

Verschuldensabwägung bei Beweislastumkehr

DIETER MEDICUS

Ulrich Huber ist nicht nur ein mitreißender Redner und Lehrer. Vielmehr hat er auch als Rechtswissenschaftler besondere Verdienste gerade um das Schuldrecht. Zeugnisse davon sind namentlich die beiden großen Gutachten über die Leistungsstörungen und das Kaufrecht¹ sowie die beiden monumentalen Bände über Leistungsstörungen². Zu beiden Themen hat sich Huber auch im Rahmen der Reformdebatte geradezu leidenschaftlich geäußert³.

Der folgende Beitrag steht zwar nur ganz am Rande dieses Themas. Denn er betrifft eine Frage aus dem Grenzbereich zwischen Schadensersatzrecht und Prozeßrecht, die mich schon seit Jahrzehnten beunruhigt⁴. Trotzdem erhoffe ich das wohlwollende Interesse des Jubilars.

I. Der Ausgangspunkt

1. Haftungsbegründung

Nach der allgemeinen Beweislastregel muß jede Partei das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der ihr günstigen Normen beweisen. Speziell die Normen für Schadensersatzansprüche stützen sich aber nicht selten auf Umstände, in die der Geschädigte keinen Einblick hat, weil sie ganz im Bereich des Schädigers liegen. Hier hilft der Gesetzgeber mehrfach durch eine Beweislastumkehr: Anstatt des Geschädigten soll der Schädiger beweisbelastet sein. Die wichtigsten solchen Normen sind in Sonderverbindungen § 280 I 2 BGB und im deliktischen Bereich die §§ 831 I 2 BGB und 18 StVG.

¹ Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht, hersg. vom BMJ, I, 1981, S. 647 bis 909; 911 bis 949.

² Handbuch des Schuldrechts, hersg. *Joachim Gernhuber*, Bände I und II, 1999.

³ Vgl. etwa *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, hersg. *W. Ernst und R. Zimmermann*, 2001, S. 31 bis 183.

⁴ Vgl. die kurze Bemerkung bei *Staudinger-Medicus*, BGB, 12. Aufl. 1980, § 254 Rn. 102.

2. Haftungsbeschränkung

Für § 254 BGB⁵ liegen die Dinge umgekehrt: Diese Norm nutzt dem Schädiger, weil sie seine durch andere Normen begründete Ersatzpflicht einschränkt oder sogar ganz entfallen läßt. Insoweit ist also prinzipiell der Schädiger beweislaster. Allerdings unterscheidet sich die Haftungsbeschränkung dadurch von der Haftungsbeschränkung, daß bei § 254 BGB nicht allemal eine Pflichtverletzung oder Rechtswidrigkeit (ein „Delikt“) vorliegen muß. Vielmehr tritt dann an die Stelle einer verletzten Pflicht oder Norm eine Obliegenheit. Entsprechend wird ein für die Haftungsbeschränkung etwa nötiges Verschulden bei § 254 BGB zu einem untechnischen Verschulden gegen sich selbst.

Im übrigen aber zeigt sich bei § 254 BGB gewissermaßen das Spiegelbild der Haftungsbeschränkung: Die Begriffe wie Kausalität, Normzweck, Verschulden und das Entstehenmüssen für Gehilfen treten bei § 254 BGB ebenso auf wie bei der Haftungsbeschränkung⁶. Diese Spiegelbildlichkeit wird besonders deutlich bei der Gehilfenhaftung:

Die ganz herrschende und insbesondere von der Rechtsprechung befolgte Ansicht⁷ beschränkt die in § 254 II 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung von § 278 BGB auf das Bestehen eines Schuldverhältnisses, während im übrigen nur die §§ 31, 831 BGB angewendet werden sollen.

Diese Spiegelbildlichkeit zeigt sich mit umgekehrter Rollenverteilung auch bei den Beweisschwierigkeiten: Der Schädiger etwa mag beweisen können, daß der Schaden durch das unsachgemäße Verhalten eines Verrichtungsgehilfen des Geschädigten vergrößert worden ist. Aber ob dieser Gehilfe unsorgfältig ausgewählt oder angeleitet⁸ worden ist, entzieht sich seiner Einsicht. Daher ist es sinnvoll, die in § 831 I 2 BGB angeordnete Beweislastumkehr auch im Rahmen des § 254 BGB anzuwenden; insoweit muß folglich der Geschädigte beweislaster sein.

3. Das Problem

Nach dem bisher Gesagten stößt man aber bei § 254 BGB auf ein Problem: Die Vorschrift stellt für die Schadensverteilung auf die Umstände ab, insbesondere auf die Schadensverursachung durch den einen oder den anderen Teil. Hier soll (unter Einbeziehung des Verschuldens) abgewogen werden. Das setzt eine Quantifizierung der beiderseitigen Mitwirkungs- und Verschuldensanteile voraus. Die Beweislastumkehr in den haftungsbeschränkenden Normen (etwa §§ 280 I 2, 831 I 2 BGB) soll aber primär nur zu einer Entscheidung darüber verhelfen, ob überhaupt gehaftet wird. Hier herrscht folglich die Alternative des entweder – oder, also das schadens-

rechtliche Alles oder Nichts-Prinzip. Für eine abwägende Quantifizierung scheint es dabei weder Raum noch eine Notwendigkeit zu geben.

