

II. Beweislastumkehr des § 1298 ABGB

Nach dem Wortlaut³⁴⁶⁸⁾ des § 1298 hat der Schädiger bei der Nichterfüllung einer vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit zu beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft. Grundvoraussetzung für die Anwendung der Beweislastregel des § 1298 ist – wie immer – das Vorliegen einer Non-liquet-Situation.³⁴⁶⁹⁾ Lassen sich die zugrunde liegenden Tatsachen ohnehin beweisen, ist ein Abstellen auf § 1298 überflüssig.

Über den exakten Inhalt dieser Norm herrscht in der Literatur und Judikatur allerdings weitgehend Uneinigkeit.³⁴⁷⁰⁾ Auf die verschiedenen Lehrmeinungen kann hier nur übersichtsweise eingegangen werden, da der Fokus auf der Frage liegen soll, ob bei der Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten dem Geschädigten die Beweislastumkehr des § 1298 zugutekommen kann, und bejahendenfalls, wie weit diese reicht.

Wenngleich der Zugang systematisch inkorrekt erscheinen mag, möchte ich eingangs Umfang und Inhalt der Beweislastumkehr erörtern. Da die maßgeblichen Wertungen für eine Umkehr der Beweislast stets in besonders engem inhaltlichen Konnex mit seiner Reichweite stehen, kann die Frage, ob die Beweislastumkehr des § 1298 auch bei der Verletzung von Informationspflichten in contrahendo angewendet werden kann, erst geklärt werden, wenn deren Umfang und Inhalt feststeht.

Zuerst gehe ich daher auf den **Umfang** des § 1298 ein: Dieser betrifft die Frage, ob die Umkehr der Beweislast bloß das Verschulden oder auch die Rechtswidrigkeit umfasst.³⁴⁷¹⁾ Die Frage des **Inhalts** des § 1298 betrifft den Unterschied zwischen dem Beweis, welche Sorgfalt in der konkreten Situation geboten war („Sorgfaltsfeststellungsbeweis“) und dem Beweis, ob der Schädiger diese eingehalten hat („Sorgfaltseinhaltungsbeweis“).³⁴⁷²⁾ Zuletzt ist der **Anknüpfungspunkt** des § 1298 zu ermitteln, also die Frage zu beantworten, wann diese Norm anwendbar ist.³⁴⁷³⁾

³⁴⁶⁸⁾ § 1298 Satz 1: „Wer vorgibt, dass er an der Erfüllung seiner vertragsgemäßen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob“.

³⁴⁶⁹⁾ *Rechberger in Fasching/Konecny*, ZPO III² Vor § 266 Rz 20; *Rechberger in Rechberger* (Hrsg), ZPO³ Vor § 266 Rz 8; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 3; ausführlich: *Harrer in Schwimann*, ABGB VI³ § 1298 Rz 3.

³⁴⁷⁰⁾ Siehe dazu etwa *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975); *Reischauer in Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 1 ff; *Reischauer*, JBl 1998, 473, 560; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/21 ff; *Koziol*, JBl 1994, 209 (217 ff); *F. Bydlinski*, JBl 1992, 341 (347 ff); *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 63 ff; *Binder*, JBl 1990, 814; *Wilhelm*, eolex 1993, 73; *Wilhelm*, eolex 1993, 733 (734); *Harrer in Schwimann*, ABGB VI³ § 1298 Rz 1 ff; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 4 ff.

³⁴⁷¹⁾ Siehe unten S 789 f.

³⁴⁷²⁾ Siehe unten S 790 ff.

³⁴⁷³⁾ Siehe unten S 797 ff.

1. Umfang der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB

Nach dem Gesetzeswortlaut kehrt § 1298 die Beweislast für das „Verschulden“ um. Ob darunter tatsächlich *nur* das *Verschulden* nach heutigem Verständnis (die subjektive Vorwerfbarkeit einer Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt) oder auch die Rechtswidrigkeit (die objektive Sorgfaltswidrigkeit) mitumfasst ist, wird von der Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet: Während etwa *Welser*³⁴⁷⁴) und *F. Bydlinski*³⁴⁷⁵) die Beweislast nur hinsichtlich des Verschuldens umkehren wollen, erstreckt sich die Vorschrift des § 1298 nach *Karner*³⁴⁷⁶), *Karollus*³⁴⁷⁷), *Kodek*³⁴⁷⁸), *Koziol*³⁴⁷⁹) und *Reischauer*³⁴⁸⁰) auch auf die Rechtswidrigkeit.³⁴⁸¹) Die Judikatur ist uneinheitlich; sie scheint die Beweislastumkehr des § 1298 tendenziell bloß für das Verschulden anzuwenden.³⁴⁸²)

Jenen Stimmen in der Lehre, die eine **Erstreckung der Beweislastumkehr auf den Beweis der Rechtswidrigkeit** befürworten, ist mE zuzustimmen:

Wie schon *Reischauer*³⁴⁸³) hervorhebt, hat der historische Gesetzgeber die heutige Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden noch nicht so exakt getroffen. Zwingende Rückschlüsse allein aus dem Wortlaut der Norm sind somit nicht möglich. *Koziol*³⁴⁸⁴) betont darüber hinaus treffend, dass erst eine Beweislastumkehr für die Rechtswidrigkeit eine echte Erleichterung für den Geschädigten mit sich bringt.

