

# Erster Teil: Grundlagen zur Beweislast und den Europäischen Richtlinien

## I. Überblick

**Gegenstand** der Arbeit sind die **Fragen zur Beweislast im Gewährleistungsrecht**. Diese ergeben sich aus § 924 ABGB, der Art 5 Abs 3 der Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (in der Folge: **Verbrauchsgüterkauf-RL**)<sup>1)</sup> in das nationale Recht umsetzt. Daneben ergeben sich Fragen aus zwei aktuellen Richtlinienvorschlägen, dem Entwurf über eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (in der Folge: **DI-RL**)<sup>2)</sup> und dem Entwurf über eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels (in der Folge: **Warenhandel-RL**)<sup>3)</sup>.

Für die Auslegung der relevanten Normen zur Beweislast ist die richtlinienkonforme Interpretation von großer Bedeutung. Grundlagen dazu und zur Beweislast finden sich in den Kapitel II. und III.

Der **Schwerpunkt** liegt auf der **kritischen Auseinandersetzung mit § 924 ABGB**, welcher eine gesetzlich normierte Beweislastumkehr vorsieht. Während nach dem Grundsatz der Beweislastverteilung derjenige, welcher sich in einem Verfahren auf einen für ihn günstigeren Umstand beruft, den Beweis des Eintrittes dieses Umstandes trägt,<sup>4)</sup> leistet nach § 924 ABGB der „Übergeber [...] Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.“ Zu dieser Bestimmung werden sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen und insb der Vermutungsinhalt des § 924 Satz 2 ABGB analysiert (Kapitel VII., VIII.). Kapitel IX. widmet sich ausführlich der Unvereinbarkeit der Vermutung wegen der Art der Sache und der Art des Mangels. Kommt ein Mangel nach Ablauf der sechsmonatigen Frist hervor, gelten die allgemeinen Grundsätze der Beweislastverteilung (Kapitel XI.).

<sup>1)</sup> RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999, 171/12-16.

<sup>2)</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final.

<sup>3)</sup> Geänderter Vorschlag für eine RL des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der RL 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, COM (2017) 637 final.

<sup>4)</sup> Grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast<sup>5</sup> (1965) 98 f.

Spezielle Fragen zur Beweislast (vgl insb Kapitel VI., X.) stellen sich wegen der „**überschießenden**“ **Umsetzung** der Verbrauchsgüterkauf-RL im österreichischen Recht (Kapitel IV., V.) und im Zusammenhang mit der Geltendmachung der konkreten Gewährleistungsbefehle (Kapitel XII.).

Neben der Beweislastregel des § 924 ABGB erfolgt die Auseinandersetzung mit der Beweislastverteilung nach den Entwürfen zur DI-RL und der Warenhandel-RL, welche bezüglich der Beweislast neue Fragestellungen aufwerfen. Der Entwurf zur **Warenhandel-RL** sieht derzeit die **Ausdehnung der Vermutungsfrist** von sechs Monaten **auf zwei Jahre** vor (Kapitel VIII.B. und C.), wohingegen der Entwurf zur **DI-RL** ein völlig **neues Regelungsregime** in Bezug auf die **Beweislastverteilung** vorsieht: Bezog sich die Vermutung bisher darauf, dass ein (später zweifellos vorliegender) vertragswidriger Zustand bereits im Übergabezeitpunkt vorhanden war, wird dieser rein zeitliche Aspekt im DI-RL-Entwurf aufgegeben und die Beweislast für die Mangelfreiheit an sich dem Anbieter zugewiesen (Kapitel XIII.).

## II. Grundlagen zur Beweislast

### A. Behauptungs- und Beweislast

Für die Behauptungs- und Beweislast, aber auch die Beweislastverteilung, die Beweisansforderungen und die Beweiswürdigung spielen materielles Recht und Prozessrecht Hand in Hand. Der Richter muss sowohl die materielle Rechtslage kennen als auch im konkreten Rechtsstreit das Tatsächliche feststellen. Die Bewertung zweier sich diametral gegenüberstehender Parteienbehauptungen kann dabei Schwierigkeiten bereiten.<sup>5)</sup> Eine Rechtsfolge tritt jedenfalls nur dann ein, wenn die konkreten Tatsachen gegeben sind, die den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen einer Rechtsnorm entsprechen.<sup>6)</sup> Ist der Eintritt der tatbestandsbegründenden Tatsachen unklar, gelten sie als nicht eingetreten.<sup>7)</sup>

Neben der Anspruchsbegründung ist also gerade die Beweisbarkeit der tatbestandsbegründenden Tatsachen essentiell.<sup>8)</sup> „Beweis“ bezeichnet dabei jenen Vorgang, der der Aufklärung eines Sachverhaltes dient und den Richter dazu veranlassen soll, die entscheidungserheblichen Tatsachen als feststehend anzunehmen (*judici fit*

<sup>5)</sup> Heinrich, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften (1996) 5.

