

ZZP Zeitschrift für Zivilprozeß

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dieter Leipold, Freiburg,
Prof. Dr. Dr. h. c. Karl Heinz Schwab, Erlangen,
Prof. Dr. Rolf Stürner, Freiburg

UNIVERSITÄT POTSDAM
Universitätsbibliothek

1995 ISBN 3-452-23160-7

Schriftleitung

Zuschriften, die sich auf diese Zeitschrift beziehen, werden an Herrn Professor Dr. Dieter Leipold, Universität Freiburg, Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozeßrecht, Postfach, 79085 Freiburg, erbeten. Rezensionsexemplare und Rezensionen sind an Herrn Professor Dr. Rolf Stürner, Universität Freiburg, Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozeßrecht, Postfach, 79085 Freiburg (Tel. 07 61/2 33-33 70) zu senden.

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen. Es wird davon ausgegangen, daß die zur Veröffentlichung eingesandten Entscheidungen von Instanzgerichten nicht auch anderen Zeitschriften angeboten werden.

Die vorbehaltenen Urheber- und Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Verlag

Carl Heymanns Verlag KG, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Telefon 02 21 - 9 43 73-0, Telefax 02 21 - 9 43 73-901, Telex 8 881 888, Landeszentralbank 37 308 173, Postbank Köln 820 20-501.

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung und Ausgabe von Daten des Inhalts dieses Heftes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind nicht gestattet.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahre, Jahrespreis 198,00 DM zuzüglich Versandkosten. Einzelheft 57,00 DM zuzüglich Versandkosten. Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf.

Anzeigen

Heymanns Anzeigen-Verwaltung, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Ruf 02 21 - 9 43 73-308/309, Telex 8 881 888. Die Anzeigen werden nach der Preisliste vom 1. 1. 1995 berechnet. Landeszentralbank Köln 37 008 173, Postbank Köln 228 03-501.

Druckerei

Gallus Druckerei KG Berlin.

INHALT

A. ABHANDLUNGEN

BELLING, Prof. Dr. Detlev / RIESENHUBER, Karl, Beweislastumkehr und Mitverschulden	455
BRAUN, Prof. Dr. Johann, Zinstitel und Abänderungsklage	319
FOERSTE, Prof. Dr. Ulrich, Zur Rechtskraft in Ausgleichszusammenhängen	167
GAUL, Prof. Dr. Hans Friedhelm, Grundüberlegungen zur Neukonzipierung und Verbesserung der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung	3
HAAAS, Dr. Ulrich, Unfallversicherung und ordre public	219
HÄSEMAYER, Prof. Dr. Ludwig, Zur materiellrechtlich-prozeßrechtlichen Doppelnatur des außergerichtlichen Vergleichs und des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses	289
HESS, Wiss. Ass. Dr. Burkhard, Die Einwirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EGV auf das deutsche Zivilprozeßrecht	59
HOEREN, Prof. Dr. Thomas, Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren	343
LÜKE, Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard, Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis	427
SCHACK, Prof. Dr. Haimo, Rechtsangleichung mit der Brechstange des EuGH – Vom Fluch eines falsch verstandenen Diskriminierungsverbots	47
SCHMIDT, Prof. Dr. Eike, Zugang zur Berufungsinstanz	147
SCHOLLMEYER, Eberhard, Diskriminierung deutscher Gläubiger in amerikanischen Insolvenzverfahren? – Bemerkungen zu Baumgart v. Fairchild Aircraft Corporation, 981 F. 2d 824 (U.S. Court of Appeals, 5th Cir. 1993)	525
SPICKHOFF, Dr. Andreas, Möglichkeiten und Grenzen neuer Tatsachenfeststellungen bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen	475
TSIKRIKAS, Dr. Dimitrios, Probleme der notwendigen Streitgenossenschaft in rechtsvergleichender Betrachtung	503
WAGNER, Akad. Rat a. Z. Dr. Gerhard, Datenschutz im Zivilprozeß	193

B. ENTSCHEIDUNGEN

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Sechste Kammer, Urteil vom 10. 2. 1994 in der Rechtssache Firma Mund & Fester gegen Firma Hatrex International Transport, Rs. C-398/92 – Arrestgrund bei Auslandsvollstreckung	109
BGH, Beschluß vom 16. 9. 1993 – IX ZB 82/90 – Urteilsanerkennung und ordre public	241
BGH, Urteil vom 25. 11. 1993 – IX ZR 32/93 – Anerkennungszuständigkeit und doppelrelevante Tatsachen (mit Anm. von Prof. Dr. Harald Koch)	359
BGH, Urteil vom 2. 3. 1994 – XII ZR 207/92 – unzulässiges Anerkenntnisurteil im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß (mit Anm. von Prof. Dr. Rainer Frank)	373
BGH, Urteil vom 22. 9. 1994 – IX ZR 165/93 – Fehlerhafte Pfändung bei Buchhypothek (mit Anm. von Prof. Dr. Wolfram Henckel)	250

bescheidener dogmatischer und praktischer Nutzen lohnt weitergehende Überlegungen. Wenn die hier vorgetragenen Gedanken gezeigt haben, daß das letzte Wort zur Bedeutung des Prozeßrechtsverhältnisses in der Wissenschaft noch nicht gesprochen ist, haben sie auch sachlich ihren Zweck erfüllt.

Beweislastumkehr und Mitverschulden

Von Professor Dr. iur. Detlev W. Belling, M.C.L., und Assessor Karl Riesenhuber,
Universität Potsdam

I. Einleitung

1. »Der Beweis ist der Preis, um den die Rechte prozessual zu haben sind«¹. Grundsätzlich hat der Kläger zu beweisen, daß sich die Tatbestandsmerkmale derjenigen Norm verwirklicht haben, auf die er sein Begehren stützt. Er unterliegt im Prozeß, wenn der Beweis scheidert. Um diese Beweisgefahr gerecht zu verteilen, wird die Beweislast in verschiedenen Bestimmungen umgekehrt. So weisen etwa §§ 282, 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG dem Schuldner bzw. Schädiger (im folgenden: Beklagten²) die Beweislast hinsichtlich des *Verschuldens* z.u. Formal am Verschuldensprinzip festhaltend, mildert der Gesetzgeber so das prozessuale Risiko des Gläubigers bzw. Geschädigten (im folgenden: Klägers).

In ähnlicher Weise wird die Beweislast für andere Haftungsvoraussetzungen in verschiedenen Fällen dem Beklagten überbürdet. Nach oder analog § 282 BGB trägt der Schuldner einer erfolgsbezogenen Pflicht die Beweislast auch hinsichtlich der *Kausalität* seines Verhaltens³. Dasselbe soll nach der Rechtsprechung hinsichtlich der *objektiven Pflichtverletzung*⁴ gelten. Besondere *praktische Bedeutung* haben in diesem Bereich grobe Verletzungen von (ärztlichen und anderen) Berufspflich-

1 v. Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6. u. 7. Aufl. (1924), 3. Teil, 1. Abt., § 55, S. 206.

2 Die hier vorgenommene Darstellung vereinfacht, soweit sie davon ausgeht, der Kläger sei der durch die Beweislastregel Begünstigte. Selbstverständlich kann die Rollenverteilung umgekehrt sein. Hinzu kommt, daß bei § 254 BGB der Geschädigte seinerseits u. U. nach § 831 BGB einzustehen hat: Dann kommt dem Schädiger eine Beweislastregel zugute. Die Variationen in der Prozeßstellung haben jedoch für die Untersuchung kein Gewicht.

3 Larenz, FS Hauß (1978), S. 225, 234 ff.; Soergel/Wiedemann, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. (1990), vor § 275, Rdnrn. 540 ff.; Staudinger/Löwisch, BGB, 13. Bearbeitung (1995), § 282 Rdnr. 19; MünchKomm./Emmerich, BGB, Bd. 2, 3. Aufl. (1994), vor § 275 Rdnr. 153; RGZ 138, 37 (Landarzt); BGHZ 27, 79 (Lotse).

4 BGHZ 8, 239, 242 (Beförderungsvertrag); BGH, NJW 1964, 33, 35 f.; BGH, NJW 1991, 1540, 1541; LG Mönchengladbach, NJW-RR 1989, 859 (Parkplatzbewachung); Larenz (Fn. 3), S. 225, 232. A. M. Stoll, AcP 176 (1976), 145, 152 f.; Staudinger/Löwisch (Fn. 3), § 282 Rdnr. 19; Baumgärtel/Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1, 2. Aufl. (1991), § 282 Anh. Rdnr. 20; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983), § 17 II 3 (S. 221 ff.): Die objektive Pflichtverletzung stehe bei erfolgsbezogenen Pflichten mit Schadenseintritt fest. Zu dem Streit ist hier nicht Stellung zu nehmen. Im Text wird die Meinung der Rechtsprechung zugrunde gelegt.

ten und der Dokumentationspflicht⁵. Ein weiterer Schwerpunkt der Beweislastumkehr liegt in der Produkthaftung⁶.

Vermag der beweispflichtige Beklagte sich nicht zu entlasten, so ist seine Haftung in vollem Umfang begründet. Für die *Haftungsbegründung* kommt es nach dem Äquivalenzprinzip nicht auf das Gewicht des Verursachungsbeitrags an. Der Verschuldensgrad spielt wegen § 276 BGB keine Rolle. Schließlich muß der Schädiger für jede Pflichtverletzung einstehen, ohne daß deren Gewicht zu berücksichtigen wäre⁷.