Besonderes Gewicht kommt mE jedoch der von *Kodek*³⁴⁸⁵) herausgestrichenen systematischen Interpretation des § 1298 zu: Würde die Beweislastumkehr bloß das Verschulden betreffen, so würde § 1297 bedeutungslos. Es bliebe ihm kein eigenständiger Anwendungsbereich, da nach ihm eine subjektive

³⁴⁷⁴) *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 63 ff.

³⁴⁷⁵) *F. Bydlinski*, JBl 1992, 341 (347).

³⁴⁷⁶) *Karner* in *KBB*, ABGB⁴ § 1298 Rz 2.

³⁴⁷⁷) *Karollus*, ZVR 1994, 129 (132 f).

³⁴⁷⁸) *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 17.

³⁴⁷⁹) *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/28, 16/34.

³⁴⁸⁰) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 2, 6; *Reischauer*, JBl 1998, 473 (474).

³⁴⁸¹) Vgl zur Erstreckung der Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG (der ebenfalls eine Beweislastumkehr bloß für das Verschulden normiert) auf die Rechtswidrigkeit *J. Reich-Rohrwig* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2010) § 25 Rz 201 mwN; OGH 6 Ob 34/07d.

³⁴⁸²) OGH 2 Ob 1/09z; 1 Ob 218/13k; 2 Ob 262/07d; 3 Ob 252/07s; 6 Ob 596/92; RIS-Justiz RS0026338: „Der Geschädigte hat zu beweisen, dass der Schädiger sich in einer konkreten Lage nur in einer bestimmten Weise rechtmäßig verhalten hätte, sich aber tatsächlich anders verhalten hat.“; RS0026091; RS0023498; RS0026540; RS0018994; unklar, aber wohl aA OGH 1 Ob 36/12v; 2 Ob 76/09d; vgl auch RIS-Justiz RS0026060; RS0017240.

³⁴⁸³) *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 123 ff; vgl auch *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 11; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/28.

³⁴⁸⁴) *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/28; *Reischauer*, JBl 1998, 473 (474).

³⁴⁸⁵) *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 17.

Sorgfaltswidrigkeit ohnehin zu vermuten sei. Denn, wie auch *Reischauer*³⁴⁸⁶) betont, unterstellen schon die §§ 1297 und 1299 dem Schädiger die subjektiven Fähigkeiten zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt. Die rechtstechnische Bedeutung des § 1298 liegt also in der Beweislast für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt.³⁴⁸⁷, ³⁴⁸⁸)

Es ist somit richtigerweise davon auszugehen, dass § 1298 auch die **Beweislast für die Verletzung der objektiven Sorgfalt umkehrt**. Kommt eine solche Umkehr somit zum Tragen, hat der Schädiger den Entlastungsbeweis zu führen, dass sein **Verhalten nicht rechtswidrig** war.³⁴⁸⁹) Er muss somit beweisen, dass er – entgegen der Vermutung des § 1298 – die objektiv geforderte Sorgfalt sehr wohl eingehalten hat.

2. Inhalt der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB

2.1. Allgemeines

Rechtswidrigkeit bedeutet die Nichteinhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt.³⁴⁹⁰) Das Rechtswidrigkeitsurteil hat sich hierbei stets auf ein Verhalten des Schädigers zu beziehen (Verhaltensunrechtslehre). Zur Bestimmung, welches Verhalten in einer konkreten Situation objektiv geboten und somit rechtmäßig ist, ist auf das **Verhalten einer maßgerechten Durchschnittsperson in der konkreten Situation des Schädigers** abzustellen. Dieses fiktive Verhalten (der Maßperson) dient zur **Festlegung des Maßstabs**, an dem auch der Schädiger sein eigenes Verhalten messen lassen muss. Für dessen Bestimmung sind ausschließlich objektive Umstände heranzuziehen, sämtliche subjektiven Eigenschaften des Schädigers haben zunächst außer Betracht zu bleiben, da diese erst für die – im nächsten Schritt durchzuführende – Verschuldensprüfung relevant sind.³⁴⁹¹)

Die **Feststellung der Rechtswidrigkeit** erfolgt somit durch den **Vergleich zweier Größen**: Das tatsächliche Verhalten des Schädigers wird mit dem fiktiven Verhalten einer gedachten Maßperson verglichen. Sofern das Verhalten des Schädigers hinter jenem der maßstabsgerechten Person zurückbleibt, ist es

³⁴⁸⁶) *Reischauer*, JBl 1998, 473 (474); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 6.

³⁴⁸⁷) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 6; *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 207.

³⁴⁸⁸) Die Ansicht von *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/34 (ähnlich *F. Bydliński*, JBl 1992, 341 [348]), dass der Beweis der Rechtswidrigkeit (der Außerachtlassung der objektiv gebotenen Sorgfalt), der durch einen Vergleich des Schädigerverhaltens mit dem hypothetischen Verhalten der Maßperson erfolgt, vom Beweis des Verschuldens (der Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt nach den subjektiven Fähigkeiten) nicht zu trennen sein soll, ist jedoch nicht nachvollziehbar.

³⁴⁸⁹) Grundlegend *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975); *Karner* in *KBB*, ABGB⁴ § 1298 Rz 2.

³⁴⁹⁰) Siehe dazu ausführlich oben S 499 ff.