<sup>6)</sup> Rechberger in Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/1<sup>3</sup> (2017) Vor § 266 ZPO Rz 31; Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen (1966) 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht<sup>18</sup> (2018) § 110 Rz 1.

<sup>7)</sup> Leipold, Beweislastregeln 105; Klicka, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht. Eine Untersuchung der dogmatischen Grundlagen der Beweislast, dargestellt an verfahrensrechtlichen Tatbeständen (1995) 57; Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 31; ders in Rechberger (Hrsg), Zivilprozessordnung<sup>4</sup> (2014) Vor § 266 Rz 11.

<sup>8)</sup> Fasching, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 225 (225); Heinrich, Beweislast bei Rechtsgeschäften 5.

*probatio*).<sup>9)</sup> Unter „Tatsachen“<sup>10)</sup> versteht man „konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens“.<sup>11)</sup> Sie sind dem Beweis zugänglich und müssen vom Gericht festgestellt werden. Darauf beruhend kann der Richter seine Entscheidung treffen.

Liegt kein Verfahren mit reinem Untersuchungsgrundsatz vor, in dem alle entscheidungsrelevanten Tatsachen amtswegig Berücksichtigung finden, müssen die Parteien die Tatsachen in den Prozess einführen.<sup>12)</sup> Das Erfordernis des Vorbringens entscheidungserheblicher Tatsachen wird als **objektive Behauptungslast**, die Verpflichtung des Klägers zur Behauptung der anspruchsbegründenden bzw des Beklagten der Einwendungs- und Einredetatsachen, als **subjektive Behauptungslast** bezeichnet.<sup>13)</sup>

Wie bei der Behauptungslast, wird auch für die Beweislast in eine subjektive und eine objektive Komponente unterschieden. Die formelle oder **subjektive Beweislast**, auch Beweisführungslast, verpflichtet die Parteien, in der Klage(-beantwortung) die erforderlichen Beweismittel für die Behauptung anzugeben, und kommt daher nur in Verfahren mit Verhandlungsmaxime zur Anwendung. Sie ist eine echte „Last“; die Untätigkeit einer Partei geht auch zu ihren Lasten.<sup>14)</sup> Im Prozessverlauf kann die Beweisführungslast mehrmals wechseln und kommt vor allem auch zum Tragen, wenn es im Prozess bereits eine vorläufige Überzeugung des Gerichts gibt, aber noch ein oder mehrere Beweise im Rahmen des Hauptbeweises oder Gegenbeweises angetreten werden müssen, damit der Prozess gewonnen werden kann.<sup>15)</sup> Praktische Bedeutung hat sie etwa bei der Erschütterung des Anscheinsbeweises.<sup>16)</sup>

<sup>9)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 4; *Prütting* in Münchener Kommentar zur ZPO, Band I<sup>5</sup> (2016) § 284 Rz 7 f.

<sup>10)</sup> Zur Unterscheidung in äußerliche, innere, positive, negative und erhebliche Tatsachen *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 44 ff.

<sup>11)</sup> *Rosenberg*, Die Beweislast<sup>5</sup> 14; *Rechberger* in ZPO<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 13.

<sup>12)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 17; *ders* in ZPO<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 7; *Klauser/Kodek in Klauser/Kodek*, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung<sup>18</sup> (2018) § 266 ZPO Rz E22 ff; *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 134; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 110 Rz 1, § 115 Rz 38.

<sup>13)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 18 f; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 40.

<sup>14)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 24, 83 f; *ders* in ZPO<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 9; *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 98 f, 100; *Foerste in Musielak/Voit* (Hrsg.), Zivilprozessordnung<sup>15</sup> (2018) § 286 Rz 33; *Heinrich*, Beweislast bei Rechtsgeschäften 22; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 4.

<sup>15)</sup> *Prütting* (in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 103 mwN; zust *Baumgärtel*, Das Verhältnis von Beweislastumkehr und Umkehr der konkreten Beweisführungslast im deutschen Zivilprozess in FS Nakamura [1996] 41 [44]; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 6; *Klicka*, Beweislastverteilung 14 ff) unterscheidet weiter in konkrete und abstrakte (Umkehr der) Beweisführungslast; krit dazu *Heinrich*, Beweislast bei Rechtsgeschäften 26 ff: Die Unterscheidung sei zwar richtig, aber „ohne Fortschritt in der Sache“.

<sup>16)</sup> *Baumgärtel* in FS Nakamura 41 (45).