Hat der Kläger den Schaden aber erwiesenermaßen mitverschuldet, so gerät die beschriebene Beweiserleichterung in Gefahr: Die *Schadensteilung* nach § 254 BGB⁸ erfordert nämlich eine Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensbeiträge von Schädiger und Geschädigtem. Für die Abwägung kommt es auf das *Gewicht des jeweiligen Anteils* an. Dieses muß bestimmt sein; es muß feststehen. Denn Ungewisses läßt sich mit Gewissem nicht abwägen⁹. Die Beweislastregeln ergeben aber keinen »gewissen«, bestimmten Verursachungs- oder Verschuldensbeitrag des Schädigers. Im Gegenteil setzen sie Ungewißheit und Unaufklärbarkeit voraus. Sie geben nur eine Verfahrensanleitung. Soll in dieser Lage kein Beitrag des beweisbelasteten Beklagten bei der Schadensteilung berücksichtigt werden? Und wenn doch: Welcher, und wie ist er zu ermitteln?

Es stellt sich mithin die *Frage*: Welche Bedeutung hat es für die Schadensteilung nach § 254 BGB, wenn der Verursachungs- und der Verschuldensbeitrag des Schädigers im Rahmen der Haftungsbegründung nur mittels einer Beweislastentscheidung eingestellt, aber nicht nachgewiesen werden konnte? *Beispielfälle* verdeutlichen das Problem:

(1) *Mitverschulden im Verschuldensbereich*. In BGHZ 46, 260¹⁰ hatte der Beklagte durch lastenfreie Veräußerung seines Grundstücks das Wegerecht vereitelt, das er zuvor dem Kläger eingeräumt hatte. Der Beklagte, der nach § 282 BGB

beweispflichtig war, konnte sein Verschulden nicht ausschließen. Der Kläger hatte seinen Schaden aber dadurch mitverschuldet, daß er die ihm zugegangenen Grundbuchnachrichten nicht mit gehöriger Sorgfalt geprüft hatte. Welcher Verschuldensbeitrag des Beklagten ist in die Abwägung einzustellen?

(2) *Mitverschulden im Kausalitätsbereich*. In BGHZ 64, 46 hatte der Beklagte, Hersteller und Verkäufer eines Haartonicums, es unterlassen, den Kläger, einen Friseur, darauf hinzuweisen, daß das Tonicum bei Überempfindlichkeit Hautreaktionen hervorrufen kann. Bei dem Kläger stellten sich im Verlauf der Verwendung zunächst Hautausschläge ein. Nach einiger Zeit litt er an einer Allergie auch gegen andere Mittel und wurde deshalb berufsunfähig. Der Beklagte konnte den Ursachenzusammenhang zwischen der unterlassenen Aufklärung und der Erkrankung nicht widerlegen¹¹. Welcher Verursachungsbeitrag des Beklagten wäre im Rahmen der Schadensteilung zu berücksichtigen, wenn der Kläger die Erkrankung etwa durch Verzögerung der Behandlung mitverursacht hätte?

(3) *Mitverschulden und Pflichtverletzung*¹². Während das Lager des Klägers von dem Beklagten »bewacht« wurde, kam es zu einem Einbruch. Er konnte eine objektive Pflichtverletzung nicht ausschließen. Den Kläger traf ein Mitverschulden, weil ein nicht ordnungsgemäß geschlossenes Fenster das Eindringen erleichtert hatte¹³. Welche Pflichtverletzung ist dem Beklagten – im Rahmen der Ermittlung seines Verursachungsbeitrags – anzulasten?

2. Der Fragenkreis ist, wie *Medicus*¹⁴ feststellt, weithin ungeklärt. Freilich hat die Rechtsprechung¹⁵ in dem Bestreben, »zu einem gerechten Ergebnis«¹⁶ zu

5 Vgl. etwa *Baumgärtel/Baumgärtel* (Fn. 4), § 823 Anh. C II; BGHZ 72, 132, 138; 85, 212; BGH, NJW 1986, 59, 60 f.; 1988, 2303; 1990, 2353; 1991, 1948; 1982, 1516, 1517 (Steuerberater); *Heinemann*, NJW 1990, 2354 ff.

6 *Baumgärtel/Baumgärtel* (Fn. 4), § 823, Anh. C III; BGH, NJW 1991, 1948; BGHZ 104, 323 (Sprudelflasche).

7 Der Grad der Pflichtverletzung kann freilich Folgen für die Beweislastverteilung haben, BGHZ 72, 133; 85, 216; 107, 222; NJW 1988, 2949; 1992, 754: Hat der Arzt einen groben und konkret verursachungstauglichen Fehler begangen, so trifft ihn die Beweislast für die Nichtursächlichkeit.

8 Entsprechendes gilt für die Schadensteilung nach anderen Vorschriften, z. B. § 17 StVG.

9 Insoweit zutreffend BGH, NJW 1957, 99, 100 = VersR 1956, 732, 733 = LM Nr. 10 zu § 17 StVG (Bl. 2).

10 Zur entsprechenden Problematik bei § 831 BGB vgl. etwa RG, JW 1928, 1046; BGH, VersR 1956, 732; 57, 99. Im Falle der Fahrerhaftung, § 18 StVG, wird ein Mitverschulden ebenfalls häufig vorliegen; vgl. etwa BGH, VersR 1961, 249.

11 Daß den Beklagten die Beweislast hinsichtlich der Kausalität traf, entnahm BGHZ 64, 46, 51 dem Schutzzweck der Aufklärungspflicht. Zu Beweislast bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs- oder Warnpflichten ausführlich und differenzierend *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 158 ff.

12 Auf die Pflichtverletzung kommt es bei § 254 BGB deshalb an, weil die Ursächlichkeit selbst nicht gewichtet werden kann. Zur Abwägung der Verursachungsbeiträge ist deshalb die Frage entscheidend, in welchem Maße die Ursache – die *Pflichtverletzung!* – den Schadenseintritt *wahrscheinlich* gemacht hat; *Staudinger/Medicus*, BGB, 12. Aufl. (1983), § 254 Rdnr. 92. M. a. W. kommt es nicht so sehr auf die Ursächlichkeit, sondern auf die Ursache an.

13 LG Mönchengladbach, NJW-RR 1989, 859 (Parkplatzbewachung); BGHZ 8, 239, 242 (Beförderungstrag); BGH, NJW 1964, 33, 35; BGH, NJW 1991, 1540, 1541. Siehe bereits oben Fn. 4.

14 *Staudinger/Medicus* (Fn. 12), § 254 Rdnr. 102.

15 BGH, NJW 1957, 99 = VersR 1956, 732 = LM Nr. 10 zu § 17 StVG; VersR 1957, 63, 64; 1961, 234, 236; 1961, 249, 250; 1963, 285, 286; NJW 1963, 1447, 1449; VersR 1966, 164, 165; 1966, 732; 1966, 745, 747; 1967, 1187, 1188; BGHZ 46, 260, 267 f. = NJW 1967, 622, 625; OLG Frankfurt/M., VersR 1974, 472; OLG Düsseldorf, VersR 1976, 152 (nur LS); OLG Bremen, VersR 1978, 469; OLG Bremen, VersR 1979, 1059, 1060; OLG Frankfurt/M., VersR 1982, 1079; OLG Frankfurt/M., VersR 1988, 295, 296; KG vom 13. 12. 1993 – 12 U 2536/91 – (n. v.) mit Hinweisen auf die eigene ständige Rechtsprechung. Eine Änderung der Rechtsprechung deuten allerdings BGH, NJW 1992, 2474,

gelangen, einen einfachen, aber fragwürdigen Ausweg gefunden: »Ein Verschulden, das nur gesetzlich vermutet wird, darf. . . (bei der Abwägung nach § 254 BGB)¹⁷ nicht in die Waagschale geworfen werden«¹⁸. Die den Beklagten (Schädiger) treffende »Verschuldensvermutung« habe »Bedeutung nur für die Zurechnungsfrage, nicht für die Abwägung der Schadensbeiträge nach § 254 BGB«¹⁹. Entsprechendes soll (wohl) auch für die anderen nach § 254 BGB abzuwägenden Umstände gelten²⁰. Die Literatur ist der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – bislang gefolgt²¹. Dieser kaum in Frage gestellte Lösungsansatz führt zu folgendem Ergebnis: Trifft den Kläger ein Mitverschulden, so wird der Verschuldens- oder Verursachungsbeitrag des Beklagten bei der gebotenen Schadensteilung nur berücksichtigt, wenn es dem Kläger gelingen sollte, diesen Beitrag zu beweisen. Da ihm nach h. M. insoweit keine Beweiserleichterung mehr zugutekommt, wird er im Prozeß regelmäßig einen erheblichen Teil seiner Schadenersatzforderung einbüßen.