³⁴⁹¹) Siehe im Detail oben S 560 ff.

rechtswidrig; stimmt sein Verhalten mit jener der Maßperson überein, hat er rechtmäßig gehandelt.

Diese **Subsumption** des zu beurteilenden **realen Verhaltens** unter das **maßstabsgebende fiktive Verhalten** der Maßperson ist durch den Richter vorzunehmen. Dem Beweispflichtigen obliegt es somit, all jene Umstände zu beweisen, auf deren Grundlage der Richter diese Feststellungen vornehmen kann. Dabei kann ihm nach den allgemeinen Grundsätzen ein Anscheinsbeweis oder Indizienbeweis zugutekommen.

2.2. Inhalt der Beweislastumkehr: „Sorgfaltseinhaltungsbeweis“

Im Anwendungsbereich des § 1298 kommt es hingegen zu einer Beweislastumkehr: Den Schädiger trifft im Rahmen seiner **Entlastung** nach § 1298 die volle Beweislast dafür, dass er die **objektiv gebotene Sorgfalt eingehalten** hat,³⁴⁹²⁾ sein Verhalten somit nicht rechtswidrig war: Er hat zu seiner Entlastung den Beweis rechtmäßigen Verhaltens zu erbringen.³⁴⁹³⁾ Dieser Beweis gelingt dem Schädiger nur, sofern er darlegen kann, dass **sein Verhalten jenem der maßgerechten Referenzperson voll entsprochen** hat.³⁴⁹⁴⁾ Allfällige diesbezügliche Unsicherheiten – ein non liquet – gehen zu seinen Lasten.

Von diesem Beweis der *Einhaltung* der objektiv gebotenen Sorgfalt **strikt zu trennen** ist der **Beweis der objektiv gebotenen Sorgfalt** selbst: Dieser hat die **Festlegung des objektiven Beurteilungsmaßstabs** zum Gegenstand, also die Frage, wie sich eine maßgerechte Referenzperson in der konkreten Situation verhalten hätte. Für diese **Bestimmung des rechtmäßigen Verhaltens** (der objektiv gebotenen Sorgfalt) hat das tatsächliche Schädigerverhalten außer Betracht zu bleiben, da ausschließlich objektive Kriterien maßgeblich sind: Es ist die „richtige“ Maßperson auszuwählen, also etwa hinsichtlich ihrer objektiven Gruppenzugehörigkeit näher zu bestimmen. Weiters ist das objektiv gebotene Verhalten zu ermitteln. Zuletzt muss die konkrete Situation (Umstände des Einzelfalls) festgestellt werden, da sich das jeweils objektiv gebotene (rechtmäßige) Verhalten nach dieser richtet. Auch im Anwendungsbereich der Beweislastumkehr des § 1298 hat weiterhin der **Geschädigte** daher stets jene Um-

³⁴⁹²⁾ Ebenso *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 22: Im Beweis der Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt liege die rechtstechnische Bedeutung des § 1298; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 2 (S 414); *Schauer*, Beraterhaftung, in *WiR* (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 251 (254): Nachweis sorgfaltskonformen Verhaltens.

³⁴⁹³⁾ Dabei handelt es sich um den Beweis des Gegenteils, der einen Hauptbeweis darstellt; siehe dazu *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO³ Vor § 266 Rz 19, § 270 Rz 2.

³⁴⁹⁴⁾ Gelingt dem Schädiger dieser Entlastungsbeweis (und war sein Verhalten auch kausal für den Schaden), so bedeutet dies, dass auch die von einer maßgerechten Person geforderte objektive Sorgfalt nicht zur Schadensvermeidung ausreicht hätte; dass also auch die sich völlig rechtmäßig verhaltende Maßperson den Schaden verursacht hätte. Es steht dann fest, dass eine höhere als die von der Rechtsordnung geforderte Sorgfalt zur Schadensvermeidung erforderlich gewesen wäre oder der Schaden unvermeidbar war.

stände zu beweisen, die eine Bestimmung der objektiv gebotenen Sorgfalt ermöglichen. Er muss somit beweisen, wie sich eine maßgerechte Person in der konkreten Situation des Schädigers verhalten hätte.

Während die Bestimmung der objektiv gebotenen Sorgfalt somit die Frage zum Gegenstand hat, welches Verhalten in der konkreten Situation rechtmäßig gewesen *wäre*, ist bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit zu fragen, ob auch der Schädiger diesem gebotenen Verhalten entsprochen hat, sein Verhalten somit rechtmäßig *war*. Der erste Themenkreis hat die Festlegung des objektiven Maßstabs („**Sorgfaltsfeststellungsbeweis**“), der zweite die Bestimmung der Einhaltung oder Abweichung des Schädigerverhaltens („**Sorgfaltseinhaltungsbeweis**“) zum Inhalt. Diese Differenzierung ist für ein richtiges Verständnis des § 1298 von zentraler Bedeutung: Denn der Schädiger trägt selbst bei seiner Entlastung nach § 1298 bloß die Beweislast dafür, dass er die objektiv gebotene Sorgfalt eingehalten hat; er muss hingegen nicht zusätzlich beweisen, worin diese objektiv gebotene Sorgfalt überhaupt bestünde.³⁴⁹⁵⁾

Den Entlastungsbeweis der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt kann der Schädiger in erster Linie dadurch erbringen, dass er darlegt, welches Verhalten er tatsächlich gesetzt hat und dass **sein Verhalten in Umfang, Inhalt und Sorgfalt dem objektiv gebotenen einer Maßperson entsprochen** hat. Ist nicht feststellbar, ob er das maßgerechte Verhalten eingehalten hat, geht ein diesbezügliches *non liquet* aufgrund § 1298 zu seinen Lasten.