Vom **Hauptbeweis** spricht man beim Nachweis der beweisbelasteten Partei über das Vorliegen der tatbestandsrelevanten Tatsachen (vgl § 272 Abs 1 ZPO).<sup>17)</sup> Der Gegner der beweisbelasteten Partei führt den **Gegenbeweis** zur Widerlegung von deren Tatsachenbehauptungen. Das Nichtbestehen der Tatsachen kann direkt bewiesen oder indirekt wegen ihrer mangelnden Glaubwürdigkeit oder Überzeugungskraft bekämpft werden. Konkret kann etwa der typische Geschehensablauf bezweifelt und eine andere Hergangsart aufgezeigt werden. Es muss dabei die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs bestehen.<sup>18)</sup> Vom Gegenbeweis ist der **Beweis des Gegenteils** zu unterscheiden, welcher in Zusammenhang mit der Vermutungsregel des § 924 ABGB von Bedeutung ist. Dabei hat der Gegner einer Partei die volle Beweislast für das Nichtvorliegen der gesetzlich vermuteten Tatsache.<sup>19)</sup> Anders als beim Gegenbeweis erfordert der **Entlastungsbeweis** vom Beklagten, unter Berücksichtigung der Umstände nur als wahrscheinlich darzutun, dass die anspruchsbegründende Tatsache nicht vorliegt.<sup>20)</sup>

Die **objektive Beweislast**, auch Feststellungslast, knüpft an die Verpflichtung des Gerichts an, zu ermitteln, ob die Tatsachen zur Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der anzuwendenden Rechtsnorm vorliegen. Sie regelt daher, welcher Partei die Nichtnachweisbarkeit einer Tatsache „zur Last“ fallen wird (**non-liquet**).<sup>21)</sup> Im Gegensatz zur subjektiven Beweislast handelt es sich aber bei der Feststellungslast weder um eine echte „Last“ noch um eine „Pflicht“. Ihr Eintritt ist nicht vom Tätigwerden der Parteien abhängig, sondern lediglich von der Unauflösbarkeit des Sachverhalts durch das Gericht. Eine gescheiterte Sachaufklärung darf aber nicht zu dem Ergebnis führen, dass der Richter gar keine Entscheidung fällt, was zudem in Hinblick auf Art 6 EMRK untragbar wäre.<sup>22)</sup> Die Beweislastregeln verschaffen diesem Problem<sup>23)</sup> Abhilfe und bedürfen richtigerweise einer normativen Grundlage nach den Vorgaben des materiellen Rechts.<sup>24)</sup> Die Behauptungs- und

<sup>17)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 53; *ders in ZPO*<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 17; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 110 Rz 12. § 286 Abs 1 dZPO entspricht § 272 ZPO.

<sup>18)</sup> *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 183 f, 193 ff; *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 53, 57, 64; *ders in ZPO*<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 18; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 110 Rz 13; *Baumgärtel in FS Nakamura* 41 (46).

<sup>19)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 53; *ders in ZPO*<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 19; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 110 Rz 14.

<sup>20)</sup> Siehe dazu die ausdrückliche Normierung in § 7 Abs 2 Produkthaftungsgesetz (BGBl 1988/99) und die Grundsätze zu § 1298 ABGB bei *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB). Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörung mit rechtsvergleichenden Bezügen (1975).

<sup>21)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 26; *ders in ZPO*<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 20 ff; *Prütting in MüKo ZPO I*<sup>5</sup> § 286 Rz 100; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 3; *Heinrich*, Beweislast bei Rechtsgeschäften 7 f, 20 f.

<sup>22)</sup> *Rechberger in ZPO*<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 1. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist gem BVG BGBl 1964/59 im Verfassungsrang.

<sup>23)</sup> Grundlegend *Klicka*, Beweislastverteilung 1 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 2.

<sup>24)</sup> *Rechberger in ZPO*<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 20 ff; *Rassi*, Die Nähe zum Beweis. Eine Analyse der Rechtsprechung, *ÖJZ* 2017, 297 (302); idS *Prütting in MüKo ZPO I*<sup>5</sup> § 286 Rz 94; *Foerste in Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 286 Rz 32. Eine fehlende Kodifikation einer Beweislast-

Beweislast entsprechen sich grundsätzlich hinsichtlich Gegenstand, Umfang und Verteilung.<sup>25)</sup>

