erschütterung die benachteiligte Partei wiederum die volle Beweislast für die tatsächlichen Umstände, die einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten zugrunde liegen.

⁴¹ *BGH* NJW 2010, 363 Rdnr.15.

⁴² *BGHZ* 146, 298, 302.

⁴³ *BGHZ* 146, 298, 304 f.; gegen einen Anscheinsbeweis wegen eines fehlenden Erfahrungssatzes: *Jung*, Wucherähnliches Rechtsgeschäft - Tatbestand und Beweis, ZGS 2005, 95, 100.

⁴⁴ *BGHZ* 146, 298, 305.

⁴⁵ *BGHZ* 6, 169 (Schiffszusammenstoß).

c. Erschütterung im Falle eines Indizienbeweises

Die für die Erschütterung des Anscheinsbeweises geltenden Grundsätze sollen nach Auffassung des *BGH* auch dann gelten, wenn für die verwerfliche Gesinnung kein Anscheinsbeweis streitet, sondern der Schlussfolgerung lediglich die Bedeutung eines Indizienbeweises zukommt⁴⁶. Doch ist diese Aussage durchaus unklar. Wenn nämlich das schwache Indiz nicht für sich allein zur vollen Beweisführung ausreicht (§ 286 ZPO) und weitere für den Benachteiligten streitende Indizien nicht vorliegen, so braucht es auch nicht vom Gegner erschüttert zu werden. Im Gegenteil ist der Richter beim Indizienbeweis auch sonst in dem Sinne freier gestellt, als er ihn vor der Beweiserhebung auf Schlüssigkeit prüfen darf. Kommt er zu dem Ergebnis, dass die als richtig unterstellte Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien ihn nicht von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde, darf ein das Indiz betreffender Beweisantrag abgelehnt werden⁴⁷. Ganz zutreffend ist allerdings die Annahme, dass für einen Anscheinsbeweis nicht ausreichende Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung als Indizien berücksichtigt werden können⁴⁸.

d. Unterschiedliche Beweisstärke

Die Unterscheidung von Anscheins- und Indizienbeweis ist nur sinnvoll, wenn im Falle einer angenommenen indiziellen Bedeutung der groben Äquivalenzstörung deren Beweisstärke für die vorläufige richterliche Überzeugungsbildung im Hinblick auf die verwerfliche Gesinnung für sich allein nicht genügt. Dann ist die Beweiskraft des dem Indiz zugrunde liegenden Erfahrungssatzes nicht so stark, dass sie für einen Anscheinsbeweis ausreicht⁴⁹. Man kann ein Indiz, das einen schwächeren Beweiswert als ein Anscheinsbeweis aufweist, allein zur vorläufigen richterlichen Überzeugungsbildung nicht genügen lassen, sonst käme ihm

⁴⁶ *BGHZ* 146, 298, 304 f.

⁴⁷ Nachweise in *BGH NJW-RR* 2013, 743 Rdnr.26.

⁴⁸ *BGH NJW* 1961, 777, 778.

⁴⁹ Exakte Unterscheidung in *BGHZ* 2, 82, 85; entsprechende Stufenleiter bei *Hirtz*, Der Nachweis der Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsansprüchen oder: Was vermögen Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung?, *MDR* 1988, 182, 185.

beweisrechtlich eine größere Bedeutung zu als dem Anscheinsbeweis mit seiner stärkeren Beweiskraft.

Als Folge dieser Betrachtungsweise wäre aber die benachteiligte Partei weitgehend schutzlos, weil und wenn sie nicht mehr nachweisen kann als das gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Eine Hilfestellung über die Annahme einer „sekundären Behauptungslast“ der begünstigten Partei scheidet wohl aus, weil deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Allerdings hat der *BGH* in Fällen der Haftung für einen ungesicherten „WLAN-Anschluss“ eine tatsächliche Vermutung angenommen, wonach der Inhaber des Anschlusses für eine Rechtsverletzung verantwortlich ist. Daraus wurde eine sekundäre Darlegungslast des Anschlussinhabers gefolgert, der geltend macht, eine andere Person habe die Rechtsverletzung begangen⁵⁰. Voraussetzung dafür ist aber, dass die behauptungs- und beweisbelastete Partei „keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Prozessgegner nähere Angaben dazu ohne weiteres möglich sind“⁵¹. So liegt es in den vorliegenden Fällen regelmäßig nicht, da beide Parteien gleichermaßen von den betreffenden Umständen Kenntnis haben werden.