2.3. Abgrenzung: Keine Beweislast des Schädigers für „Sorgfaltsfeststellungsbeweis“

Selbst bei Anwendbarkeit des § 1298 trifft den Schädiger hingegen keine Beweislast hinsichtlich der Feststellung jener Umstände, die zur Festlegung des rein objektiv definierten Sorgfaltsmaßstabs nötig sind. Der Schädiger hat also nicht zu beweisen, was rechtmäßig gewesen wäre („Sorgfaltsfeststellungsbeweis“), sondern vielmehr nur, dass sein Verhalten es ebenfalls war („Sorgfaltseinhaltungsbeweis“). Allfällige Unsicherheiten bei der Festlegung der objektiv gebotenen Sorgfalt gehen daher auch nicht zu seinen Lasten, sondern zulasten des Geschädigten.

Kein Gegenstand der Beweislastumkehr des § 1298 – somit weder der Beweislast des Schädigers, noch seines *Entlastungsbeweises*³⁴⁹⁶⁾ – ist daher rich-

³⁴⁹⁵⁾ Vgl OGH 6 Ob 596/92; RIS-Justiz RS0026338: „Das Gebot zum bestimmten Verhalten mag durch eine allgemein verbindliche Rechtsnorm oder eine individuelle Vertragsnorm konkret vorgeschrieben oder aus solchen Normen abzuleiten sein. Für eine solche Ableitung [Sorgfaltsfeststellungsbeweis, Anm] bietet § 1298 ABGB ebensowenig eine Stütze wie für den Ursächlichkeitszusammenhang“.

³⁴⁹⁶⁾ Im Sinne eines Beweises des Gegenteils: Siehe dazu *Rechberger in Rechberger* (Hrsg), ZPO³ Vor § 266 Rz 19: Dieser stellt einen Hauptbeweis dar, dass eine vermutete Tatsache nicht vorliegt.

tigerweise eine „**Entlastung**“ durch Veränderung des Sorgfaltsmaßstabs mittels eines Gegenbeweises³⁴⁹⁷):

Der Schädiger kann sich nicht nur durch den „echten“ Entlastungsbeweis entlasten, dass sein Verhalten ohnehin dem Geforderten (der objektiv gebotenen Sorgfalt) entsprochen hat. Es ist auch eine (unechte!) „Entlastung“ durch den Beweis denkbar, dass in Wirklichkeit ein *niedrigerer Maßstab anzulegen* gewesen wäre und sein Verhalten diesem Maßstab voll entsprochen hat. Gelingt dem Schädiger somit der Beweis, dass etwa aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls auch von einer maßgerechten Person nur eine „geringere“ Sorgfalt zu fordern gewesen wäre und dass auch sein Verhalten dieser entsprochen hat, so wäre er ebenfalls vom Vorwurf der Rechtswidrigkeit entlastet: „**Beweis der Rechtmäßigkeit** seines Schädigerverhaltens durch Absenkung des Maßstabs“.

Aus der Tatsache, dass der Schädiger sich vom Vorwurf des rechtswidrigen Verhaltens mittels dieses Gegenbeweises „freibeweisen“ kann, lässt sich allerdings nicht folgern, dass er dafür auch die Beweislast trägt.³⁴⁹⁸) Im Gegenteil: Der Beweis, dass auch eine Durchschnittsperson in der konkreten Situation nur zu einer bestimmten („niedrigeren“) Sorgfalt verpflichtet war, ist Gegenstand der Bestimmung jenes Maßstabs, an dem das Schädigerverhalten zu messen ist. Es handelt sich um die Feststellung der objektiv gebotenen Sorgfalt. Dieser Beweis der Bestimmung, also ggf auch der Beweis einer Absenkung oder Erhöhung des Beurteilungsmaßstabs, ist jedoch gerade nicht Gegenstand der Beweislastumkehr und Vermutung des § 1298: Denn schließlich stellt § 1298 gerade keine Vermutung auf, worin das rechtmäßige Verhalten in der konkreten Situation gelegen wäre (wie auch?), sondern bloß, dass der Schädiger dieses rechtmäßige Verhalten *nicht eingehalten* – also rechtswidrig gehandelt – hat.

Wollte man diesen Beweis als von § 1298 umfasst betrachten, würde dies die Beweislast verkehren: Statt des allgemein anerkannten Beweises der *Einhaltung* der objektiv gebotenen Sorgfalt würde auf diese Weise ein weitergehender Beweis der **Feststellung der objektiv gebotenen Sorgfalt** gefordert. Diese Bestimmung der objektiv gebotenen Sorgfalt erlangt zwar indirekt für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers Bedeutung, unterliegt jedoch nicht seiner Beweislast.

³⁴⁹⁷) Siehe zum Gegenbeweis *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO³ Vor § 266 Rz 18: Ein Gegenbeweis wird vom Gegner der beweisbelasteten Partei zur Widerlegung von deren Tatsachenbehauptungen geführt.