3. Zweifel sind angebracht, ob dieses Ergebnis den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Intentionen gerecht wird. Denn nach der allgemein befürworteten Lösung wird dem Kläger in den erörterten Fallgestaltungen nahezu Unmögliches oder Unzumutbares abverlangt. Ihm wird auferlegt, das Gewicht des Verschuldens- oder Verursachungsbeitrags des Beklagten nachzuweisen (das »Wie«). Demgegenüber erwartet das Gesetz (§§ 282, 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG) von ihm nicht einmal den Nachweis, daß der Beklagte den Schaden überhaupt verursacht bzw. verschuldet hat (das »Ob«). Die Lösung der Rechtsprechung führt zu dem eigenartigen Ergebnis, daß der Kläger zwar die Haftungs begründung mit Hilfe der Beweislastregeln leicht bewältigt. Denn ihm wird der Beweis für Pflichtverletzung, Kausalität und/oder Verschulden erlassen. Im Rahmen der Schadensteilung nach § 254 BGB fällt er aber ganz oder teilweise aus,

wenn er nicht nachweisen kann, welches Gewicht dem fraglichen Beitrag des Beklagten zukommt. Die Beweislastumkehr scheint im Anwendungsbereich von § 254 BGB zu versagen. Diese Lösung ist auch im Hinblick auf das von § 254 BGB verwirklichte Verantwortungsprinzip²² zweifelhaft, nach dem die Beteiligten den Schaden im Fall des Mitverschuldens anteilig zu tragen haben²³. Denn sie führt beweisrechtlich zu einer Art »Culpakompensation«, zu einem Haftungsausschluß wegen Mitverschuldens. Das soll § 254 BGB aber vermeiden²⁴.

Die Annahme, die Beweislastregeln hätten nur für die Zurechnungsfrage Bedeutung, nicht auch für die Schadensteilung, wird schließlich nicht konsequent durchgehalten. Denn es entspricht der h. M., daß der Kläger im Rahmen von § 254 BGB entsprechend § 831 BGB für Verrichtungsgehilfen einzustehen hat²⁵. Das wird damit begründet, daß »der Geschädigte für seine Hilfspersonen in derselben Weise einstehen (soll) wie der Schädiger für die seinen«²⁶. Demnach kann der Kläger vollen Ersatz nur fordern, wenn er sich für sein Auswahl- und Überwachungsverschulden sowie den Ursachenzusammenhang entlastet²⁷. Ein Grund dafür, daß die Beweislastregel des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB im Rahmen des § 254 BGB zu Lasten des Klägers, nicht aber zu Lasten des Beklagten wirken soll, ist nicht ersichtlich.

Aus diesen Gründen ist nach anderen Lösungswegen zu suchen (III.). Dabei ist von den Grundlagen der Beweislastregeln auszugehen (II.). Die darauf beruhende Lösung (III.3.) führt zu Folgerungen auch für den Gesamtschuldnerausgleich nach §§ 426, 254 BGB (IV.).

2475 f. und NJW 1993, 2611, 2612 an. Den verletzten Reiter, der Ansprüche aus § 833 BGB geltend macht, soll im Rahmen der Schadensteilung nach § 254 BGB gem. § 834 BGB die Beweislast für Verschulden und Kausalität treffen.

16 BGH, VersR 1956, 732, 733.

17 Zus. d. Verf.

18 BGH, VersR 1966, 164, 165; 1961, 249, 250; OLG Düsseldorf, VersR 1976, 152 (nur Leitsatz); OLG Frankfurt/M., VersR 1988, 295, 296.

19 RGRK-Steffen, BGB, Bd. II, 5. Teil, 12. Aufl. (1989), § 831 Rdnr. 13; BGH, VersR 1956, 732, 733; NJW 1957, 99; Weitmayer, FS Klingmüller (1974), S. 499, 506 ff.

20 So hinsichtlich der Kausalität Weitmayer (Fn. 19), S. 499, 506 ff.

21 Herm. Lange, Handbuch des Schuldrechts, Schadenersatz, 2. Aufl. (1989), § 10 IX 1 a und XII 2; MünchKomm./Grunsky, BGB, Bd. 2, 3. Aufl. (1994), § 254 Rdnr. 61 a. E.; Soergel/Mertens, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. (1990), § 254 Rdnr. 133; RGRK-Alff, BGB, Bd. II, 1. Teil, 12. Aufl. (1976), § 254 Rdnr. 76; Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl. (1995), § 254 Rdnr. 47; Baumgärtel/Srieder (Fn. 4), § 254 Rdnrn. 4 f.; Jagusch/Hentschel, StVG, 33. Aufl. (1995), § 17 Rdnr. 21; Pott/Frieling, ProdHG (1992), § 6 Rdnr. 17; kritisch nur Staudinger/Medicus (Fn. 12), § 254 Rdnr. 102.

22 Iarenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. (1987), § 31 I a (S. 541); zust. Lange (Fn. 21), § 10 X 2 (S. 549).

23 Daher stellt Staudinger/Medicus (Fn. 12), § 254 Rdnr. 102 (zu BGH, NJW 1967, 622, 625) fest: »Doch bedeutet diese Entscheidung wohl nicht, daß der Vermutungsgegner als schuldlos behandelt werden soll (was die ihn bei der Abwägung treffende Quote auf Null reduzieren könnte).«

24 Motive II, S. 23 f.; Lange (Fn. 21), § 10 I (S. 535); Staudinger/Medicus (Fn. 12), § 254 Rdnr. 1; Henke, JuS 1988, 753, 756 ff. Nur vereinzelt sind Haftungsausschlüsse wegen Mitverschuldens angeordnet, §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3 Satz 1, 307 Abs. 1 Satz 2, 309. Zur Culpakompensation des gemeinen Rechts etwa Wendt, JherJb 31 (1892), 137 ff.

25 RG, JW 1931, 3345, 3352; RGZ 142, 356, 358; 164, 264, 269; BGHZ 1, 248, 249; BGH NJW 1980, 2573, 2575, st. Rspr. Ebenso für § 834 BGB BGH, NJW 1992, 2474, 2475 f.; NJW 1993, 2611, 2612.

26 RGZ 142, 356, 358; 164, 264, 269; RG, JW 1931, 3345, 3352.

27 BGH, NJW 1980, 2573, 2575. Ausdrücklich auch MünchKomm./Grunsky (Fn. 21), § 254 Rdnr. 84 (»Gelingt dem Geschädigten der Entlastungsbeweis, so kann er vollen Ersatz seines Schadens fordern . . .«). Grunsky folgt a.a.O. Rdnr. 61 freilich der hier kritisierten Rechtsprechung. Ebenso Soergel/Mertens (Fn. 21), § 254 Rdnr. 105 einerseits und Rdnr. 133 andererseits; Lange (Fn. 21), § 10 XI 5 i einerseits und § 10 IX 1 a und XII 2 andererseits.

II. Die Regelung der Beweisgefahr und die ratio der Beweislastumkehr

1. Die technische Ausgestaltung der Beweisgefahr durch Beweislastregeln

Vor allem §§ 282, 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG werden häufig als Verschuldensvermutungen bezeichnet. Das Ergebnis jedweder Beweislastumkehr – egal ob aufgrund tatbestandlicher Gestaltung, aufgrund von Fiktionen, von Beweislastregeln oder der Einräumung richterlichen Ermessens (z. B. § 287 ZPO) – wird vielfach »Vermutung« genannt²⁸. Es handelt sich aber weder um technische Vermutungen im Sinne von § 292 ZPO, noch um tatsächliche Vermutungen. §§ 282, 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG sind *bloße Beweislastregeln*.

Zwar führen widerlegliche Vermutungen nach § 292 ZPO auch zu einer Beweislastumkehr. Der Hauptunterschied zwischen Vermutung und Beweislastregel besteht aber darin, daß die Vermutung das Beweisthema auf die Vermutungsbasis hin verändert. Die Beweislastregel rührt dagegen nicht an den Tatbestandsmerkmalen. Sie zerlegt den Tatbestand in begründende und entgegenstehende Elemente²⁹. Gemeinsam ist beiden, daß weder durch die Vermutung³⁰ noch durch die Beweislastregel die betreffende Tatsache »festgestellt« wird. Unterliegt dieselbe Tatsache als Merkmal verschiedener Tatbestände unterschiedlichen Beweislastregeln, so kann sie einmal bejaht und einmal verneint werden, ohne daß das Gericht Widersprüchliches feststellte³¹.

Von einer »Vermutung« mag man (untechnisch) auch sprechen, wenn einer Beweislastregel die Vorstellung eines tatsächlichen oder statistischen Regel-Ausnahme Verhältnisses zugrunde liegt³². Das ist beispielsweise bei § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB der Fall³³. Das bloße Regel-Ausnahme Verhältnis in einem gesetzlichen Tatbestand darf aber nicht schon dazu verleiten, von einer Vermutung zu sprechen: Die sprachliche Fassung dient nur dem technischen Zweck, die Beweislastverteilung

anzugeben, ohne damit ein tatsächliches Regel-Ausnahme-Verhältnis zu indizieren³⁴. Den hier untersuchten Beweislastregeln liegt eine Wahrscheinlichkeitsvorstellung nicht zugrunde (dazu sogleich II. 2. b); daher ist es auch nicht angebracht, in dieser Hinsicht von einer Vermutung zu sprechen³⁵.

Wer bezüglich der Beweislastregeln den Terminus »Vermutung« verwendet, kann damit nur meinen, daß die entsprechende Tatsache von dem »Vermutungsgegner« zu beweisen ist. Daß aber eine Tatsache als gegeben vermutet oder sogar festgestellt würde, folgt daraus nicht. Die Beweislastregel gibt nämlich lediglich eine Anweisung, wie der Richter im Fall eines non liquet zu verfahren hat.