Das gilt insbesondere auch für § 280 I 2 BGB, der ja nicht einfach Verschulden vermutet, sondern das Vertretenmüssen. Dieses kann auch ohne Verschulden zu bejahen sein, ggf. aber auch ein qualifiziertes Verschulden (etwa grobe Fahrlässigkeit) voraussetzen⁹. Diese Beweglichkeit der Vermutung richtet sich jedoch allein nach dem von der Haftungsnorm Geforderten; auch hier geht es also nur um das Ob der Haftung.

Bei der Beweislastumkehr im Rahmen von § 254 BGB scheint also der für eine Quantifizierung erforderliche Ansatzpunkt zu fehlen. Das gilt für alle drei denkbaren Fallgruppen; Beweislastumkehr zu Lasten des Schädigers (weil dieser sich entlasten muß); oder zu Lasten des Geschädigten (weil diesem im Rahmen von § 254 BGB ein Gegenbeweis obliegt); oder beim gleichfalls denkbaren Zusammentreffen beider Konstellationen (etwa weil bei der Schädigung auf beiden Seiten Verrichtungsgehilfen beteiligt waren).

II. Die herkömmliche Meinung

Der BGH und die Oberlandesgerichte haben in vielen Entscheidungen¹⁰ das Ergebnis einer Beweislastumkehr für die Verschuldensabwägung bei § 254 BGB oder § 17 StVG für unbeachtlich erklärt: Für § 17 StVG sollen „nur tatsächlich erwiesene Umstände herangezogen werden“; für Verschuldensvermutungen sei dabei kein Raum¹¹.

Bei der Haftungsverteilung nach den §§ 254 BGB, 9 StVG sollen „die Ursachenbeiträge des Geschädigten nach Grund und Gewicht bewiesen sein“; nur vermutete Tatbeiträge müßten daher außer Betracht bleiben¹². Schon früher¹³ hatte der BGH gesagt, ein Verschulden, das nur gesetzlich vermutet werde, dürfe (bei § 254 BGB) „nicht in die Waagschale geworfen werden“. Etwas anders formuliert der BGH¹⁴ zehn Jahre später: Zwar sei der Gläubiger durch § 282 BGB (a.F.) bevorzugt, weil die Beweislast für das Fehlen eines Verschuldens den Schuldner treffe. Aber bei der Abwägung nach § 254 BGB gelte wieder der alte Grundsatz, „wonach jede Partei die Voraussetzungen der für sie günstigen Norm darlegen und beweisen muß“.

Ganz ähnlich steht es denn auch in fast allen Kommentaren (wobei freilich bisweilen offenbleibt, ob nur die Rechtsprechung wiedergegeben oder die Meinung des

⁹ Allgemeine Ansicht, etwa BGHZ 46, 260, 267; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, § 280 Rn. 40.

¹⁰ Vgl. die im Folgenden genannten Entscheidungen, weitere bei Detlef W. Belling/Karl Riesenhuber, ZfP 108, 1995, 455, 457 Fn. 15.

¹¹ BGH NJW 1996, 1405, 146.

¹² BGH NJW 1995, 1029, 1030.

¹³ VersR 1956, 732, 733.

¹⁴ BGHZ 46, 260, 268.

⁵ Ebenso für Spezialvorschriften wie §§ 9, 17 StVG usw.

⁶ Vgl. etwa Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 10 IV 8; § 3 IX 10.

⁷ Etwa BGHZ 1, 248; 116, 60, 74, vgl. Lange/Schiemann (o. Fn. 6) § 10 XI 3 mit Belegen.

⁸ Diese beiden Merkmale sollen abkürzend für die Obliegenheiten des Geschäftsherrn stehen.

Kommentators geäußert werden soll): Ein vermutetes Verschulden des Geschädigten (etwa nach § 831 BGB) sei bei § 254 BGB nicht zu berücksichtigen¹⁵; die Beweislastregel des § 282 BGB (a.F.) finde bei § 254 BGB keine Anwendung¹⁶; gesetzliche Verschuldensvermutungen dürften bei § 254 BGB nicht berücksichtigt werden¹⁷.

Die genannten Formulierungen können freilich den Eindruck vermitteln, als werde bloß vermutetes Verschulden gegenüber dem nachgewiesenen als minderwertig angesehen¹⁸. Das wäre sehr zweifelhaft. Richtig (und wohl auch eigentlich gemeint) sein dürfte aber ein anderer Grund: Das nur vermutete Verschulden bleibt in seiner Abstraktheit unbestimmt; es eignet sich daher nicht zu einem quantitativen Vergleich mit konkreten, durch Geständnis oder Beweis festgestellten Umständen.

III. Die Gegenansicht

Die eben geschilderte h.M. ist vor zehn Jahren von Belling/Riesenhuber ausführlich und gründlich geprüft worden¹⁹. Dabei steht neben der Kritik an der h.M. (unten 1) vor allem auch ein Versuch, das auf Grund einer Beweislastumkehr anzunehmende Verschulden zu quantifizieren und damit abwägungsfähig zu machen (unten 2).