³⁴⁹⁸) Zumindest missverständlich sind die Ausführungen von *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 2 (S 415), der in diesem Zusammenhang davon spricht, dass der Beweis der Sorgfalteinhaltung auch „indirekt“ geführt werden könne. Dies vermengt nämlich den vom Schädiger zu führenden Entlastungsbeweis hinsichtlich der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt mit dem Gegenbeweis des Geschädigten hinsichtlich der Festlegung der gebotenen Sorgfalt.

Sofern es also um den Entlastungsbeweis des Schädigers geht, muss – um keine Vermengung der Beweislastverteilung zu bewirken – das Verhalten der maßgerechten Person in der konkreten Situation als „fixer Maßstab“ betrachtet werden: Es gilt nach § 1298 *nur dessen Einhaltung, nicht aber dessen Veränderung* zu beweisen! Insofern kann dem Schädiger auch nicht die Beweislast auferlegt werden, besondere Umstände der konkreten Situation aufzuzeigen, die beweisen, dass auch eine maßgerechte Person so wie er gehandelt hätte. Dass er so den Beweis des Geschädigten, dass ein bestimmter Maßstab anzulegen sei, zerstören kann, ist hingegen unbestritten.

Richtigerweise ist daher der Beweis des Schädigers, dass entgegen der Behauptungen des Geschädigten nur ein **niedrigerer Sorgfaltsmaßstab** anzulegen sei, sein **Gegenbeweis**: Dieser zerstört den vom Geschädigten zu erbringenden Hauptbeweis jener Umstände, die schon für die grundlegende Feststellung der objektiv gebotenen Sorgfalt nötig sind. Da der Schädiger jedoch diesbezüglich nicht die Beweislast trägt, kann **nicht** von einem **Entlastungsbeweis** (in dessen Rahmen er die Beweislast trüge) gesprochen werden. Diesen hat der Schädiger nur hinsichtlich jener Umstände zu erbringen, die zur Beurteilung *seines* Verhaltens (anhand des bereits feststehenden objektiven Sorgfaltsmaßstabs) als rechtswidrig oder nicht rechtswidrig notwendig sind.

Völlig klar zutage tritt dieser Befund vor allem in Hinblick auf die eingangs³⁴⁹⁹) erörterte Bedeutung der Beweislastverteilung als **Risikozuweisung**. Da § 1298 das Vorliegen einer Non-liquet-Situation voraussetzt, führt die Zuweisung der Beweislast an eine der Parteien jeweils dazu, dass diese das Risiko der Unaufklärbarkeit der maßgeblichen Umstände trägt. In Hinblick auf diese Risikotragungsproblematik kann die oben erörterte Beweislastverteilung jedoch mE nicht zweifelhaft sein:

Der **Schädiger** trägt die Beweislast und damit das **Risiko** dafür, dass **nicht** endgültig **aufklärbar** ist, **ob sein Verhalten** dem objektiv Geforderten entsprechen hat, also rechtmäßig oder **rechtswidrig** war. Dies hat insbesondere Bedeutung, wenn komplexe und schwer belegbare Handlungen zu beweisen sind. Der **Geschädigte** hat hingegen den Beweis für das objektiv gebotene Verhalten zu erbringen. Er trägt daher – richtigerweise – das **Risiko** eines diesbezüglichen non liquets: Sollte im Verfahren **nicht einmal aufklärbar** sein, **welches Verhalten** in der konkreten Situation **das** richtige – und somit **rechtmäßige** – gewesen wäre, so kann dies **nicht zulasten** des **Schädigers** gehen! Scheitert es schon am Nachweis, wie sich ein (rein objektiv determinierter) maßgerechter Durchschnittsmensch rechtmäßigerweise verhalten hätte, so kann dies keinesfalls für die Begründung einer Haftung des Schädigers genügen. Eine Überwälzung des Schadens kommt dann mangels Feststellbarkeit, worin das rechtmäßige Verhalten überhaupt liegt, keinesfalls infrage.

Denkbar ist insbesondere, dass eine Maßperson nicht auf *eine* ganz bestimmte Art und Weise gehandelt hätte, sondern dass mehrere Handlungs-

³⁴⁹⁹) Siehe dazu oben S 780 ff.

alternativen *jeweils* als objektiv sorgfaltsgemäß erscheinen. Insbesondere können Ermessensentscheidungen von Geschäftsführern – iSd Business Judgment Rule – voneinander abweichen oder zueinander gar konträr sein und dennoch jede für sich genommen voll sorgfaltsgemäß sein.³⁵⁰⁰) Feststellungsschwierigkeiten, welches Verhalten des Geschäftsführers nach der objektiven Sorgfalt geboten und somit innerhalb der Bandbreite seines Ermessens gewesen wäre, gehen diesfalls als Sorgfaltfeststellungsbeweis jedenfalls zulasten des beweispflichtigen Geschädigten. Ob der schädigende Geschäftsführer diese gebotene Sorgfalt eingehalten oder überschritten hat, ist sodann Gegenstand des Sorgfaltseinhaltungsbeweises.