## B. Bedeutung der Beweislastverteilung

Ein wichtiger Grund für die Beweislastverteilung liegt im Zivilrecht in der Vermeidung der völligen Aussichtslosigkeit des Prozesses für den Kläger. Würde nur er die Beweislast tragen, könnte der Beklagte womöglich durch beliebige Bestreitungen und Behauptungen den Kläger beweis- und damit nahezu rechtslos machen.<sup>26)</sup> Die Beweislastverteilung dient daher dem Gebot der **Zweck- und Rechtmäßigkeit**. Ebenso will die Rechtsordnung aber die bestehende Lage und den Rechtsfrieden wahren, weshalb einiges dafür spricht, auch denjenigen zu schützen, der, im Gegensatz zum Kläger, den Status quo aufrechterhalten will.<sup>27)</sup> Die Verteilung der Beweislast erfolgt daher interessengerecht, bei gesetzlichen Beweislastregeln meist durch die Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen; ebenso kommen in Betracht, die Zurechnung von Gefahrenbereichen,<sup>28)</sup> Sonderbeziehungen und anderer besondere Schutzgedanken<sup>29)</sup>: So stützt sich die Beweislast für § 1298 ABGB auf die Verteilung der Gefahrkreise und beachtet, dass der Schuldner hinsichtlich der in seiner Sphäre liegenden Umstände die besseren Einsichts- und Beweismöglichkeiten hat. Die Regeln der Beweislastverteilung ermöglichen den Parteien zudem, ihr Prozessrisiko unter Berücksichtigung der ihnen zur Verfügung stehenden Beweismittel einzuschätzen,<sup>30)</sup> da bereits vor dem Prozess und unabhängig von dessen Entwicklung feststeht, wer welche Beweise zu erbringen hat.<sup>31)</sup>

Die Bedeutung der Beweislastnormen ist enorm, ermöglichen sie doch dem Richter bei einer durch die freie Beweiswürdigung nicht aufklärbaren Situation trotzdem, eine Entscheidung zu treffen. Diese ergeht gegen jene Partei, die die Beweislast trägt.<sup>32)</sup> Die Verteilung der Beweislast ist daher eine Form der gesetzlichen Risikoverteilung, mit der der Gesetzgeber das Risiko der Unaufklärbarkeit eines Sachverhalts

---

norm ändere nichts daran, das non-liquet anhand derer aufzulösen *Leipold*, Beweislastregeln 23; zust *Heinrich*, Beweislast bei Rechtsgeschäften 42.

<sup>25)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 17; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 38; *Prütting* in *MüKo ZPO I*<sup>5</sup> § 286 Rz 135; *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 286 Rz 33; Die Behauptungslast könne aber stärker variieren.

<sup>26)</sup> *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 91.

<sup>27)</sup> *Rechberger* Die Methode im Zivilprozess – ein Stiefkind? in *FS Mayer* (2011) 595 (609); *Leipold*, Beweislastregeln 48 f; ablehnend nicht für den Grund, aber den Maßstab einer Beweislastverteilung aufgrund des Besitzstandes *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 97.

<sup>28)</sup> Generelle Beweislastverteilung beruhend auf dem Prinzip der Gefahrenbereiche ist abzulehnen nach *Heinrich*, Beweislast bei Rechtsgeschäften 70 ff; idS *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 17.

<sup>29)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 28; vgl *Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, *JBl* 1990, 814 (814); für Deutschland *Prütting* in *MüKo ZPO I*<sup>5</sup> § 286 Rz 117.

<sup>30)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 23.

<sup>31)</sup> *Rassi*, *ÖJZ* 2017, 297 (303); idS *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 44.

<sup>32)</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 42.

festlegt.<sup>33)</sup> Sie dient als ultima ratio einer Entscheidung im Fall der Beweislosigkeit (Non-liquet-Situation)<sup>34)</sup> und ist daher nicht als Mittel zur Überwindung des non liquet,<sup>35)</sup> sondern als eine Entscheidung trotz non liquet zu verstehen. Auch deshalb bedürfen die Beweislastnormen einer gesetzlichen Grundlage, deren Inhalt feststeht und nicht durch das methodische Vorgehen des Richters determiniert ist.<sup>36)</sup>

Kein alleinstehender Grund für eine bestimmte Beweislastverteilung ist die Verhandlungsmaxime.<sup>37)</sup> Dieser Grundsatz ist zwar in der österreichischen Zivilprozessordnung verankert, wird jedoch durch die Aufgabenverteilung zwischen den Parteien und dem Gericht hin zum Untersuchungsgrundsatz abgeschwächt.<sup>38)</sup> Wie bei einer Non-liquet-Situation vorzugehen ist, kann aber weder aus dem Verhandlungs- noch aus dem Untersuchungsgrundsatz abgeleitet werden.<sup>39)</sup>

### C. Prinzip der Beweislastverteilung

Als **Grundsatz** zur Beweislastverteilung dient die auf die Normentheorie gegründete **Rosenberg'sche Formel**. Sie sieht vor, dass diejenige „Partei, deren Prozeßbegehre ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, [...] die Behauptungs- und Beweislast dafür [trägt], daß die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind“.<sup>40)</sup> Mangels gesetzlicher Spezialregeln ist im materiellen Recht demnach derjenige mit der Behauptungs- und Beweislast beschwert, der sich auf die für ihn günstigere Norm bezieht. Dabei muss der Kläger die rechtserzeugenden, der Beklagte die rechtsvernichtenden und rechtshindernden Tatsachen beweisen.<sup>41)</sup> Die sprachliche Ausgestaltung von Normtexten bestätigt die-

<sup>33)</sup> Rechberger in FS Mayer 595 (609); Rassi, ÖJZ 2017, 297 (302); Prütting in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 100.