1. Die Kritik an der h.M.

a) Belling/Riesenhuber²⁰ beanstanden zunächst das Ergebnis der h.M.: Treffe den Geschädigten (den Kläger) ein Mitverschulden, so werde der Verschuldens- oder Verursachungsbeitrag des Schädigers nur berücksichtigt, wenn der Geschädigte diesen Beitrag beweisen könne. Wenn ihm insoweit keine Beweiserleichterung zukomme, werde er im Prozeß regelmäßig einen erheblichen Teil seiner Schadensersatzforderung einbüßen. Der Geschädigte könne mit Hilfe der Beweiserleichterung zwar die Haftungsbegründung leicht bewältigen. Denn er brauche (bei § 831 BGB) Pflichtverletzung, Kausalität und/oder Verschulden nicht zu beweisen. Dagegen falle er bei der Schadensteilung nach § 254 BGB ganz oder teilweise aus, wenn er nicht

nachweisen könne, welches Gewicht dem fraglichen Anteil des Schädigers zukomme.

Ich muß gestehen, das nicht recht verstanden zu haben: Wenn der Geschädigte – und sei es auch mit Beweiserleichterungen – die Voraussetzungen seines Anspruchs bewiesen hat, erhält er regelmäßig vollen Ersatz. Es wäre dann Sache des Schädigers, eine schuldhaftige Mitwirkung des Geschädigten an Entstehung oder Umfang des Schadens zu beweisen. Erst wenn das gelingt, kommt man nach § 254 BGB überhaupt zu der Frage nach einer Abwägung. Mißlingt dem Schädiger dieser Beweis, weil er nötige Beweiserleichterungen nicht nutzen kann, so bleibt es bei der vollen Ersatzpflicht. Nicht der Geschädigte, sondern der Schädiger trägt also den aus der h.M. entstehenden Nachteil.

Aber diese Mißverständlichkeit berührt doch den richtigen Kern des Arguments nicht: Wenn Beweiserleichterungen nur bei der Anspruchs begründung und nicht auch bei der Minderung des Anspruchs gelten, entsteht ein befremdliches und daher erklärungsbedürftiges Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten.

b) Weiter werfen Belling/Riesenhuber²¹ der h.M. Inkonsequenz vor. Denn nach der h.M. zu § 254 II 2 BGB soll der Geschädigte außerhalb einer Sonderverbindung für seine Gehilfen nicht nach § 278 BGB, sondern nach § 831 BGB einstehen müssen. Das wurde schon vom RG²² mit dem Symmetrieargument begründet: Geschädigter und Schädiger sollten für ihre Hilfspersonen in derselben Weise einstehen. Das treffe aber nur zu, wenn auch dem Geschädigten für seine Hilfspersonen eine Entlastung nach § 831 I 2 BGB gelingen könne.

Dieses Argument ist kaum zu widerlegen. Es läuft aber im Grunde auf dasselbe hinaus wie der richtige Kern des oben bei a) genannten Arguments: Wenn man bei § 254 BGB den Geschädigten ebenso behandeln will wie den Schädiger, muß das auch für Beweiserleichterungen und insbesondere die Beweislastumkehr gelten.

2. Der Versuch einer Quantifizierung

a) Diese Kritik allein beseitigt aber die Schwierigkeit noch nicht, die als der eigentliche Grund für die h.M. angenommen werden darf²³: Ein bloß wegen einer Beweislastumkehr anzunehmendes Verschulden sei abstrakt-gestaltlos und daher nicht quantifizierbar; es müsse zunächst ein bestimmtes Gewicht erhalten, um in der Waagschale wirken zu können. Belling/Riesenhuber²⁴ sehen das zutreffend und erörtern daher die Möglichkeiten einer Gewichtung. Dabei verwerfen sie zunächst eine Anlehnung an den „Normalfall“ oder die Wahrscheinlichkeit²⁵. Grund für eine Beweislastumkehr sei nämlich nicht ein Wahrscheinlichkeitsurteil. Das trifft zu: § 831 I 2 BGB etwa beruht keineswegs auf einem Erfahrungssatz, Gehilfen würden

¹⁵ *MünchKomm-Oetker*, BGB, 4. Aufl. 2003, § 254 Rn. 10; *Palandt/Heimrichs* (o. Fn. 9) § 254 Rn. 61.

¹⁶ *Fyman/Kuckuk*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 254 Rn. 115; *Bamberger/Herb.Roth/Grünberg*, BGB 2003, § 254 Rn. 68.

¹⁷ *Soergel/Mertens*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 254 Rn. 112, ähnlich auch *Herm. Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, § 10 IX 1 bei Fn. 140; XII 2 bei Fn. 485; *Weitauer*, FS Klingmüller, 1974, 496, 506f. für den Innenausgleich bei § 426 BGB.

¹⁸ Eine ähnliche Wertung findet sich auch in BGHZ 157, 9, 15. Doch betrifft sie dort die gestörte Gesamtschuld und bezieht sich auf § 840 II BGB.

¹⁹ ZZP 108, 1995, 455ff., ihnen zustimmend *Dirk Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, 584f.; *G. Schiemann* bei *Staudinger*, BGB, Bearbeitg. 1998, § 254 Rb. 122 und in *Lange/Schiemann* (o. Fn. 6) § 10 XII 3; *Christine Eberl-Borges* bei *Staudinger/Belling*, BGB (Neubearbeitg. 2002) § 831 Rn. 40 (doch vgl. u. F. 42).