e. Ergebnis

Lässt man dagegen trotz der dargestellten Bedenken das Indiz des gestörten Äquivalenzverhältnisses schon für sich allein zur vorläufigen Überzeugungsbildung des Richters wegen der verwerflichen Gesinnung ausreichen, so könnte die auf das Indiz gestützte Schlussfolgerung nach Auffassung des *BGH* erschüttert werden. Letztlich sind dann aber auch die Anforderungen an einen Anscheinsbeweis erfüllt. Für die Frage der verwerflichen Gesinnung ist daher allein die Annahme eines

⁵⁰ *BGHZ* 185, 330 Rdnr.12 („Sommer unseres Lebens“); eine tatsächliche Vermutung wurde dagegen verneint in *BGH NJW* 2014, 2360 Rdnr.15 („BearShare“), dem Inhaber des Internetanschlusses aber eine sekundäre Darlegungslast auferlegt.- In *BGH NJW* 2013, 1441 Rdnr.34 f. („Morpheus“) sollte die bejahte tatsächliche Vermutung wohl die Annahme eines Anscheinsbeweises bedeuten.

⁵¹ *BGH NJW* 2014, 2360 Rdnr.17.

Anscheinsbeweises als Instrument der Beweiserleichterung zugunsten der benachteiligten Partei sachgerecht. Die gesonderte Nennung der tatsächlichen Vermutung ist dann überflüssig, weil diese bereits im Anscheinsbeweis als dessen Motiv aufgeht. In keinem Fall käme es auf die Frage an, ob die Erschütterung eines bloßen Indizes leichter gelingen kann als die Erschütterung eines Anscheinsbeweises. Bei einer anderen Sicht der Dinge als hier wäre die Frage freilich wegen der geringeren Beweiskraft des Indizes zu bejahen.

In Einzelfällen kann die Beweiskraft eines Indizes freilich auch über die Wirkung eines Anscheinsbeweises hinausgehen und führt dann schon für sich zur vollen richterliche Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO. Auch in diesem Fall ist die Rede von einer „tatsächlichen Vermutung“ überflüssig, weil irreführend.

IV. Bedeutung der tatsächlichen Vermutung

Nach dem bisher Gesagten zum Gebrauch der „tatsächlichen Vermutung“ durch die Rechtsprechung bringt die Verwendung dieses Begriffes nicht mehr zum Ausdruck als das prozessuale Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung zugunsten der nach den allgemeinen Regeln mit der Beweislast beschwerten Partei⁵². Doch entscheidet die Annahme einer tatsächlichen Vermutung nicht schon über die Einordnung der gewährten Art der Beweiserleichterung im Sinne einer Beweislastfrage, eines Anscheinsbeweises oder eines bloßen Indizes mit je unterschiedlichen Rechtsfolgen. In Betracht kommt die Entkräftung der tatsächlichen Vermutung durch den Beweis des Gegenteils oder durch bloßen Gegenbeweis mit Erschütterung oder durch Anwendung der Grundsätze der sekundären Behauptungslast.

Die tatsächliche Vermutung ist ausschließlich auf der Ebene der Beweiswürdigung angesiedelt⁵³ und bedeutet dann meistens eine -

⁵² Die Entbehrlichkeit des Begriffs betont daher *Prütting*, Beweiserleichterungen für den Geschädigten - Möglichkeiten und Grenzen -, in: *Karlsruher Forum* 1989, S.3, 15.

⁵³ Darüber besteht heute weithin Einigkeit: *Hk-ZPO/Saenger* (Fn.34), § 292 Rdnr.4; *Musielak/Huber*, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 292 Rdnr.1.

überflüssige - Bezeichnung für einen Anscheinsbeweis, der den allgemeinen Regeln folgt.

Auf der Ebene der Beweislast kann die tatsächliche Vermutung dagegen keinen Erkenntnisgewinn bringen. Sie ist Ausdruck von Erfahrungssätzen und weist mit der nicht auf Wahrscheinlichkeitserwägungen, sondern auf normativen Begründungen beruhenden Beweislast keine ausreichenden Berührungspunkte auf. Insoweit bedeutet ihre Verwendung eine (unschädliche) Falschbezeichnung, die am besten vermieden werden sollte.

Die neuere Rechtsprechung ist sich der unterschiedlichen Bedeutungsgehalte in aller Regel bewusst, wenn sie von einer „tatsächlichen Vermutung“ spricht und leitet daraus mit Recht keine eigenständigen Rechtsfolgen wegen der Anforderungen an eine Entkräftung ab.