<sup>34)</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 20, 22; Baumgärtel in FS Nakamura 41 (45); aA Leipold, Beweislastregeln 62.

<sup>35)</sup> So wohl Leipold, Beweislastregeln 22; Heinrich, Beweislast bei Rechtsgeschäften 35.

<sup>36)</sup> Prütting in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 93, 105 ff.

<sup>37)</sup> Vgl dazu die Nachweise bei Rosenberg, Beweislast<sup>5</sup> 93 FN 1; Leipold, Beweislastregeln 46; Prütting in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 120. Auch weitere Ansätze zur Begründung der Beweislastverteilung werden abgelehnt; etwa die Verhandlungsform, die Logik, die Natur der Sache und das Beweissystem (vgl dazu die Nachweise bei Rosenberg, Beweislast<sup>5</sup> 94 ff; Leipold, Beweislastregeln 49 f) oder die Rechtfertigung aufgrund abstrakter oder konkreter Wahrscheinlichkeit, nach Verantwortungsbereichen oder Prinzipienbündel (vgl dazu Heinrich, Beweislast bei Rechtsgeschäften 65 ff).

<sup>38)</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 2.

<sup>39)</sup> Leipold, Beweislastregeln 46 f.

<sup>40)</sup> Rosenberg, Beweislast<sup>5</sup> 98, begründete aus der jeweiligen Normformulierung die Normentheorie. Darauf beruht die in Deutschland vertretene sog modifizierte Normentheorie, die ua Leipold, Musielak und Prütting vertreten. Diese Theorie folgt den Grundkonzeptionen Rosenbergs Theorie vor allem darin, dass die Beweislastentscheidung aus dem Inhalt der materiellen Rechtssätze zu ermitteln ist (vgl Heinrich, Beweislast bei Rechtsgeschäften 59 ff, 79 ff).

<sup>41)</sup> Rosenberg, Die Beweislast<sup>5</sup> 90, grundlegend 98 f; 105 f; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 9; Foerste in Musielak/Voit, ZPO<sup>15</sup> § 286 Rz 35; Prütting in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 111, 113, 115 welcher aber die rechtshindernden Merkmale nicht dem materiellen Recht, sondern den Beweislastsonderregeln zuordnet (aA Rosenberg/Schwab/Gottwald,



se Regel. Sie enthält Anhaltspunkte für die Strukturierung des Tatbestands in vom Kläger und vom Anspruchsgegner zu beweisende Merkmale. Daraus ergibt sich auch der Grundsatz, dass „die Regel“ vom Anspruchswerber, „die Ausnahme“ aber vom Anspruchsgegner zu behaupten und beweisen ist. Der Umfang der beweispflichtigen Tatsachen wird durch Auslegung des Gesetzes bestimmt.<sup>42)</sup>

Das allgemeine Prinzip für die Verteilung der Beweislast wird daneben auch aus einer Gesamtanalogie zu den wenigen ausdrücklich gesetzlich geregelten Beweislastvorschriften oder den widerleglichen Rechts- und Tatbestandsvermutungen gewonnen. Dabei beruft man sich auf Gerechtigkeitskriterien des Sachrechts.<sup>43)</sup> Eine ausdrückliche Beweislastregel findet sich etwa in § 369 ABGB.<sup>44)</sup> Wer die Eigentumsklage erhebt, muss den Beweis führen, dass der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht hat und dass diese Sache sein Eigentum ist. Weiters ergeben sich die Beweislastregeln e contrario aus den gesetzlich vorgesehenen Bestimmungen zur Beweislastumkehr. Solche ausdrückliche Regelungen finden sich in den §§ 970, 1298 und 1478 ABGB. Auch § 924 ABGB enthält eine gesetzlich normierte Beweislastumkehr.

## D. Beweiserleichterungen

Da gerade die Beweisbarkeit von Ansprüchen schwer fällt, ist eine Beweislastverteilung nach dem allgemeinen Grundsatz der Beweislastverteilung oft nicht erwünscht. Es bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, die Beweisbarkeit zu erleichtern. Zum einen werden materiellrechtliche Normen so gestaltet, dass sie beweiserleichternde Wirkung erzielen. Dies wird etwa durch die Schaffung von Rechts- oder Tatsachenvermutungen oder durch die Verschiebung oder Umkehr der Beweislast erreicht.<sup>45)</sup> Zum anderen kann der Richter in der Feststellung und Würdigung der Beweise „freier gestellt“ werden, weil er etwa an keine gesetzlichen Beweisvorschriften gebunden ist.<sup>46)</sup> Dadurch wird ihm aber weder Willkür noch freies Ermessen eingeräumt, denn

ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 10); *Leipold*, Beweislastregeln 35 ff, demnach die Frage nach der rechtsbegründenden oder rechtsvernichtenden Tatsache zwar sinnvoll sei, aber unabhängig von der Frage der Beweislast bestehe. Es sei daher immer zu überprüfen, ob eine besondere Beweislast vorliege; *dems* zust *Heinrich*, Beweislast bei Rechtsgeschäften 21; vgl auch *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 32 mwN; *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> § 266 ZPO Rz E4; OGH 16. 10. 1958, 2 Ob 163/58; 4. 8. 2009, 9 ObA 149/08 i; 27. 7. 2011, 9 ObA 6/11 i; 30. 8. 2016, 6 Ob 69/16b; RIS-Justiz RS0037797; RS0109832; RS0039939; RS0037694; RS0106638.