²⁰ ZZP aaO. S. 458ff.

²¹ AaO. S. 459.

²² Etwa RGZ 142, 356, 358.

²³ Vgl. o. I am Ende.

²⁴ AaO. S. 464ff.

²⁵ AaO. S. 464.

unsorgfältig ausgewählt²⁶. Ebenso verwerfen Belling/Riesenhuber die „Minimal“- oder „Maximallösung“: Der mit solchen Ansätzen bestimmte minimale oder maximale Verschuldensgrad habe keine Grundlage im Gesetz. Denn damit werde die Ermittlung des Abwägungsmaterials mit der Abwägung selbst vermengt. Nur die Beibringung des Tatsachenstoffs sei eine durch den Beweis zu erfüllende Aufgabe der Parteien (und nur hier wirken sich die Beweislastregeln aus²⁷). Dagegen sei die Bewertung dieses Tatsachenstoffs Aufgabe des Gerichts.

b) Anschließend²⁸ bemühen sich Belling/Riesenhuber²⁹ um eine „telologische Erstreckung der Beweislastregeln auf die Ebene des Haftungsumfangs“: Diese Regeln seien „nach ihrem Sinn und Zweck im Wege der Rechtsfortbildung so zu erweitern, daß sie auch die von § 254 BGB betroffene Situation erfassen und eine Rechtsfolge angeben könnten. Dazu wird die folgende Regel aufgestellt: Im Rahmen des § 254 BGB müsse die beweisbelastete Partei die Qualität oder Intensität ihres Verursachungsbeitrags beweisen. „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“³⁰.

Schematisch gehe es beim Verschulden um fünf verschiedene Intensitätsstufen: direkter Vorsatz, Eventualvorsatz, grobe, einfache und leichteste Fahrlässigkeit³¹. In dieser Reihenfolge müsse also die Entlastung ablaufen. Daß der Beweisbelastete zunächst den (im Zivilrecht ja gottlob seltenen) Vorsatz ausschließen müsse, bedeute keinen inhaltlichen Vorwurf, sondern lediglich eine technische Regelung zur Verteilung der Beweislast. Das komme ja auch sonst vor, etwa wenn der Schuldner seine Haftung zulässigerweise (§ 276 III BGB) auf Vorsatz beschränkt habe³². Regelmäßig werde der Ausschluß dieses Vorsatzvorwurfs dem Beweisbelasteten auch mühelos gelingen.

c) Gegen diese Schematisierung ist zunächst schon einzuwenden: Hier bleibt das unbeachtet, was Belling/Riesenhuber an anderer Stelle³³ selbst zutreffend betonen: Die Prozeßparteien müssen nur Tatsachen behaupten und beweisen; die Wertung ist allein Sache des Richters. Dazu gehört aber auch die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten vorsätzlich oder fahrlässig ist und zu welcher Stufe es jeweils gehört. Es bedeutet daher eine ungenaue Verkürzung, wenn man einer Partei die Entlastung von einer bestimmten Verschuldensintensität ansinnt. Vielmehr muß sie nur Tatsachen beweisen; welchen Verschuldensgrad diese ergeben oder ausschließen, hat der Richter zu beurteilen.

Um das am Beispiel des § 831 I 2 BGB zu konkretisieren: Der auf Schadensersatz belangte, insoweit beweisbelastete Geschäftsherr muß Tatsachen behaupten und notfalls beweisen, die Auswahl und Anleitung des Verrichtungsgehilfen betreffen. Ob damit die nach § 276 II BGB zu fordernde Sorgfalt eingehalten ist, hat der Richter zu beurteilen. Regelmäßig wird er dabei zugleich bewerten können, wie schwer die etwa anzunehmende Fahrlässigkeit wiegt. Das eignet sich dann unmittelbar für eine Verwendung bei § 254 BGB.

IV. Mitwirkung und Verschulden

1. Das Übergewicht der Mitwirkung

Das eben zu § 831 I 2 BGB gebrachte Beispiel zeigt schon, daß die Bewertung des Verschuldens bei § 254 BGB regelmäßig nur eine sekundäre Rolle spielt. Dagegen kommt es primär auf die Mitwirkung der Beteiligten an Entstehung und Ausmaß des Schadens an³⁴. Entsprechend stellt auch der Wortlaut des § 254 I BGB („insbesondere“) vor allem auf das Vorwiegen bei der Verursachung des Schadens ab. Dagegen ist zwar eingewendet worden³⁵, eine Verursachung könnte nur entweder bejaht oder verneint werden; sie eigne sich daher nicht für eine Quantifizierung.

Aber eine solche ist unter dem Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit durchaus möglich³⁶: Ein bestimmtes Verhalten kann den daraufhin eingetretenen Schaden mehr oder weniger wahrscheinlich gemacht haben. So überwiegt z.B. die erhebliche Trunkenheit eines Kraftfahrers eine geringfügige Unaufmerksamkeit des dann angefahrenen Fußgängers (z.B. weil dieser vor einem Hindernis auf die Fahrbahn ausgewichen ist): Solche Unaufmerksamkeiten bleiben meist folgenlos, während Trunkenheit am Steuer häufig zu Unfällen führt.