Auch hinsichtlich der (materiellen) **Zumutbarkeit** dieser Beweislastverteilung kann sich kein anderes Bild ergeben: Denn für die Bestimmung der **objektiv gebotenen Sorgfalt** sind, da die persönlichen Umstände des Schädigers außer Betracht bleiben müssen, **ausschließlich objektive Umstände** zu beweisen. Dies ist dem Geschädigten jedenfalls zumutbar. Der nach § 1298 beweisbelastete Schädiger trägt hingegen die Beweislast und das Aufklärungsrisiko für jene Umstände, die sein tatsächlich gesetztes Verhalten betreffen (*Einhaltung* der gebotenen Sorgfalt) und daher für ihn selbst (im Gegensatz zum Geschädigten) leicht ermittelbar sind.

Allfällige im Einzelfall auftretende Probleme des Geschädigten beim Beweis jener objektiven Sachverhaltelemente, die zur Bestimmung des objektiv gebotenen Verhaltens nötig sind, können an der grundsätzlichen Beweislastverteilung nichts ändern. Es bestehen ausreichend Möglichkeiten, in Situationen eines solchen Beweisnotstandes Abhilfe zu schaffen. Neben **Beweismaßreduktionen** – etwa dem Anscheinsbeweis³⁵⁰¹) oder anderen indirekten Beweisen (Indizienbeweis³⁵⁰²) – kann diese Risikodivergenz auch durch **Redepflichten** des Kontrahenten an der Sachverhaltsaufklärung nahezu eingeplant werden. So trifft die nicht beweisbelastete Partei nach § 184 Abs 1 ZPO eine *Aufklärungsobliegenheit* hinsichtlich jener Umstände, die der beweispflichtigen Partei nicht zugänglich sind.³⁵⁰³) Der Schädiger hat dann am Eruiieren jener rein objektiver Umstände mitzuwirken, die zur Festlegung des hypothetischen Verhaltens der maßgerechten Person in der konkreten Situation nötig sind. Ist trotz alledem die objektiv gebotene Sorgfalt immer noch nicht feststellbar, so hat dieses Risiko beim Geschädigten zu verbleiben.

³⁵⁰⁰) Siehe hierzu grundlegend BGH II ZR 175/95 (NJW 1997, 1926) („ARAG/Garmenbeck“); OGH 3 Ob 34/97i; 1 Ob 144/01k; 8 Ob 262/02s; 1 Ob 20/03b; 7 Ob 58/08t; für weitere Nachweise siehe J. Reich-Rohrwig in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2010) § 25 Rz 36 ff.

³⁵⁰¹) Siehe oben S 777 ff.

³⁵⁰²) Siehe oben S 780.

³⁵⁰³) Siehe etwa *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 3a (S 423f); *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPO II² § 184 Rz 1 ff; J. Reich-Rohrwig/*Zimmermann*, *ecolex* 2014, 964 (964 ff).

Es ist festzuhalten: Zwar kann eine vom Schädiger als Gegenbeweis bewiesene Absenkung des objektiven Maßverhaltens zu seiner „Entlastung“ führen, weil sein Verhalten dann diesem hypothetischen Verhalten entsprochen hat. Diese Absenkung ist jedoch nicht Gegenstand seines „Entlastungsbeweises“, den der Schädiger aufgrund der Beweislastumkehr des § 1298 zu erbringen hat und für den er das Risiko eines non liquet trägt.

2.4. Exkurs: Verwechslungen von fehlender Rechtswidrigkeit und Kausalität

An dieser Stelle sei noch ein weiterer verbreiteter Irrtum angesprochen: Teilweise wird vertreten,³⁵⁰⁴ der Schädiger könne sich vom Vorwurf der Rechtswidrigkeit dadurch entlasten, dass er beweist, dass eine von ihm geschuldete Leistung durch einen nicht zu vertretenden Zufall unmöglich geworden sei.

Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein Problem der Rechtswidrigkeit, sondern um eines der Kausalität. Es ist offensichtlich, dass in jenen Fällen nicht das Verhalten des Schädigers, sondern der vom ihm nicht zu vertretende „Zufall“ – also eine ganz andere Ursache – zum Schaden geführt hat. Die rechtswidrige Handlung war dann keine *condicio sine qua non* für den Schaden.

Demgegenüber geht es bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens ausschließlich um einen *Vergleich des Schädigerverhaltens mit dem Verhalten der Maßperson*. Welche Rolle diversen „Zufällen“ bei der Verursachung eines Schadens durch dieses rechtswidrige Verhalten zukommt, ist nicht Gegenstand dieses Vergleiches.³⁵⁰⁵

2.5. Conclusio

Zusammenfassend lässt sich festhalten: **Inhalt** der Beweislastumkehr des § 1298 ist der Beweis der **Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers**: Diese hat der Richter durch einen Vergleich des Verhaltens des Schädigers mit jenem einer gedachten maßgerechten Person in der konkreten Situation zu ermitteln. Das Verhalten der maßgerechten Person bildet dabei den zur Beurteilung nötigen Referenzmaßstab.

Der Schädiger hat als beweisbelastete Partei als Entlastungsbeweis jene Umstände darzulegen, aus denen sich ergibt, dass sein schädigendes Verhalten der objektiv gebotenen Sorgfalt – dem Verhalten einer Maßperson – entsprochen hat. Ist nicht feststellbar (*non liquet*), ob das Verhalten des Schädigers

³⁵⁰⁴) *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/28; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 12 jeweils mwN; ebenso OGH 1 Ob 36/12v; problematisch auch *Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *FS Jud* (2012) 571 (593), der von einer fehlenden „generellen Trennbarkeit von Schaden bzw Verursachung und Rechtswidrigkeit“ spricht.