<sup>42)</sup> *Rosenberg*, Beweislast<sup>3</sup> 116, 124 ff; *Prütting* in *MüKo ZPO I*<sup>5</sup> § 286 Rz 114; *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 286 Rz 35 f. Wenn die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werde, sei es meist richtig, die Beweislast entsprechend dem Verhältnis der Regel-Ausnahme zu verteilen, dazu ausführlich *Leipold*, Beweislastregeln 53 ff; OGH 17. 12. 2007, 2 Ob 21/07 p; RIS-Justiz RS0037797; RS0039939; RS0109832; RS0018553.

<sup>43)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 32; *Leipold*, Beweislastregeln 45 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 10.

<sup>44)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 28.

<sup>45)</sup> *Fasching*, JBl 1981, 225 (225); *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 47.

<sup>46)</sup> Dazu ausführlich *Fasching*, JBl 1981, 225 (225 ff).

auch die freie Beweiswürdigung ist objektiviert.<sup>47)</sup> Ebenso erleichtert die Reduzierung des Beweismaßes die Beweisführung, bspw der Anscheinsbeweis.<sup>48)</sup>

Meist werden Beweiserleichterungen durch das Vorliegen bestimmter Sachgründe gerechtfertigt. Solche liegen etwa vor, weil die Klärung von Tatfragen tief in die Sphäre einer Partei hineinführt<sup>49)</sup>, die „Nähe zum Beweis“ für die andere Partei gegeben ist oder, weil dem Kläger die Offenbarung bestimmter Umstände entweder nicht zuzumuten ist oder er diese nicht kennt.<sup>50)</sup> Bei den gesetzlichen Beweislastumkehrregeln sind bereits potentielle Beweisschwierigkeiten einkalkuliert.<sup>51)</sup>

### 1. Vermutungsregeln

Neben den Vermutungsregeln gibt es die ausdrücklich im Gesetz festgelegten Beweislastregeln, anhand deren Wortlauts bereits die Verteilung der Beweislast genau festgesetzt ist. Diese erleichtern aber nicht notwendigerweise die Beweislast.<sup>52)</sup> Als Beispiel dafür lässt sich wieder § 369 ABGB anführen, wonach derjenige, der die Eigentumsklage übernimmt, den Beweis führen muss, dass er Eigentümer der eingeklagten Sache ist und der Geklagte dieselbe in seiner Macht hat.

Vermutungsregeln hingegen sehen immer eine gewisse Beweiserleichterung vor. Unterschiede ergeben sich dabei für gesetzliche, vertraglich vereinbarte Vermutungen und Vermutungen, die sich aus Erfahrungssätzen ableiten.<sup>53)</sup>

Bei der **vertraglich vereinbarten Vermutung** ist eine Beweislastumkehr nur denkbar, wenn die Vertragserklärungen einen eindeutigen Rückschluss auf einen bestimmten Parteiwillen zulassen. Eine abweichende Parteiabsicht müsste jene Partei beweisen, die diese behauptet.<sup>54)</sup> Die Zulässigkeit und Wirkung vertraglich vereinbarter Vermutungsregeln ist wie eine vertragliche Beweislastvereinbarung zu beurteilen und daher nur gültig, soweit sie sich auf materiellrechtliche Tatbestandsmerkmale bezieht.<sup>55)</sup>

<sup>47)</sup> *Fasching*, JBl 1981, 225 (230); *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 29 f.

<sup>48)</sup> *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 129, § 292 Rz 28; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 109 Rz 16 f; § 113 Rz 13.

<sup>49)</sup> OGH 17. 9. 2014, 4 Ob 132/14 m; RIS-Justiz RS0013491; RS0039939 [insb T32 und T33]; RS0121528.

<sup>50)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 33 f; krit *Klicka*, Beweislastverteilung 65; *Rassi*, ÖJZ 2017, 297 (303).

<sup>51)</sup> *Rechberger* in FS Mayer 595 (609); *Rassi*, ÖJZ 2017, 297 (303).

<sup>52)</sup> *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 109; idS *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 11.

<sup>53)</sup> *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 222; *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 292 Rz 3 ff.

<sup>54)</sup> Zu Auslegungsfragen zB *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 914 Rz 106 mwN.