2. Das Verhältnis zur Verschuldensabwägung

Mit der Abwägung der Mitwirkung ist also vielfach schon eine Quantifizierung des Verschuldens vorgegeben: Wer den Schaden in höherem Maß wahrscheinlich gemacht hat, den trifft regelmäßig auch ein höheres Verschulden³⁷. Vielfach wird daher die Einbeziehung des Verschuldens in die Abwägung deren Ergebnis nicht oder nur wenig beeinflussen; das Verschulden bildet hier keinen selbständigen Faktor für die Schadensteilung.

²⁶ Beispiel von mir.

²⁷ Zusatz von mir.

²⁸ AaO. S. 464.

²⁹ AaO. S. 465ff.

³⁰ AaO. S. 467; erster Satz im Original durch Kursivdruck hervorgehoben.

³¹ AaO. S. 467.

³² AaO. S. 470.

³³ AaO. S. 467.

³⁴ Nahezu allgemeine Ansicht, etwa *Herm. Lange/Schiemann* (o. Fn. 6) § 10 XII 1 mit vielen Belegen.

³⁵ Etwa *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, 66f.

³⁶ So wird denn auch fast allgemein auf die Wahrscheinlichkeit abgestellt, etwa BGH VersR 1988, 1238; *Herm. Lange/Schiemann* (o. F. 6) § 10 XII 1 m. w. N.

³⁷ *Lange/Schiemann* aaO. § 10 XII 1 S. 615.

Doch gibt es von dieser Regel auch Ausnahmen. So nennen Lange/Schiemann³⁸ den Fall, daß ein elfjähriges, ein fünfzehnjähriges Kind und ein Erwachsener bei Rotlicht die Straße überschreiten: Wenn es dabei zu einem Unfall mit einem bei Grünlicht querenden Kraftfahrzeug kommt, ist der Verursachungsbeitrag trotz des verschiedenen Alters gleich, während das Verschulden sich erheblich unterscheidet; entsprechend unterschiedlich muß dann auch die Abwägung gegenüber dem unfallbeteiligten Kraftfahrer oder Halter ausfallen. Insbesondere können nicht alle Verschuldensbeiträge unterhalb des (häufig zur Alleinbelastung mit dem Schaden führenden³⁹) Vorsatzes als gleichrangig behandelt werden⁴⁰.

3. Die Verschiedenheit von Beweislastumkehrungen

Unter der hier behandelten Fragestellung nach der Tragweite eines bloß durch die Beweislastverteilung vermuteten Verschuldens kann man zwei Arten von Beweislastregeln unterscheiden wollen.

a) Für die erste Art ist etwa § 831 I 2 kennzeichnend:

Hier wird viel mehr vermutet als bloß ein Verschulden des Geschäftsherrn bei Auswahl oder Anleitung des Verrichtungsgehilfen. Denn die Vermutung umfaßt zunächst schon einen obliegenheitswidrigen Fehler des Geschäftsherrn bei den von ihm vorzunehmenden Handlungen. Weiter wird auch die (haftungsbegründende) Kausalität dieses Fehlers für das Delikt des Gehilfen vermutet. Damit ist für das Verschulden (ebenso wie für die Mitwirkung) gleichsam schon ein bestimmter Rahmen vorgegeben.

b) Als Muster für die zweite Art von Beweislastregeln mag § 280 I 2 BGB dienen: Hier wird zwar nicht speziell das Verschulden vermutet, sondern das Vertretenmüssen. Aber wenn – wie meist – in einem Schuldverhältnis gerade jedes Verschulden zu vertreten ist, verengt sich die Vermutung auf dessen Vorliegen⁴¹. Für einen ersten Blick mag es so scheinen, als sei der Gegenstand dieses Verschuldens ganz unbestimmt, so daß auch für dessen Quantifizierung jeder Anhalt fehlen würde.

Aber dieser erste Eindruck täuscht. Denn indem § 280 I 2 BGB bloß das Verschulden vermutet, läßt er es eben für die übrigen haftungsbegründenden Umstände bei der Beweislast des Gläubigers. Dieser muß also prinzipiell die Pflichtverletzung und deren Kausalität für den Schaden nachweisen. Allein wegen dieser nachgewiesenen Pflichtverletzung muß der Schuldner sich exkulpieren. Die Exkulpation hat also auch bei § 280 I 2 BGB regelmäßig einen bestimmten Gegenstand.