2. Die innere Rechtfertigung der Beweislastumkehr

a) Die Normen, die hinsichtlich der Pflichtverletzung, der Kausalität und des Verschuldens die Beweislast umkehren, werden im wesentlichen durch folgende Erwägungen und Zwecke getragen: durch den *Sphären Gedanken*, die Zuordnung des *Leistungs- und Betriebsrisikos*, den *Gefährdungsgedanken* sowie die *Sanktion der Beweisvereitelung*.

Die Nähe einer Partei zum Beweisgegenstand, der *Sphären Gedanke*³⁶, liegt z. B. § 831 BGB zugrunde³⁷. Dieser Gedanke wird auch zur Begründung der Produkthaftung herangezogen³⁸. Der Aufklärungsmöglichkeit des Geschäftsherrn steht die mangelnde Einsehbarkeit für den Geschädigten (Beweisnot) gegenüber. Ähnliches wird auch für §§ 282, 285 BGB ins Feld geführt: Der Schuldner übersehe seinen Bereich ungleich besser als der Gläubiger³⁹. Die Beweislast läßt sich jedoch

34 Siehe nur *Leipold* (Fn. 29), § 5 IV 2 (S. 53 ff., 57).

35 Auch den Vermutungen i. S. von § 292 ZPO liegt nicht notwendig ein Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde, sie enthalten vielfach eine Wertentscheidung; das verdeutlicht etwa § 1006 BGB. Für unwiderlegliche Vermutungen, der Sache nach eine Veränderung des Tatbestands (*Prütting* [Fn. 4], § 7 I [S. 48 f.]), gilt entsprechendes, vgl. nur § 1566 BGB.

36 Grundlegend *Pröls*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß (1966), bes. S. 65 ff.

37 Denkschrift, S. 98 = *Mugdan* II, S. 1268: »Der Geschäftsherr wird diesen [Entlastungs-] Beweis gegebenenfalls unschwer erbringen können, während bei umgekehrter Verteilung der Beweislast der Anspruch des Geschädigten häufig scheitern würde.« S. ferner *Musielak* (Fn. 29), § 17 I (S. 378); RGRK-*Steffen* (Fn. 19), § 831 Rdnr. 2; *Staudinger/Schäfer*, BGB, 12. Aufl. (1986), § 831 Rdnr. 11; *Baumgärtel/Baumgärtel* (Fn. 4), § 831 Rdnr. 1. Differenzierend *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. (1994), § 79 III 1 b, die den Sphären Gedanken in erster Linie anführen, darüber hinaus aber auf den Gesichtspunkt des objektiven Mangels sowie die Zusammengehörigkeit von Vorteil und Risiko hinweisen. *Pröls* (Fn. 36), S. 29. RGZ 74, 342, 344 (»regelmäßig auch am besten in der Lage ... aufzuklären«); RGZ 120, 67, 69; BGHZ 24, 188, 195 (»Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen«).

38 MünchKomm./*Mertens*, BGB, Bd. 3, 2. Hbd., 2. Aufl. (1986), § 823 Rdnr. 307.

39 *Raape*, AcP 147 (1941), 217, 222 und 242. Ferner *Pröls* (Fn. 36), S. 79 f., 81 f.; *Reinecke* (Fn. 33), S. 135; *Staudinger/Löwisch* (Fn. 3), § 282 Rdnr. 3; *Baumgärtel/Srieder* (Fn. 4), § 282 Rdnr. 3; *Fikentscher*, Schuldrecht, § 44 II 3 b; *Musielak* (Fn. 29), § 16 II a (S. 368 f.).

28 *Rosenberg*, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung, 5. Aufl. (1965), § 15 I 1 (S. 199), spricht von »Sprachverwirrung und Begriffsverwirrung« im Bereich der Vermutungen. Siehe auch *Dubischar*, JuS 1971, 385, 387; MünchKomm./*Prütting*, BGB, Bd. 2, 3. Aufl. (1994), § 292 Rdnr. 3 ff., 14.

29 Grundlegend *Rosenberg* (Fn. 28), § 15 I 4 (S. 208 ff.); ferner *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen (1966), § 7 II c (S. 92 f.); *Musielak*, Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß (1975), § 5 (S. 60 ff.); *Prütting* (Fn. 4), § 8 I, II (S. 48 ff.).

30 *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, Bd. 2, Teilbd. 1, 20. Aufl. (1987), § 292 Rdnr. 7; *Prütting* (Fn. 4), § 7 II (S. 49 f.).

31 *Rosenberg* (Fn. 28), § 3 I (S. 15 f.); *Leipold* (Fn. 29), § 6 I, bes. 2. und 4. (S. 59 ff.).

32 Zu der Wahrscheinlichkeit als mögliche Grundlage einer Beweislastregel *Leipold* (Fn. 29), § 5 III 1 (S. 48); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. (1993), § 117 II 5 b (S. 673); *Dubischar*, JuS 1971, 385, 387 f.

33 Dazu *Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Aufgabe (1976), S. 40 f. mit weiteren Beispielen.

nur begrenzt mittels »räumlicher Abgrenzung« verteilen. Aus diesem Grund und auch weil eine Bestimmung der »Sphäre« ohne Rekurs auf Wertungsgesichtspunkte nur schwerlich gelingt⁴⁰, stellt der Sphärengedanke keine allgemeingültige Beweislastregel dar⁴¹. Die Bedeutung weiterer Wertungsgesichtspunkte klingt schon an, wenn nicht die Sphäre, sondern der *Verantwortungs- und Gefahrenbereich* für maßgeblich erklärt wird.

Bei § 282 BGB konkretisiert das nach dem Vertrag zu bestimmende *Leistungsrisiko* den Sphärengedanken⁴². Daher greift die Beweislastregel auch in Fällen ein, in denen das Leistungshindernis außerhalb des vom Schuldner kontrollierten Bereichs auftritt, wenn z. B. ein Brand unaufklärbarer Ursache die vom Schuldner herauszugebenden Sachen vernichtet⁴³. Das nach der Schutzzwecklehre zu bestimmende Leistungsrisiko begründet auch die Beweislastumkehr im Fall der positiven Forderungsverletzung. Auf diesem Wege wird die Beweislast des Schuldners für die Kausalität und – bei erfolgsbezogenen Pflichten – für die Pflichtverletzung verständlich.

Entsprechend wird bei § 831 BGB der Sphärengedanke durch die Zuweisung des *Betriebsrisikos* an den Geschäftsherrn konkretisiert. Die Beweislastumkehr ist der Ausgleich für das infolge der Delegation und Organisation erhöhte Beweisrisiko⁴⁴. Im Rahmen der Produkthaftung wird als Anwendungsfall des Betriebsrisikos das Nutzen-Nachteil-Prinzip angeführt, aufgrund dessen das Produktrisiko dem Hersteller zugewiesen ist⁴⁵.

Der damit anklingende *Gefährdungsgedanke* zeigt sich deutlicher noch in § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG. Die hier getroffene Beweislastverteilung beruht auf der Zulassung der Gefährdung des Straßenverkehrs⁴⁶. Daß den Fahrer selbst nur eine Ver-

schuldenshaftung mit Exkulpationslast trifft, nicht schon eine Gefährdungshaftung, dieses »Minus« liegt in der für ihn – im Vergleich zum Halter – geringeren Gefahrbeherrschung begründet⁴⁷.

Im Fall grober ärztlicher Behandlungsfehler⁴⁸ und der Verletzung der Dokumentationspflicht⁴⁹ soll durch die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität dem *Aufklärungserchwernis* des Patienten und der potentiellen *Beweisvereitelung* durch den Arzt begegnet werden. Die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität im Fall der Aufklärungspflichtverletzung wird wiederum von dem Schutzzweck der verletzten Pflicht getragen⁵⁰.

b) Die vorgestellten Zwecke der Beweislastumkehr typisieren lediglich die Gründe, die den Beweislastregeln betreffend Pflichtverletzung, Kausalität und Verschulden zugrunde liegen. Andere Regeln, die eine Beweislastumkehr anordnen, werden von weiteren Zwecken getragen. Zu nennen ist vor allem die *Wahrscheinlichkeit* des Vorliegens einer Tatsache. Sie liegt etwa der Beweislastbestimmung des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Widerruf zugrunde. Im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit verhält es sich ähnlich, insofern die Geisteskrankheit, nicht aber die geistige Gesundheit zu beweisen ist⁵¹. Zwar ist vorgeschlagen worden, auch § 282 BGB mit einem Wahrscheinlichkeitsurteil zu begründen⁵². Es läßt sich aber weder eine entsprechende Intention des Gesetzgebers feststellen, noch eine Wahrscheinlichkeitsregel empirisch erweisen. Auch § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB beruht nicht auf einer Wahrscheinlichkeitsaussage. Denn ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn ist nicht wahrscheinlicher als sein fehlendes Verschulden⁵³.

BGHZ 4, 192, 195 (»Sie [die Vorschrift des § 282] beruht auf dem Gedanken, daß der Schuldner in aller Regel am besten in der Lage ist, die Umstände darzulegen und zu beweisen, die ihm die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich gemacht haben.«); BGH, NJW 1965, 1583, 1584; NJW-RR 1990, 446, 447.