<sup>55)</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 38; *ders* in ZPO<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 13; *Baumgärtel*, Die Auswirkung von Parteivereinbarungen auf die Beweislast, in FS *Fasching*, 67 (67 ff); *Foerste* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 286 Rz 61; *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 10; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 115 Rz 35; *Prütting* in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 286 Rz 166, § 292 Rz 6: soweit vertraglich vereinbarte Vermutungen vorliegen, ist für das deutsche Recht § 309 Nr 12 BGB zu beachten.



**Vermutungsregeln**, die sich **auf Erfahrungssätze** gründen, entbehren einer gesetzlichen und einer vertraglichen Grundlage. Sie spielen für das Beweismaß, etwa beim Anscheinsbeweis, eine Rolle.<sup>56)</sup> Im Einzelfall kann das Gericht sogar eine Beweislastumkehr nach der Figur der Nähe zum Beweis anwenden, insb wenn der Beweisbelastete besondere unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat oder sich in einem Beweisnotstand befindet. Es gelten dafür aber strenge Grenzen<sup>57)</sup> und der an sich Belastete muss in zumutbarem Ausmaß seiner Beweispflicht nachkommen. Darüber hinaus müssen dem Gegner nicht nur die genauen Kenntnisse der Tatumstände bzw die Beweise zur Verfügung stehen, sondern auch die Möglichkeit gegeben sein, sie im Verfahren einzuführen. Die Beweislastverteilung verschiebt sich hier durch die Nähe zum Beweis nur im konkreten Verfahren.<sup>58)</sup>

Die gesetzlichen Vermutungsregeln bewirken eine tatsächliche Beweislastumkehr.<sup>59)</sup> Sie sind in widerlegliche und unwiderlegliche Vermutungsregeln einzuteilen. Der Unterschied besteht darin, dass für **unwiderlegliche gesetzliche Vermutungsregeln** eine festgelegte materielle Rechtsfolge eintritt, wenn die die Vermutung auslösende Tatsache bewiesen werden kann. Es besteht keine Möglichkeit, den Beweis des Gegenteils anzutreten.<sup>60)</sup> Für die **widerleglichen gesetzlichen Vermutungsregeln** sieht das Prozessrecht in § 270 Satz 2 ZPO<sup>61)</sup> dagegen ausdrücklich vor: „Der Beweis des Gegenteils ist zulässig, sofern das Gesetz denselben nicht ausschließt“. Der Gegner einer widerleglichen gesetzlichen Vermutung kann diese daher durch den Beweis des Gegenteils oder den Nachweis einer Gegennorm unanwendbar machen. Der Beweis des Gegenteils ist ein Hauptbeweis (siehe bereits oben Kapitel II.A.)<sup>62)</sup> und setzt den vollen Beweis gegen die Vermutungsvoraussetzungen voraus. Es ist vorzubringen, dass die vom Gesetz vermutete Tatsache oder der vermutete Rechtszustand nicht vorliegt. Eine Erschütterung der Überzeugung des Richters reicht hierfür nicht aus, dieser muss vollständig vom Nichtvorliegen der Tatsache oder des Rechtszustandes

<sup>56)</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Vor § 266 ZPO Rz 51, 56.

<sup>57)</sup> OGH 10. 5. 2009, 10 Ob 21/08y: „Zu einer Verschiebung der Beweislast kommt es [...], wenn für die eine Partei mangels genauer Kenntnis der Tatumstände **ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten** bestehen, während der anderen Partei diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihr daher **nicht nur leicht möglich**, sondern nach Treu und Glauben auch **ohne weiteres zumutbar** ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben; allein durch einen **Beweisnotstand** wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls ist eine Verschiebung der Beweislast hingegen nicht gerechtfertigt.“ RIS-Justiz RS0040182 (beachtenswert OGH 27. 7. 2017, 4 Ob 115/17s, in der offen gelassen wird, ob diese Rsp-Linie weitergeführt wird); RS0006261; 24. 1. 2008, 2 Ob 262/07 d; RS0039939 (T3). Rechberger in ZPO<sup>4</sup> Vor § 266 Rz 11; ders in FS Mayer 595 (608); Klauser/Kodek, JN-ZPO<sup>18</sup> § 266 ZPO Rz E 9 ff; Prütting in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 292 Rz 27 f; Rassi, ÖJZ 2017, 297 (297 ff).

<sup>58)</sup> Krit Auseinandersetzung zur Umkehr der Beweislastverteilung aufgrund der „Nähe zum Beweis“ Rassi, ÖJZ 2017, 297 (297 ff).

<sup>59)</sup> Rechberger in ZPO<sup>4</sup> § 270 Rz 2; Beweislastnorm nach Leipold, Beweislastregeln 85 ff.

<sup>60)</sup> Prütting in MüKo ZPO I<sup>5</sup> § 292 Rz 4; Assmann in Wiczeorek/Schütze, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 34; Leipold, Beweislastregeln 104.