Auf § 254 BGB angewendet bedeutet das: Wenn der Schädiger nicht vollen Schadensersatz leisten will, muß er zunächst die Obliegenheitsverletzung des Geschädigten und deren Kausalität für den Eintritt oder Umfang des Schadens beweisen. Nur hinsichtlich dieser konkreten Pflichtverletzung stellt sich dann die Frage nach einem

Verschulden des Geschädigten. Auch hier hat diese Frage also regelmäßig einen festen Bezugspunkt, der durch die nachgewiesene kausale Obliegenheitsverletzung bestimmt wird⁴².

c) Allerdings gibt es erhebliche Bereiche, in denen für die Anspruchs begründung die Beweislast über das in § 280 I 2 BGB allein geregelte Vertretenmüssen hinaus erweitert worden ist. Das soll etwa bei erfolgsbezogenen Pflichten gelten: Wenn der Schuldner nach dem Vertrag einen Schaden wie den eingetretenen verhindern sollte, müsse er schon das Fehlen einer Pflichtverletzung beweisen⁴³. Auch soll der Gläubiger in anderen Fällen seiner Beweislast zunächst bereits durch den Nachweis genügen, die Schadensursache könne allein aus dem Bereich des Schuldners stammen; der Schuldner muß dann die Erfüllung seiner Pflichten beweisen⁴⁴. Dazu kommen insbesondere noch Fallgruppen aus dem Bereich der Berufshaftung⁴⁵, wo über § 280 I 2 BGB hinaus dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität der Pflichtverletzung für seinen Schaden abgenommen worden ist.

Doch muß man fragen, ob vergleichbare Situationen bei § 254 BGB auf der Seite des Geschädigten überhaupt vorkommen können. Für erfolgsbezogene Obliegenheiten sehe ich kein Beispiel: Der Geschädigte hat sich darum, daß sein Schaden vermieden oder wenigstens klein gehalten wird, wohl stets nur zu bemühen. Ihm obliegt also nur ein Verhalten, nicht die Herbeiführung eines Erfolgs. Dagegen ist es denkbar, daß der Schadensbeitrag allein aus dem Bereich des Geschädigten stammt: Er unterläßt es etwa, die Feuerwehr zu alarmieren; er mißachtet die Weisungen seines Arztes; er beachtet Warnungen nicht. Das kann der an sich beweisbelastete Schädiger, der seine volle Ersatzpflicht bekämpfen will, oft kaum direkt beweisen (etwa durch den Nachweis einer Vergnügungsreise des zur Bettruhe angehaltenen Patienten). Daher ist es auch hier regelmäßig sachgerecht, schon den Nachweis genügen zu lassen, Eintritt oder Ausweitung des Schadens müßten auf einem Fehlverhalten des Geschädigten beruhen. Auch damit wird der Ausgangspunkt für eine Verschuldensvermutung einigermaßen konkretisiert. Der Verletzte mag dann seinerseits nachweisen, wie es ohne seine schuldhaftige Mitwirkung zu dem Schaden kommen konnte, etwa warum die Feuerwehr nicht alarmiert worden ist.

4. Zwischenergebnis

Das bisher Gesagte zeigt: Für die Anspruchs begründung betrifft die Beweislastumkehr keineswegs immer nur das Verschulden. Das ist bei Normen von der Art des § 831 I 2 BGB⁴⁶ offensichtlich. Es trifft aber in bestimmten Bereichen auch für § 280 I

⁴² In solchen Fällen will auch *Eberl-Borges* (o. Fn. 19) das Verschulden konkret bestimmen.

⁴³ Etwa *Erman/Harm Peter Westermann* (o. Fn. 16) § 280 Rn. 27ff. mit Belegen; *Palandt/Heinrichs* (o. Fn. 9) § 280 Rn. 36, vgl. etwa schon BGHZ 8, 239, 241f.

⁴⁴ *Palandt/Heinrichs* aaO. Rn. 37.

⁴⁵ *Palandt/Heinrichs* aaO. Rn. 38.

⁴⁶ Weiter etwa noch §§ 831 II, 832 I 2, 833 I 2, 834, 836 I 2, II, 837, 838 BGB.

³⁸ Wie vorige Fn.

³⁹ AaO. § 10 XII 2 S. 616, auch § 10 XII 6 b S. 621.

⁴⁰ AaO. § 10 XII 2 S. 614f.

⁴¹ Vgl. schon o. bei Fn. 9.

2 BGB⁴⁷ zu. Außerhalb dieser Bereiche gilt die Vorschrift zwar wirklich nur für das Verschulden. Dem steht aber gegenüber, daß hier der Schädiger zunächst die Obliegenheitsverletzung bewiesen haben muß (von Ausnahmen abgesehen); die Verschuldensvermutung beschränkt sich dann auf diese Pflichtverletzung.

V. Folgerungen

1. Der Symmetriegedanke

Insbesondere bei der Auslegung der mehrdeutigen Verweisung in § 254 II 2 BGB wird üblicherweise⁴⁸ der Symmetriegedanke herangezogen: Im Sinne einer Waffengleichheit soll sich die Verantwortlichkeit von Schädiger und Geschädigtem nach denselben Normen richten. Allerdings hat Gernhuber⁴⁹ dagegen eingewendet, diese Symmetrie gelte nicht durchgängig: Zwar werde der Schaden bei beiderseitiger schuldhafter Verursachung geteilt, jedoch nicht bei beiderseitiger Schuldlosigkeit; dann trage nämlich der Geschädigte den ganzen Schaden allein. Aber diese Asymmetrie ergibt sich daraus, daß die Möglichkeit zur Abwälzung des Schadens auf eine andere Person regelmäßig deren Verschulden erfordert. Wenn diese Schwelle jedoch überwunden ist, besteht kein Anlaß, von der Symmetrie abzuweichen.