40 Stoll, AcP 176 (1976), 145, 154, bemerkt: »Die Vorstellung eines überpositiven, vom Leistungsinhalt unabhängigen Gefahrenbereichs des Schuldners führt zu Mißdeutungen.«

41 Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 32), § 117 II 5 a (S. 673); Prütting (Fn. 4), § 17 (S. 213 ff.).

42 Dazu Stoll, FS v. Hippel (1967), S. 517, 531 ff.; ders., AcP 176 (1976), 145, 149 f.; ihm folgt Larenz (Fn. 3), S. 225, 234 ff.; Raape, AcP 147 (1941), 222, 242; Reinecke (Fn. 33), S. 136 f.; Soergel/Wiedemann (Fn. 3), § 282 Rdnr. 3; MünchKomm./Emmerich (Fn. 3), § 282 Rdnr. 3; ähnlich Larenz (Fn. 22), § 22 I, S. 334 f. und § 24 I b, S. 371 f. (»Erfüllungsgarantie«); a. M. Pröls (Fn. 36), S. 77 sub dd.

43 MünchKomm./Emmerich (Fn. 3), § 282 Rdnr. 3; BGH, NJW-RR 1990, 446 ff.

44 BGHZ 24, 21, 30.

45 MünchKomm./Mertens (Fn. 38), § 823 Rdnr. 279.

46 BGHZ 107, 359, 367; ausführlich BGHZ 37, 311, 315 f.

47 Esser/Weyers, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 7. Aufl. (1991), § 64 5 c.

48 BGHZ 85, 212; BGH NJW 1983, 333, 334.

49 BGH, NJW 1978, 2337, 2339; 1984, 1403.

50 BGHZ 61, 118, 121 ff.; 89, 95, 103 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 32), § 117 II 6 (S. 674).

51 Stein/Jonas/Leipold (Fn. 30), § 286 Rdnr. 46; auch hier – bei der Beweislast für persönliche Eigenschaften – ist der Sphärengedanke von Bedeutung; Reinecke (Fn. 33), S. 50.

52 Währendorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht (1976), § 15 (S. 99 ff., bes. S. 107, 110 f.) sieht die Begründung in dem »Garantieprinzip« i. V. mit dem »Wahrscheinlichkeitsprinzip«; s. a. Reinecke, (Fn. 33) S. 35 ff., 135. Abl. Soergel/Wiedemann (Fn. 3), § 282 Rdnr. 3; Musielak (Fn. 29), § 17 II (S. 380 f.), § 18 (S. 383 f.); Prütting (Fn. 4), § 16 (S. 190 ff.) mit ausführlicher Würdigung und Kritik. Währendorf (Fn. 52), § 14 (S. 86 ff.) möchte auch die Beweislastumkehr bei grober Verletzung von Berufspflichten auf das Wahrscheinlichkeitsprinzip gründen; entgegen seiner Ansicht stützt sich die Rechtsprechung nicht auf eine Wahrscheinlichkeit der Pflichtverletzung für den Erfolg, sondern auf deren *Eignung*, es handelt sich nicht um tatsächliche, sondern um normative Erwägungen; BGHZ 85, 212, 217.

53 Reinecke (Fn. 33), S. 41.

III. Die Lösungswege

Das Ziel, dem Kläger die Beweislastumkehr auch im Fall seines Mitverschuldens bei der Schadensteilung zu erhalten, läßt sich auf verschiedene Weise erreichen. Zu erwägen ist zunächst, den Beitrag des Schädigers anhand eines Normalfalls oder nach Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten zu gewichten (1.), oder den maximal bzw. minimal möglichen Beitrag zu berücksichtigen (2.). Vorzuziehen ist es, sich an der beschriebenen ratio der Beweislastregeln zu orientieren (3.).

1. Die »Wahrscheinlichkeits-« oder »Normalfalllösung«

Um die von § 254 BGB verlangte Abwägung zu ermöglichen, könnte den Beweislastregeln ein bestimmter Schädigungsbeitrag zu entnehmen sein, der an der *wahrscheinlichsten Pflichtverletzung oder Schuldform als Normalfall* ausgerichtet ist. Danach könnte z. B. von »normaler Fahrlässigkeit« auszugehen sein, wenn der Beklagte keinen geringeren Verschuldensgrad und der Kläger keinen höheren nachweist. Diesen Weg legt ein Urteil des Reichsgerichts⁵⁴ nahe, das im Zusammenhang mit § 831 BGB von »*vermuteter Fahrlässigkeit*« ausgeht.

Diese Lösung erweist sich indes als nicht tragfähig. Denn der Grund, der die Beweislastumkehr trägt, besteht nicht in einem Wahrscheinlichkeitsurteil (oben II. 2.). Es läßt sich dementsprechend auch kein bestimmter Beitrag als normal oder wahrscheinlich benennen: So liegt beispielsweise § 282 BGB nicht die Annahme zugrunde, der Schuldner handele stets oder regelmäßig normal oder grob fahrlässig.

2. Die »Minimal-« oder »Maximallösung«

Wird im Rahmen der Haftungsbegründung aufgrund der Beweislastregel ein Pflichtverletzungs-, Kausalitäts- oder Verursachungsbeitrag zum Zweck der Urteilsfindung »angenommen«, so spricht das dagegen, diesen Beitrag bei der Schadensteilung nach § 254 BGB zu ignorieren. Deshalb könnte dem Beweispflichtigen ein Mindest- oder auch ein Höchstbetrag anzulasten sein⁵⁵. Die Minimallösung scheint in gewisser Hinsicht konsequent: Wenn haftungsbegründend z. B. Verschulden eingestellt wird, so liegt es nahe, bei der Haftungsausfüllung wenigstens von einem Minimalbeitrag auszugehen, z. B. leichtester Fahrlässigkeit.

54 RGZ 140, 386, 392. Ähnlich anscheinend BGH, NJW 1967, 622, 625: Der BGH billigt im Rahmen von § 282 BGB die von der Vorinstanz vorgenommene Berücksichtigung von Fahrlässigkeit zu Lasten des beweispflichtigen Beklagten. Siehe auch BGH, NJW 1963, 1447, 1449, wo das Berufungsgericht dem Kläger für einen Überwachungsfehler grobe Fahrlässigkeit »unterstellt« hatte.

55 Eine Art Minimallösung ist im Schadensrecht für den Fall der im Strafrecht sog. Wahlfeststellung anerkannt: Ist unaufklärbar, welcher von mehreren Tatbeiträgen eines Schädigers zum Schaden geführt hat, so ist der Sachverhalt mit der geringsten Schadenswahrscheinlichkeit zugrunde zu legen; BGH, NJW 1978, 421, 422 f.

Für eine Maximallösung spricht dagegen der Umstand, daß der Beklagte ohne Mitverschulden den Schaden auch voll zu tragen hätte: Steht z. B. die Haftung nach § 831 BGB aufgrund der mittels Beweislastentscheidung »ermittelten« Verschuldens einmal fest, so könnte bei der Schadensteilung der höchste mögliche Beitrag des Beweisbelasteten einzustellen sein. Ein mittlerer Weg könnte darin bestehen, der Beweislastregel zu entnehmen, den Beweisbelasteten (Beklagten) treffe überwiegendes Mitverschulden⁵⁶.

Sowohl gegen die Minimal- als auch gegen die Maximallösung spricht aber, daß der mit ihrer Hilfe bestimmte Verschuldensgrad keine Grundlage im Gesetz hat. Es ist nicht möglich, den Beweislastvorschriften einen bestimmten (minimalen oder maximalen) »Mitverschuldens«beitrag zu entnehmen. Denn sie treffen keine inhaltliche Aussage. Es handelt sich nur um technische Beweislastregeln, nicht aber um tatsächliche Vermutungen. Beweislastregeln bestimmen, was im Falle des non-liquet zugrunde zu legen ist, damit der Rechtsstreit entschieden werden kann. Da auf diesem Wege eine Tatsache (z. B. das Verschulden) nicht festgestellt wird, ist die Lösung der h. M. nicht widersprüchlich⁵⁷. Sie enthält lediglich einen Wertungswiderspruch, weil dem Kläger die Beweiserleichterung im Rahmen der Haftungsbegründung zugestanden, im Rahmen der Haftungsausfüllung aber versagt wird.

Dem Beweispflichtigen darf auch ein »überwiegender Beitrag« nicht angerechnet werden. Dieser Lösungsweg vermengt die Ermittlung des Abwägungsmaterials einerseits und die Abwägung selbst andererseits. Nur die Beibringung des Tatsachenstoffs ist eine dem Beweis unterliegende Aufgabe der Parteien. Ob und welcher Beitrag überwiegt oder sogar so weit überwiegt, daß der Beitrag des anderen Teils nicht mehr ins Gewicht fiele, das zu entscheiden, ist Sache des Gerichts⁵⁸. Die Lösung widerspricht somit der Struktur des § 254 BGB.

3. Die teleologische Erstreckung der Beweislastregeln auf die Ebene des Haftungsumfangs

a) *Grundlegung.* Dem Zweck der erörterten Beweislastregeln entspricht es, sie auch im Rahmen der Schadensteilung nach § 254 BGB wirken zu lassen⁵⁹. Denn Sinn und Zweck der Beweislastumkehr sind vom Mitverschulden unabhängig; deshalb beschränkt sich der Anwendungsbereich der Beweislastregeln nicht auf die Haftungsbegründung.