<sup>61)</sup> BGBl I 2017/59. Für die deutsche Prozessordnung fast wortgleich § 292 ZPO.

<sup>62)</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO<sup>18</sup> § 112 Rz 34.

überzeugt sein.<sup>63)</sup> Darüber hinaus kann der Gegner versuchen, mithilfe eines Gegenbeweises die Vermutungsbasis an sich zu erschüttern. Klassischerweise ist dafür an die Vaterschaftsvermutung zu denken (§ 148 Abs 2 ABGB). Erschüttert wäre die Vermutungsbasis im genannten Fall dann, wenn bereits die Beiwohnung nicht wahrscheinlich genug war.<sup>64)</sup>

Die gesetzlichen Vermutungsregeln erleichtern dem Begünstigten entweder den Beweis bestimmter tatbestandsrelevanter Tatsachen oder eines Rechtszustandes. Sie bestehen daher entweder aus einer vermuteten rechtserheblichen Tatsache (**Tatsachenvermutung**, *praesumptio facti*) oder einem vermuteten Rechtszustand (**Rechtsvermutung**, *praesumptio iuris*). Auf die tatbestandsrelevante Tatsache oder den Rechtszustand kann über die Vermutungsbasis geschlossen werden.<sup>65)</sup> § 924 ABGB ist ein Beispiel für eine gesetzliche Vermutungsregel. Konkret erleichtert die gesetzliche Vermutung die Beweislast des Klägers insofern, als dieser anstatt der vermuteten Tatsache oder des vermuteten Rechtszustandes **nur die Voraussetzungen der Vermutungsbasis zu behaupten und beweisen** hat (vgl Kapitel V.E.3.).<sup>66)</sup> Für das Vorliegen der vermuteten Tatsache oder des Rechtszustandes selbst trifft ihn aber keine Behauptungslast.<sup>67)</sup> Gelingt der Beweis der Voraussetzungen der Vermutungsbasis, setzt die Wirkung der Beweislastumkehr hinsichtlich der vermuteten Tatsache oder des Rechtszustandes ein. Der Richter muss daher so entscheiden, als ob das Tatbestandsmerkmal tatsächlich vorliegt, obwohl dieses gar nicht bewiesen ist.<sup>68)</sup> Der an sich nicht beweisbelasteten Partei wird dadurch das Risiko der Unaufklärbarkeit einer entscheidungserheblichen Tatsache zugewiesen.<sup>69)</sup>

## 2. Beweismaß(-reduzierung)

Mit der Behauptungs- und Beweislast ist untrennbar die Frage nach den Beweisforderungen verknüpft. Das Beweismaß<sup>70)</sup> regelt den Grad mit dem der Richter

<sup>63)</sup> Vgl *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 270 ZPO Rz 4; *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 221 f; *Prütting* in *MüKo ZPO I*<sup>3</sup> § 292 Rz 23; *Huber* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 292 Rz 5; *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 3, 30 ff.

<sup>64)</sup> Zu diesem Beispiel *Rechberger* in ZPO<sup>4</sup> § 270 Rz 2; *ders* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 270 ZPO Rz 6; bezogen auf das deutsche Recht *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 221 f; *Prütting* in *MüKo ZPO I*<sup>3</sup> § 292 Rz 20; *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 3, 29.

<sup>65)</sup> *Rechberger* in ZPO<sup>4</sup> § 270 Rz 1; idS *Huber* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 292 Rz 1 ff.

<sup>66)</sup> *Rosenberg*, Beweislast<sup>5</sup> 217; *Leipold*, Beweislastregeln 93; *Baumgärtel* in FS Nakamura 41 (41 ff); *Prütting* in *MüKo ZPO I*<sup>3</sup> § 292 Rz 5; *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 3, 6 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 112 Rz 34 f, § 115 Rz 11; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 270 ZPO Rz 1, 4.

<sup>67)</sup> *Huber* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>15</sup> § 292 Rz 4; *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 29; *Leipold*, Beweislastregeln 89; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO<sup>18</sup> § 112 Rz 35; aA offenbar *Rechberger* in ZPO<sup>4</sup> § 270 Rz 1.

<sup>68)</sup> *Leipold*, Beweislastregeln 93; *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 28.

<sup>69)</sup> *Baumgärtel* in FS Nakamura 41 (43); idS *Assmann* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO IV<sup>4</sup> § 292 Rz 3.

<sup>70)</sup> Das Beweismaß soll sich nicht danach richten, ob ein vergangenes (strenger Beweis) oder hypothetisch eintretendes zukünftiges Ereignis (geringer Beweis) bewiesen werden muss. Die Schwierigkeit, hypothetisch Eintretendes zu beweisen, kann vielmehr mit Anwendung von Kausalitätsregeln gelöst werden, bei denen der Beweis des atypischen Verlaufs