2. Besonderheiten beim Verschulden?

a) Kraft dieser Symmetrie müßte eine Beweislastumkehr, die bei der Anspruchs begründung zugunsten des Geschädigten vorgesehen ist, bei der Anspruchsabwehr im Rahmen des § 254 BGB auch zugunsten des Schädigers wirken. Gerade für das Verschulden ist das aber von der Rechtsprechung anscheinend deshalb verneint worden, weil keine bestimmte, für eine Abwägung geeignete Intensität des Verschuldens vermutet werde⁵⁰. Dagegen haben Belling/Riesenhuber die Vermutung in der Richtung erweitern wollen, sie richte sich auf den höchsten Verschuldensgrad; es sei dann Sache des Geschädigten, eine niedere Verschuldensintensität nachzuweisen (vgl. o. III 2).

b) Das könnte jedoch auf eine Verletzung des Symmetriegedankens hinauslaufen. Eine solche Verletzung läßt sich zwar vermeiden, wenn auch die Annahme eines Verschuldens des Schädigers nur auf einer Beweislastumkehr beruht (etwa auf § 831 I 2): Dann kann man die Waffengleichheit dadurch herstellen, daß auch dieser Schädiger eine mindere Intensität seines bei § 254 BGB zu berücksichtigenden Verschuldens

nachweisen muß⁵¹. Dagegen versagt dieser Ausgleich, wenn – wie regelmäßig bei § 823 I BGB – der Geschädigte das bei § 254 BGB anzurechnende Verschulden des Schädigers auch hinsichtlich der Intensität nachzuweisen hat (also z. B. grobe Fahrlässigkeit statt einfacher). Dann stünde nämlich dieser Nachweisobliegenheit des Geschädigten die von Belling/Riesenhuber geforderte Vermutung einer höchsten Verschuldensintensität des Geschädigten selbst gegenüber. Das brächte eine kaum zu rechtfertigende Besserstellung des Schädigers.

c) Weiter spricht gegen die von Belling/Riesenhuber vorgeschlagene Fortentwicklung der Beweislastumkehr eine gewisse Ferne zur Wirklichkeit. Denn wer stellt schon einen Gehilfen mit dem direkten Vorsatz an, dieser solle andere Personen deliktisch schädigen? Das würde geradezu auf den Vorwurf einer mittelbaren Täterschaft hinauslaufen, für den man ohne § 831 einfach mit den §§ 823 ff. BGB auskommt. Typisch und wohl praktisch allein erheblich sind bei Auswahl- und Anleitungsfehlern bloß die verschiedenen Grade der Fahrlässigkeit.

VI. Eigener Lösungsvorschlag

Wie durch das bisher Gesagte schon angedeutet, neige ich einer mittleren Lösung zu, die zwischen der Praxis der Rechtsprechung und dem Vorschlag von Belling/Riesenhuber liegt.

1. § 831 BGB und ähnliche Vorschriften⁵²

a) Bei einem mit Hilfe von § 831 I 2 BGB begründeten Mitverschuldenseinwand wird – ebenso wie bei einem auf § 831 BGB gestützten Anspruch – der von der Beweislastumkehr Betroffene häufig seine Entlastung versuchen. Dazu muß er Umstände vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich seine Sorgfalt bei Anstellung und Anleitung des Gehilfen ergeben soll. Wenn das den Richter im Ergebnis nicht von der Schuldlosigkeit überzeugt, wird er dem Vortrag des Beweisbelasteten oder dem Ergebnis einer Beweisaufnahme regelmäßig ausreichende Anhaltspunkte für eine Bewertung der Sorglosigkeit entnehmen können. Dabei ist zu berücksichtigen, daß im Rahmen von § 254 BGB ohnehin nur ein recht grober Maßstab gilt⁵³.

b) Freilich kann es auch an solchen Entlastungsversuchen fehlen, nämlich im Versäumnisverfahren oder weil der Beweisbelastete sie von vornherein für aussichtslos hält. Dann mag der Richter die höchste Stufe eines noch einigermaßen wahrscheinlichen Verschuldens annehmen, also in der Regel grobe Fahrlässigkeit (wenigstens bei § 831 I 2 BGB). Diese Annahme liegt insbesondere nahe, wenn der Beweisbelastete bewußt auf den Versuch eines Gegenbeweises verzichtet hat. Im Versäumnisverfah-

⁴⁷ Ähnlich § 18 I 2 StVG.

⁴⁸ Vgl. etwa *Lange/Schiemann* (o. Fn. 6) § 10 XI 3. Anders bei den Sachbewahrungsgehilfen etwa nach § 9 StVG.

⁴⁹ AcP 152, 1951, 69, 82f.

⁵⁰ Vgl. o. II am Ende.

⁵¹ *Belling/Riesenhuber* (o. Fn. 19) behandeln das nicht, weil sie davon ausgehen, der Kläger (= Geschädigte) sei der durch die Beweislastumkehr Begünstigte.

⁵² Vgl. o. Fn. 45.

⁵³ Vgl. etwa *Lange/Schiemann* (o. Fn. 6) § 10 XII 1 S. 613; S. 620.

ren bleibt die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur durch Einspruch nach § 338 ZPO.