56 Umgekehrt interpretiert *Staudinger/Medicus* (Fn. 12), § 254 Rdnr. 102, die Entscheidung BGH, NJW 1967, 622, 625: »Vielmehr soll wohl der Vermutungsbegünstigte die Beweislast dafür haben, daß den anderen Teil ein höheres Verschulden trifft . . .«

57 *Rosenberg* (Fn. 28), § 3 I (S. 15); *Leipold* (Fn. 29), § 6 II 2 (S. 60 f.); siehe bereits oben, III. 1.

58 MünchKomm./*Grunsky* (Fn. 21), § 254 Rdnr. 67; BGH, NJW-RR 1988, 406.

59 A. A. BGH, NJW 1967, 622, 625, jedoch ohne Begründung.

Soweit die Beweislastumkehr auf den Sphärengedanken zurückzuführen ist, wird das ohne weiteres deutlich: Das Mitverschulden des Klägers läßt die Sphärenabgrenzung grundsätzlich unberührt⁶⁰. Die gesetzgeberischen Intentionen tragen § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB, egal ob den Geschädigten ein Mitverschulden trifft: Seiner Aufklärungsnot steht unverändert die bessere Aufklärungsmöglichkeit des Geschäftsherrn gegenüber. Was für das »Ob« des Verschuldens gilt, gilt für den Verschuldensgrad (»Wie«) erst recht. Entsprechendes ergibt sich, soweit die Beweislastregel auf einer Zuweisung des Leistungs- oder Betriebsrisikos beruht, oder ein Gefährdungsgedanke zum Tragen kommt. Denn das Mitverschulden verdrängt diese Risiken bzw. die Gefährdung nicht. Ein (verdrängendes) Überwiegen⁶¹ des Mitverschuldens ist erst im Rahmen der Abwägung nach § 254 BGB zu ermitteln; aus der bloßen Tatsache des Mitverschuldens kann darauf grundsätzlich nicht geschlossen werden. Daher ist der Beklagte (Schuldner) nach § 282 BGB »volle Aufklärung schuldig«⁶², auch wenn der Gläubiger zu seinem Schaden beigetragen hat. Denn sein Mitverschulden ändert nichts daran, daß der Schuldner das Leistungsrisiko übernommen hat. Auch die typische Gefährdung des Straßenverkehrs, welche die Beweislastumkehr nach § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG trägt, wird nicht durch ein Mitverschulden des Geschädigten verändert. Kein Zweifel an der Anwendbarkeit der Beweislastumkehr ist gegeben, wenn sie auf dem Gedanken der Beweisvereitelung beruht: Die dem Geschädigten gewährte Beweiserleichterung ist nicht deshalb zu versagen, weil ihn ein Mitverschuldensvorwurf trifft. Allein soweit *im Einzelfall* der Zweck der Beweislastregel durch das dem Geschädigten vorgeworfene Verhalten verfehlt würde, kommt eine teleologische Reduktion in Betracht; das ist jedoch keine Besonderheit der vorgeschlagenen Erstreckung der Beweislastregeln⁶³.

Die Beweislastregeln sind nach ihrem Sinn und Zweck im Wege der Rechtsfortbildung so zu erweitern, daß sie auch die in § 254 BGB geregelte Situation erfassen und eine entsprechende Rechtsfolge angeben. Beweislastregeln geben dem Richter auf, daß er eine nicht erweisliche Tatsache als gegeben oder nicht gegeben bei der Entscheidungsfindung anzusehen hat. Die Tatsachen, um die es bei den betrachteten Beweislastregeln geht, sind die Pflichtverletzung, die Kausalität und das Verschulden. Die Beweislastregeln sind ein Mittel um zu entscheiden, ob diese Tatbe-

standsmerkmale als erfüllt anzusehen sind und dementsprechend der Schuldner bzw. Schädiger haftet oder ob der Geschädigte seinen Schaden selbst tragen muß. Die Beweislastregeln besagen an sich nichts über die »Qualität« dieser Tatsachen. Auf die Qualität oder Intensität kommt es im Rahmen von § 254 BGB aber an. Verschiedene Intensitätsstufen lassen sich bei der Pflichtverletzung und dem Verschulden unterscheiden. Das Verschulden kann von der leichtesten Fahrlässigkeit bis zur Absicht reichen. Die Pflichtverletzung⁶⁴ kann geringfügig oder auch schwerwiegend sein. Dagegen kann es der Sache nach bei der Kausalität nur um deren Vorliegen oder Nichtvorliegen gehen. Die Ursachenverknüpfung besteht oder fehlt, sie kann aber nicht schwächer oder stärker sein. Nach dem Sinn und Zweck der Beweislastregeln wäre es planwidrig, wenn sie in dieser Dimension versagten.

Kommt es für die Entscheidungsfindung auf die »Qualität« oder »Intensität« einer Tatsache an – wie im Rahmen von § 254 BGB –, ist die Beweislastregel ihrem Zweck entsprechend weiterzuentwickeln: Ihr ist nicht nur zu entnehmen, daß der Schuldner bzw. Schädiger das gänzliche Fehlen eines haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmals zu beweisen hat, etwa das Fehlen des Verschuldens, wenn er sich von der Haftung zu befreien sucht. Ihr kommt eine weitergehende Funktion zu: Gelingt es dem Schuldner oder Schädiger nicht, den völligen Entlastungsbeweis zu führen, beruft er sich aber auf das Mitverschulden des Geschädigten, um seine Haftung zu verringern, so obliegt es ihm zu beweisen, welche Qualität oder Intensität sein Verursachungs- oder Verschuldensbeitrag aufweist, um die Abwägung und Schadensteilung durch den Richter zu ermöglichen. *Was der Schuldner bzw. Schädiger nicht ausschließen kann, geht zu seinen Lasten.* Der Richter hat bei der Abwägung also die höchste nicht ausgeschlossene Intensität anzunehmen.

Es wird mit anderen Worten die Beweislastregel in Einzelregeln aufgeteilt, die die verschiedenen Intensitätsstufen betreffen. Hinsichtlich des Verschuldens kann man schematisch vereinfachend eine fünfstufige Beweislastregel annehmen, die von direktem Vorsatz über Eventualvorsatz, grobe und einfache Fahrlässigkeit bis zur leichtesten Fahrlässigkeit reicht. War es im Bereich der Haftungsbegründung Sache des Beweispflichtigen (Schädigers oder Schuldners), jegliche (objektive bzw. subjektive) Pflichtverletzung auszuschließen, so muß er sich im Rahmen der Schadensteilung – angefangen bei der höchsten Stufe – *graduell entlasten*.

b) *Keine Trennung von Haftungsbegründung und Schadensteilung.* Der BGH äußert dagegen, die Schadensteilung nach § 254 BGB sei »losgelöst von der rechtlichen Beurteilung der auf beiden Seiten in Betracht kommenden rechtlichen Haftungsgrundlagen zu beurteilen«⁶⁵. Daraus wird der Schluß gezogen, die Beweislastregeln, welche die Haftungsbegründung betreffen, könnten bei § 254 BGB

60 Sofern die Regelung des § 254 BGB (u. a.) mit »dem Gedanken der persönlichen Rechts-sphäre« begründet wird, ist damit ein anderer Sphärenbegriff angesprochen, bezugnehmend auf den Grundsatz *casum sentit dominus*. Lange (Fn. 21), § 10 V 2 (S. 547); Soergell/Mertens (Fn. 21), § 254 Rdnr. 2.

61 Dazu etwa Staudinger/Medicus (Fn. 12), § 254 Rdnr. 101).

62 Raape, AcP 147 (1941), 217, 242. Plastisch formuliert Art. 97 schweizerisches OR: »Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, das ihm *keinerlei Verschulden* zur Last falle.« (Hervorhebung nur hier).

63 Vgl. Pröls (Fn. 36), S. 79 f. zu §§ 282, 285 BGB.

64 Zur Bedeutung der Pflichtverletzung für die Schadensteilung s. o., Fn. 12.

65 BGH, VersR 1956, 732, 733 und NJW 1957, 99, jeweils mit Hinweis auf BGHZ 20, 259, 263. Zustimmend Weitnauer (Fn. 19), S. 499, 506 ff.

keine Anwendung finden. Weder ist die Folgerung des BGH begründet, noch existiert überhaupt ein derartiges Trennungsprinzip.

Der BGH stützt sich auf ein Judikat⁶⁶, in dem – ausgehend vom Gesamtschuldnerausgleich – festgestellt wird, daß es für die Abwägung der beiderseitigen Schadenstragung auf den Haftungsgrund nicht ankomme, sondern ausschließlich die Gesamtheit der Umstände des Falles, insbesondere die beiderseitige Verursachung maßgeblich sei. Gemeint ist damit die Gleichwertigkeit aller Haftungsgründe für die Ausgleichung unter den Gesamtschuldern. Insofern wird der Ausgleichsanspruch hinsichtlich seiner rechtlichen Beurteilung »völlig« von der Haftung des einzelnen Gesamtschuldners gegenüber dem Verletzten »losgelöst«⁶⁷.