³⁵⁰⁵) Dessen ungeachtet können bestimmte Sachverhaltselemente rein faktisch (!) sowohl für den Beweis der Außerachtlassung der objektiv gebotenen Sorgfalt als auch für den Beweis des Kausalzusammenhangs Bedeutung erlangen.

dem objektiv Gebotenen entsprochen hat, geht dies zu seinen Lasten (Sorgfalteinhaltungsbeweis).

Die Beweislast für die Feststellung, welche Sorgfalt (welches Verhalten) in der konkreten Situation objektiv geboten war, trägt stets – auch bei Anwendbarkeit des § 1298 – der Geschädigte. Er hat zu beweisen, wie sich eine Maßperson korrekterweise verhalten hätte (Sorgfaltsfeststellungsbeweis). Die Behauptungen des Geschädigten, es sei eine bestimmte Sorgfalt anzuwenden gewesen, kann der Schädiger durch den Gegenbeweis des Vorliegens besonderer Umstände entkräften.

Dies entspricht der Funktion der Beweislastverteilung als **Risikozuweisung** bei Unaufklärbarkeit der maßgeblichen Umstände: Der **Schädiger** trägt das **Risiko**, dass nicht endgültig festgestellt werden kann, **ob** sein **Verhalten** dem objektiv geforderten **entsprochen** hat (Entlastungsbeweis). Der **Geschädigte** hat hingegen das **Risiko** zu tragen, dass **nicht** einmal **feststellbar** ist, **welches** objektive **Verhalten** in der Situation überhaupt gefordert gewesen wäre. Behauptet der Geschädigte allerdings, dass in der Situation eine höhere objektive Sorgfalt geboten gewesen wäre, kann der Schädiger dies durch Gegenbeweis entkräften.

Abstrakt formuliert bedeutet dies: Den **Geschädigten** trifft stets die Beweislast dafür, **was** (überhaupt) **rechtmäßig war**. Dem **Schädiger** bürdet die Beweislastumkehr des § 1298 hingegen den Beweis auf, **dass** sein Verhalten **rechtmäßig war**.

3. Anknüpfungspunkt der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB

In höchstem Maße **umstritten** ist der **sachliche Anwendungsbereich** des § 1298. Weitgehende Einigkeit besteht bloß darüber, dass § 1298 im Bereich deliktischer Schädigung keine Anwendung findet.³⁵⁰⁶) Dort hat die Verteilung der Beweislast nach §§ 1296, 1297 zu erfolgen. Die Beweislastumkehr des § 1298 gilt somit jedenfalls für Schuldverhältnisse.³⁵⁰⁷),³⁵⁰⁸) Sie ist sowohl bei aktivem Tun als auch bei Unterlassungen anwendbar.³⁵⁰⁹)

³⁵⁰⁶) Siehe *Reischauer in Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 1; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 4; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/23; *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 180 ff; *Reischauer*, JBl 1998, 562 (568 ff); aA *Karollus*, ZVR 1994, 129 (134 ff).

³⁵⁰⁷) *Reischauer in Rummel*, ABGB II³ § 1298 Rz 1; *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 147; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 4; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/23; *Harrer in Schwimann*, ABGB VI³ § 1298 Rz 1.

³⁵⁰⁸) Wenn § 1298 auch auf „gesetzliche Pflichten“ abstellt, so ist dies einschränkend auszulegen, da alle Pflichten stets auf Vertrag oder Gesetz beruhen; siehe dazu *Harrer in Schwimann*, ABGB VI³ § 1298 Rz 1; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 5.

³⁵⁰⁹) *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 6; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/23.

Uneinig sind Rechtsprechung und Lehre hingegen in der Frage, bei welchen Pflichten aus einem Sonderrechtsverhältnis es zu einer Beweislastumkehr für die Rechtswidrigkeit kommen soll. Insbesondere die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr des § 1298 auf Sorgfaltspflichten ist weitgehend ungeklärt. Kern dieser Diskussion ist vor allem die Frage, worin der – jedenfalls vom Geschädigten zu beweisende – Anknüpfungspunkt für eine Umkehr der Beweislast der Rechtswidrigkeit liegt. Dies werde ich nun erörtern.

3.1. Lehre und Rechtsprechung

Am umfangreichsten hat sich *Reischauer*³⁵¹⁰⁾ mit der Bedeutung des § 1298 auseinandergesetzt. Er differenziert grundlegend zwischen *Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten*. Bei Ersteren sei die Herbeiführung eines Erfolges geschuldet, etwa aus einer vertraglichen Leistungspflicht. Demgegenüber sei bei Sorgfaltsverbindlichkeiten bloß das redliche Bemühen um einen Erfolg – somit bloß ein sorgfältiges Verhalten – geschuldet. Darin läge der entscheidende Unterschied zwischen diesen beiden Arten an Verbindlichkeiten: Da nur bei Erfolgsverbindlichkeiten ein Erfolg geschuldet sei, könne dessen Nichteintritt – die Pflichtwidrigkeit – nur bei diesen den Ansatzpunkt für eine Beweislastumkehr nach § 1298 bilden. Bei Sorgfaltsverbindlichkeiten sei hingegen kein Erfolg geschuldet, sein Ausbleiben sei somit auch nicht pflichtwidrig. Es sei die Sorgfaltsverletzung selbst der entscheidende Haftungsansatzpunkt, der daher stets zu beweisen sei.³⁵¹¹⁾ Für eine Beweislastumkehr nach § 1298 bleibe kein Raum. *Reischauer* geht diesbezüglich jedoch von einem „weiten Verständnis“ von Erfolgsverbindlichkeiten aus, sodass auch Schutzpflichten oft echte Leistungspflichten seien.³⁵¹²⁾