2. § 280 I 2 BGB

Wenn der Schädiger sich gegen Ersatzansprüche aus einem Schuldverhältnis mit § 254 wehrt, muß er regelmäßig ohnehin die Umstände der Mitwirkung des Geschädigten an Entstehung und Umfang des Schadens beweisen. Damit wird der Richter meist hinreichende Anhaltspunkte für die bei § 254 BGB nötige Gewichtung des hieraus folgenden Verschuldens gewinnen können.

Die Ausnahmen, bei denen die Beweislastumkehr über das Verschulden hinausreicht (vgl. o. IV 3 a), kommen zum Teil auf der Seite des Geschädigten und damit für § 254 BGB nicht in Betracht (vgl. o. IV 3 c). Übrig bleiben im wesentlichen Vorgänge im Bereich des Geschädigten, die sich der Einsicht des Schädigers entziehen. Wenn hier der Geschädigte von sich aus für Aufklärung sorgt, kann der Richter hieraus wenigstens in groben Zügen eine Verschuldensintensität bestimmen. Unterläßt der Geschädigte dagegen eine solche Aufklärung, so liegen die Dinge nicht anders, als wenn er die Vermutung des § 831 I 2 BGB hinnimmt: Der Richter mag daraus auf die höchste Stufe eines noch einigermaßen wahrscheinlichen Verschuldens schließen.

VII. Zusammenfassung

Im Rahmen des § 254 BGB muß das aus einer Beweislastumkehr folgende Verschulden ebenso berücksichtigt werden wie andere die Mitwirkung betreffende Umstände (z.B. bei § 831 I 2 BGB das objektive Fehlverhalten bei Anstellung und Anleitung oder dessen Kausalität für den Schaden). Hierbei entstehen auch keine unüberwindlichen Schwierigkeiten für eine Bewertung des Verschuldens. Das bloß vermutete Verschulden braucht daher bei § 254 BGB nicht unberücksichtigt zu bleiben. Andererseits bedarf es aber auch nicht des von Belling/Riesenhuber vorgeschlagenen Ausgangspunktes bei einem Verschuldensmaximum, das der Beweisbelastete widerlegen müßte.

Zur Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrturns des Käufers

GERD MÜLLER

I. Einleitung

Grundgedanke der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung¹ und der herrschenden Ansicht in der Literatur² ist, daß die Sachmängelvorschriften der §§ 459ff. BGB a.F. als abschließende Sonderregelungen der Rechte des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache nicht durch eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns nach § 119 Abs. 2 BGB unterlaufen werden dürfen. Als eigenständige Wertungen des Gewährleistungsrechts, die diese Konkurrenzentscheidung sachlich rechtfertigen, werden hauptsächlich der Ausschluß der Verkäuferhaftung bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Fehlers (§ 460 BGB a.F.) oder bei öffentlicher Versteigerung (§ 461 BGB a.F.) und vor allem die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. benannt³. Zu demselben Ergebnis kommt auch die Auffassung⁴, nach der das Sachmängelrecht in seiner Gesamtheit die „Verfügbarkeit der Vertragsaufhebung“ für den Käufer in erheblicher Weise einschränkt und infolgedessen gegenüber § 119 Abs. 2 BGB eine abschließende Sonderregelung darstellt, die zur Gesetzeskonkurrenz führt. In der älteren Literatur findet sich auch eine mehr begrifflich-formelle Argumentation, nach der die Tatbestandsmerkmale miteinander verglichen werden und § 459 Abs. 1 BGB a.F. gegenüber § 119 Abs. 2 BGB der Vorrang eingeräumt

¹ Aus der Rechtsprechung, siehe z.B. RGZ 61, 171, 175; 97, 351; 139, 339ff.; 138, 354, 356; BGHZ 16, 54, 57; 34, 32, 34; 63, 369, 376; 78, 216, 218; BGH NJW 1969, 184; 1979, 160, 161; WM 1988, 1415, 1416 = NJW 1988, 2597 = BB 1988, 1551.

² Siehe etwa Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 89, 6, S. 281; Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf, 1948 (Nachdruck 1975), S. 132ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 24, 3 a; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958, § 112 III; Walter, Kaufrecht, 1987, § 5 II 6 aa; Herberger, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1974, S. 169ff.; Soergel/Huber, BGB 12. Aufl. 1991, Vor § 459 Rdn. 187ff. m.umfangr.Nachw.; Staudinger/Honsell, BGB 13. Bearb. 1995, Vorbem. zu §§ 459ff. Rdn. 27ff.

³ Siehe etwa Soergel/Huber (Fußn. 2), Vor § 459 Rdn. 188, der zusätzlich die kaufmännische Rückpflicht nach § 377 HGB, den Ausschluß der Wandelung bei schuldhaftem Verlust oder schuldhafter erheblicher Verschlechterung der Kaufsache durch den Käufer (§ 467 Satz 1 i.V. mit § 351 BGB a.F.) und den Ausschluß der Wandelung bei Fehlen der zugesicherten Grundstücksgröße (§ 468 Satz 2 BGB a.F.) ins Feld führt.

⁴ So vor allem Peter Huber, Irrturnsanfechtung und Sachmängelhaftung, 2001, passim; ders., Die Konkurrenz von Irrturnsanfechtung und Sachmängelhaftung im neuen Schuldrecht, in: Festschrift für Hadding, 2004, S. 105ff., insbesondere S. 109ff.