So richtig die These von der Gleichwertigkeit aller Haftungsgrundlagen im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs ist: Ein allgemeiner Satz, wonach die Schadensteilung von den Haftungsgrundlagen »völlig losgelöst« sei, ist für ihre Begründung nicht erforderlich, in seiner weitreichenden Formulierung sogar unrichtig. Das wird bereits in der Ausgangsentscheidung des BGH⁶⁸ deutlich. Denn in dieser geht es darum, dem geschädigten Fahrzeughalter, der Ansprüche aus §§ 823, 847 BGB herleitet, die in § 7 StVG begründete Betriebsgefahr bei der Schadensteilung nach § 254 BGB entgegenzuhalten. Zu Recht läßt der BGH das zu. Eine »Trennung« der Schadensteilung von den Haftungsgrundlagen begründet der BGH damit aber nicht. Im Gegenteil wird auf diesem Wege der Verantwortungsbereich (hier: des geschädigten Halters) realisiert, der sich aus »den Haftungsgrundlagen« (§ 7 StVG) ergibt. Auch für den Gesamtschuldnerausgleich trifft es nicht zu, daß Außenhaftung und Innenausgleich getrennt würden. Das zeigt sich etwa bei der gestörten Gesamtschuld, wenn die Haftungsprivilegierung, z. B. nach §§ 636, 637 RVO, auch im Rahmen des Ausgleichs berücksichtigt wird⁶⁹.

Ist mithin ein Trennungsprinzip nicht erkennbar, so kann es auch nicht gegen die Berücksichtigung der Beweislastumkehr im Rahmen der Schadensteilung ins Feld geführt werden. Im Gegenteil verdeutlicht die nachgezeichnete Rechtsprechung, daß im Rahmen der Schadensteilung gerade auch die Verantwortungsbereiche verwirklicht werden, die sich aus den Haftungsgrundlagen ergeben. So verhält

es sich, wenn der BGH dem Halter die Betriebsgefahr auch dann anlastet, wenn er selbst Geschädigter ist. So verhält es sich auch, wenn der geschädigte Geschäftsherr sich nach § 831 BGB sein Auswahl- bzw. Überwachungsverschulden anrechnen lassen muß⁷⁰. Und auch diese Regel ist nur Ausdruck dafür, daß sich bei der Schadensteilung die in den Haftungstatbeständen getroffenen Verantwortungszuweisungen realisieren⁷¹. Denn die Beweislastverteilung nach § 831 BGB stellt ebenso wie die Gefährdungshaftung eine Verantwortungszuweisung – hier: an den Geschäftsherrn – dar.

Soll also die sich aus einem Haftungstatbestand ergebende Verantwortung bei der Schadensteilung berücksichtigt werden, so folgt daraus, daß die dort getroffene Beweislastverteilung auch im Rahmen der Schadensteilung gelten muß. Der Halter muß die Betriebsgefahr nach § 7 StVG auch im Rahmen der Schadensteilung tragen. Ebenso muß der Geschäftsherr das Gehilfenrisiko nach § 831 BGB im Rahmen der Schadensteilung tragen. In letzterem Fall heißt das, daß auch bei der Schadensteilung nach § 254 BGB die Beweislastregel des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB Geltung beansprucht.

c) *Keine unzulässige »Vorsatzvermutung«*. Die vorgeschlagene Lösung läuft nicht auf eine »Vorsatzvermutung«⁷² hinaus⁷³. Das trifft schon tatsächlich nicht zu, weil die Entlastung hinsichtlich des Vorsatzes in aller Regel gelingen wird⁷⁴. Vor allem wird eine inhaltliche »Vermutung« mit der Beweislastregel nicht aufgestellt⁷⁵. Durch die Beweislastregel, die eine bloße verfahrenstechnische Handlungsanweisung für den Richter ist, wird die für die Entscheidungsfindung zugrunde gelegte Tatsache nicht als gegeben »festgestellt«. Die Fehlvorstellung von einer »Vorsatzvermutung« beruht auf der bereits zitierten »Sprachverwilderung und Begriffsverwirrung« im Bereich der Vermutungen⁷⁶.

Die Obliegenheit, auch Vorsatz auszuschließen, ist nichts besonderes. Die Beweislast erfaßt sämtliche Verschuldensstufen von Vorsatz und grober Fahrläs-

66 BGHZ 20, 259, 263 f. Diese Entscheidung wiederum stützt sich auf BGHZ 6, 319, 322.

67 BGHZ 20, 259, 263.

68 BGHZ 20, 259.

69 BGHZ 61, 51, 53 ff. Ferner BGHZ 103, 338 (zu § 1664 BGB; Kinderrutschenfall). Ganz selbstverständlich wirken denn auch andere Elemente der »Haftungsgrundlagen« auf den Bereich der Schadensteilung durch, etwa die §§ 827–829 BGB. Im einzelnen streitig, vgl. *Staudinger/Medicus* (Fn. 12), § 254 Rdnrn. 69 ff.; *Soergel/Mertens* (Fn. 21), § 254 Rdnrn. 29 ff. Die Wirkung der Haftungstatbestände im Rahmen der Schadensteilung zeigt sich auch dann, wenn ein Vertragsschuldner und ein Deliktsschuldner gesamtschuldnerisch haften: Hier wird im Wege der Gleichstellung der Haftungstatbestände durch § 426 BGB die Haftung wegen Vertragspflichtverletzung gegen einen Dritten – den deliktischen Mitschädiger – gewandt.

70 Allg. Meinung, *Staudinger/Medicus* (Fn. 12), § 254 Rdnr. 87.

71 Anerkannt ist dies, soweit es darum geht, dem Geschädigten die Betriebsgefahr nach § 831 BGB und dem Tieraufseher die sich aus § 834 BGB ergebende Gefahr auch bei der Schadensteilung anzulasten; für § 831 BGB BGH, NJW 1980, 2573, 2575, st. Rspr.; für § 834 BGB BGH, NJW 1992, 2474, 2475 f.; 1993, 2611, 2612. Siehe bereits oben I.3. bei Fn. 25.

72 Entsprechendes gilt für die objektive Pflichtverletzung.

73 Einer »Vorsatzvermutung« (Bezeichnung von *Staudinger/Medicus* (Fn. 12), § 254 Rdnr. 102) tritt BGHZ 46, 260, 267 entgegen.

74 Es gilt hier ebenso wie bei der Begründung der Beweislastverteilung: Der »Vermutungsgegner« »wird den [Entlastungs-]Beweis gegebenenfalls unschwer erbringen können . . .« (s. o., Fn. 37).

75 Siehe oben II. 1.

76 Siehe oben II. 1., Fn. 28.

sigkeit. Das wird dadurch ausgewiesen, daß die Beweislastregel auch anwendbar ist, wenn der Schädiger z. B. lediglich für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet⁷⁷. Kann er sich nicht entlasten, so ist diese – für die Haftungsbegründung erforderliche – Verschuldensstufe zugrunde zu legen⁷⁸. Hier wie dort handelt es sich nicht um einen inhaltlichen Vorwurf, sondern lediglich um eine technische Regelung zur Verteilung der Beweislast. Es käme wohl niemand auf den Gedanken, § 282 BGB nicht anzuwenden, wenn der Schuldner nur für Vorsatz einzustehen hat (§ 276 Abs. 2 BGB), weil es sich, sofern die Entlastung mißlingt, um eine »Vorsatzvermutung« handelt.

d) *Keine unzulässige Belastung des Beweispflichtigen.* Schließlich werden auch die Gegenrechte des Beklagten auf diese Weise nicht unzulässig beschränkt. Zwar wird es für ihn praktisch schwieriger, ein Mitverschulden des Klägers einzuwenden. Aber darin realisiert sich lediglich die vom Gesetz vorgegebene beweisrechtliche Position des Beklagten. So muß der Schuldner nach § 282 BGB jegliches Verschulden ausschließen, wenn er sich von der Haftung gänzlich befreien will. Er wird dieser Last nicht ledig, wenn er seine Haftung nach § 254 BGB nur verringern will, indem er den Geschädigten mitverantwortlich macht.

e) *Ausgangsfälle.* Die vorgeschlagene Konzeption bewährt sich in den Ausgangsfällen. Jeweils sei angenommen, daß dem Beklagten die Entlastung hinsichtlich des »Ob« nicht gelingt und somit seine Haftung begründet ist. Sodann gilt:

Im ersten Fall (vereiteltes Wegerecht) mag der Beklagte die (subjektiven) Umstände dartun, die zu der lastenfreien Veräußerung des Grundstücks geführt haben. Anhand dieses Vortrags hat der Richter festzustellen, welche Verschuldensform zu Lasten des Beklagten nach § 254 BGB zu berücksichtigen ist⁷⁹. Im zweiten Fall (Haartonicum) geht es um die Kausalität der Pflichtverletzung. Diese ist auch bei der Schadensteilung zugrunde zu legen. Der für die Abwägung zu bestimmende Verursachungsbeitrag des Beklagten ist danach zu bestimmen, inwieweit die – erwiesene – Pflichtverletzung (unterlassene Aufklärung) den Schadenseintritt wahrscheinlich gemacht hat; abzuwägen ist, in welchem Verhältnis der so bestimmte Beitrag zum Mitverursachungsbeitrag des Klägers steht. Im letzten Fall (Bewachung) ist es an dem Beklagten darzutun, auf welche Weise die Bewachung erfolgte. Anhand dieser Darstellung läßt sich bestimmen, in welchem Umfang ihm eine (objektive) Pflichtverletzung zur Last zu legen ist.

77 BGH, NJW 1965, 1583, 1584: »Sie [die Vorschrift des § 282 BGB] ist ohne Rücksicht darauf anzuwenden, von welchem Verschuldensgrad der Schuldner sich zu entlasten hat: es genügt, wenn der Schuldner beweist, daß er denjenigen Grad der Sorgfalt aufgewendet hat, zu dem er in dem konkreten Schuldverhältnis verpflichtet war ...« BGH, NJW 1967, 622, 625: »Freilich kann die Beweislastregel des § 282 BGB ... in besonderen Fällen auch einzelne Schuldformen betreffen ...«

78 MünchKomm./Emmerich (Fn. 3), § 282 Rdnr. 18.

79 Es gilt hier, wie allgemein bei § 282 BGB, daß keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen; Mot. II S. 48; MünchKomm./Emmerich (Fn. 3), § 282 Rdnr. 17 f.

IV. Folgerungen

1. Die Beweislastumkehr bei der Haftungsteilung unter Gesamtschuldnern, § 426 BGB

Die Problematik der Beweislastumkehr im Rahmen der Abwägung stellt sich auch beim Gesamtschuldnerausgleich unter mehreren Schädigern (§ 426 Abs. 1 BGB). Zur Bestimmung des Ausgleichsmaßstabs wird nach ganz h. M. das in § 254 BGB verankerte Verantwortungsprinzip herangezogen⁸⁰. Gesetzlich wird dieser Ausgleichsmaßstab durch § 17 StVG, § 41 LuftVG, § 5 ProdHG, § 93 AMG angeordnet. Auch im Verhältnis der Schädiger untereinander fragt es sich, ob und inwieweit die Beweislast zu berücksichtigen ist, die einen Schädiger hinsichtlich eines Abwägungsfaktors trifft. Zu denken ist etwa daran, daß ein »Dritter« (§ 823 BGB) den Untergang der geschuldeten Sache zusammen mit dem Vertragsschuldner (§ 282 BGB) verschuldet hat. Oder ein Geschäftsherr (§ 831 BGB) oder ein Kraftfahrer (§ 18 Abs. 1 Satz 1 StVG) hafte zusammen mit einem Drittschädiger, der aus § 823 BGB verantwortlich ist.

Oben wurde die Anwendung der Beweislastregel im Rahmen der Schadensteilung nach § 254 BGB befürwortet. Wesentliche Stütze dafür ist der Schutzzweck der Beweislastregelung, der auch in diesem Bereich regiert. Für die Bestimmung der Ausgleichspflicht unter mehreren Schädigern folgt daraus eine differenzierte Antwort.

Soweit die Beweislastverteilung ihrem Zweck nach auf einer gegenüber jedermann geltenden Erwägung beruht, ist sie auch gegenüber dem Mitschädiger anzuwenden. Das gilt für § 831 BGB und für § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG, aber auch für die auf der Beweisvereitelung beruhende Beweislastumkehr. Der Mitschädiger, der aus § 823 haftet, vermag den Verantwortungsbereich des Geschäftsherrn (§ 831 BGB) ebensowenig einzusehen wie der Geschädigte. Daher ist die Beweislastregel auch zu seinen Gunsten anzuwenden – nunmehr hinsichtlich des Verschuldensgrades.

Anders verhält es sich bei § 282 BGB. Diese Beweislastregel beruht jedenfalls nicht auf einer allgemeinen, gegenüber jedermann gültigen Sphärentheorie. Entscheidend für die hier getroffene Sphärenabgrenzung ist das gegenüber dem Schuldner übernommene Leistungsrisiko. Entscheidende Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 282 BGB ist, daß zwischen dem »Vermutungsgegner« und dem »Vermutungsbegünstigten« die Sonderverbindung besteht, die das Leistungsrisiko zuweist. Die Sonderverbindung muß, soweit es um das Verschulden bei der Schadensentstehung geht, auch schon zu diesem Zeitpunkt bestanden haben; es reicht nicht aus, daß sie erst durch die Schädigung hervorgerufen wurde. Weil (und

80 Staudinger/Medicus (Fn. 12), § 254 Rdnr. 20; Soergel/M. Wolf, BGB, Bd. 2, 12. Aufl. (1990), § 426 Rdnrn. 30 ff.; MünchKomm./Selb, BGB, Bd. 2, 3. Aufl. (1994), § 426 Rdnr. 8.

soweit) eine solche Sonderverbindung unter den Gesamtschuldnern fehlt, kommt die Anwendung der Beweisregel in ihrem Verhältnis nicht in Betracht.

Hinsichtlich der Ausgleichspflicht von Gesamtschuldnern hat sich besonders *Weitmauer*⁸¹ gegen die Relevanz der Beweislastregeln ausgesprochen. Soweit er sich auf die Annahme einer Trennung der Ausgleichspflicht vom Haftungsgrund stützt, bedient sich *Weitmauer* schlicht des vom BGH postulierten »Trennungsprinzips« (oben III.3.b), das aus den genannten Erwägungen zu verwerfen ist. Das Ergebnis von *Weitmauer* überzeugt aber auch in anderer Hinsicht nicht. Er nimmt an, die Ausgleichsregel des § 426 Abs. 1 BGB trete grundsätzlich gegenüber jener des § 254 BGB zurück. Ist aber der Verursachungs- und/oder Verschuldensbeitrag eines Beteiligten nicht erweislich, so möchte er den Verteilungsmaßstab von § 426 Abs. 1 BGB (»zu gleichen Anteilen«) anwenden. Das widerspricht dem Ausgangspunkt, wonach § 254 BGB als »andere Bestimmung« der Regel des § 426 Abs. 1 BGB vorgeht. Denn dieser Vorrang hängt nicht von der Erweislichkeit des Abwägungsmaterials oder der Praktikabilität von § 254 BGB ab. § 426 BGB stellt keine »Zweifelsregel« auf, sondern begründet ein Subsidiaritätsverhältnis. Auch von der Wertung der Beweislastregel her betrachtet, die einem Teil das Aufklärungsrisiko zuweist, überzeugt die Egalisierung der Gesamtschuldner nicht.

2. Die Beweislastumkehr auf seiten des Schädigers und des Geschädigten

Keine Besonderheiten ergeben sich schließlich, wenn auf beiden Seiten die Beweislast umgekehrt ist. Das kommt in Betracht, wenn sich Schädiger und Geschädigter jeweils eines Verrichtungsgehilfen bedient haben⁸².

Nach der h. M. wäre im Falle der Nichterweislichkeit auf beiden Seiten kein Auswahl- oder Überwachungsverschulden bei § 254 BGB einzustellen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dasjenige Verschulden zu berücksichtigen, für das sich der Beteiligte nicht (mehr) zu entlasten vermag.

V. Die Ergebnisse

1. Trifft den Beklagten (Schädiger) die Beweislast für einen haftungsbegründenden Umstand – Pflichtverletzung, Kausalität oder Verschulden – und kann er sich nicht entlasten, so kann der Geschädigte die Haftung dem Grunde nach unschwer geltend machen. Für die Haftungsbegründung kommt es auf das Gewicht der genannten Umstände nicht an. Die Frage danach stellt sich nur, wenn der Beklagte ein Mitverschulden des Klägers (Geschädigten) nachweisen kann. Für die nach § 254 BGB erforderlich werdende Abwägung kommt es nicht nur auf das »Ob«, sondern auch auf das »Wie« an, also etwa auf den Verschuldensgrad.

81 (Fn. 19), S. 499, 506 ff.

82 *Staudinger/Medicus* (Fn. 12), § 254 Rdnr. 87.

2. Die Beweislastumkehr für Pflichtverletzung, Kausalität oder Verschulden wirkt auch im Rahmen der Schadensteilung nach § 254 BGB. Der Beklagte muß sich auch insoweit von dem Vorwurf der Pflichtverletzung, der Kausalität oder des Verschuldens entlasten. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs der Beweislastregeln rechtfertigt sich aus ihrem Sinn und Zweck. Hinsichtlich der Pflichtverletzung und des Verschuldens ist dabei eine Rechtsfortbildung erforderlich: Dem Beklagten Schädiger obliegt es nunmehr, sich *graduell* zu *entlasten*, d. h. nicht nur hinsichtlich des Vorliegens der (objektiven bzw. subjektiven) Pflichtverletzung, sondern auch ihres Gewichts.

3. Trägt der Beklagte die Beweislast für sein Verschulden, so muß er beweisen, daß ihn keinerlei Verschulden⁸³ treffe; er muß also jeden Vorsatz und jede Fahrlässigkeit ausschließen. Gelingt ihm der Entlastungsbeweis nicht und erhebt er den Mitverschuldenseinwand, so trifft ihn die Beweislast für die einzelnen Stufen seines Verschuldens; er muß sich in diesem Sinne graduell entlasten. Die höchste nicht ausgeschlossene Verschuldensstufe ist zu seinen Lasten in die Abwägung nach § 254 BGB einzustellen. Entsprechendes gilt, wenn den Beklagten die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung trifft.

Bezieht sich die Beweislast auf die Ursächlichkeit (der Pflichtverletzung für den Schaden), so muß der Beklagte zur Vermeidung der Haftung die Kausalität ausschließen. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so ist auch im Rahmen der Schadensteilung nach § 254 BGB zu seinen Lasten die Ursächlichkeit bei der Abwägung zugrunde zu legen.

83 In Anlehnung an Art. 97 Schweiz. OR.