*F. Bydlinski*³⁵¹³⁾ vertritt die Ansicht, dass ein *mit den Anforderungen des Rechtes objektiv unvereinbares Verhalten* bzw ein *objektiv obligationswidriger Zustand* für eine Beweislastumkehr durchaus genügen würde. Wenn prima facie von einem wenigstens objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten auszugehen sei, könne Verschulden vermutet werden.³⁵¹⁴⁾ Als weitere Anknüpfungspunkte könnten objektiv gefährliche oder objektiv mangelhafte Umstände in der persönlichen und sachlichen Interessen- und Herrschaftssphäre dienen.

Dem folgt im Wesentlichen *Koziol*,³⁵¹⁵⁾ der jedoch auch – anders als *F. Bydlinski* – eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Rechtswidrigkeit befürwortet.

³⁵¹⁰⁾ *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ § 1298; *Reischauer*, JBl 1998, 473 (Teil I), 560 (Teil II); zustimmend *Schauer*, Beraterhaftung, in *WiR* (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 251 (254, 268); weitere zustimmende Nachweise bei *Reischauer*, ÖJZ 2000, 534 (543 FN 133 ff).

³⁵¹¹⁾ *Reischauer*, JBl 1998, 560 (562).

³⁵¹²⁾ *Reischauer*, JBl 1998, 473 (485 ff).

³⁵¹³⁾ *F. Bydlinski*, JBl 1992, 341 (347 ff).

³⁵¹⁴⁾ Siehe jedoch die Kritik von *Reischauer*, JBl 1998, 560 (562 ff).

³⁵¹⁵⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/33.

Jüngst hat auch *Kodek*³⁵¹⁶⁾ zu § 1298 Stellung genommen: § 1298 statuiere nicht schlechthin eine Beweislastumkehr, sondern kehre die Beweislast bloß für den Fall um, dass der Schuldner eine Verbindlichkeit nicht erfüllt. *Kodek* folgert daraus, dass „offenbar ein Teilaspekt der Rechtswidrigkeit stets vom Geschädigten bewiesen werden“ müsse. Die Nichterfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht sei ein stark belastendes Moment, das zwar nicht zwangsläufig auf ein rechtswidriges Verhalten des Schuldners zurückzuführen sein müsse, aber ein solches dennoch indiziere und daher eine Beweislastumkehr rechtfertige. Haftungsansatzpunkt sei die Pflichtverletzung, die stets von Geschädigten zu beweisen sei. Es sei daher zwar nicht notwendig, dass eine vertragliche Hauptleistungspflicht, sehr wohl allerdings, dass eine entsprechend *klar konturierte (Haupt- oder Neben-) Pflicht verletzt* werde, da deren Verletzung nur dann ausreichende Indizwirkung zukomme, die im Regelfall Schlüsse auf ein rechtswidriges Verhalten des Schädigers zuließe. Dies führe – so *Kodek* – zu einer „gespaltenen Rechtswidrigkeit“.³⁵¹⁷⁾ Auf diese Weise werde eine konsequente Umsetzung der Handlungsunrechtslehre ermöglicht. Der Geschädigte habe somit zumindest einen „*ein rechtswidriges Verhalten indizierenden objektiv rechtswidrigen Zustand*“ zu beweisen. Somit sei – wohl bei Sorgfaltspflichten – zuerst die *Sorgfaltsverletzung vom Geschädigten zu beweisen*.³⁵¹⁸⁾

Die Rsp ist *uneinheitlich*: Teils lehnt der OGH die Differenzierung zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten explizit ab;³⁵¹⁹⁾ teils stellt das Höchstgericht hingegen schon auf diesen Unterschied ab.³⁵²⁰⁾ Im Übrigen scheinen die Entscheidungen vornehmlich einzelfallbezogen, fundierte Erörte-

³⁵¹⁶⁾ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 16 ff; zust *Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *FS Jud* (2012) 571 (574 f).

³⁵¹⁷⁾ Darunter ist mE wohl die hier vertretene Unterscheidung zwischen Pflichtwidrigkeit (ein einer final formulierten Pflicht objektiv widersprechender Zustand oder ein widersprechendes Verhalten [*Kodek* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 19 spricht von einer „vertragsrechtlichen Rechtswidrigkeit“]) und Rechtswidrigkeit (objektiv sorgfaltswidriges Verhalten) zu verstehen.

³⁵¹⁸⁾ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 20.

³⁵¹⁹⁾ Exemplarisch OGH 2Ob 300/97z; 2Ob 262/07d; 3Ob 281/01x; vgl 1Ob 36/12v; 2Ob 76/09d; RIS-Justiz RS0026060; RS0017240; RS0023498; RS0026338.

³⁵²⁰⁾ Vgl jüngst OGH 3Ob 225/11a: „Bei Sorgfaltsverbindlichkeiten ergibt sich für die Behauptungs- und Beweislast folgendes Grundschemata: Der Geschädigte hat den Schaden (Umfang, Höhe), die Sorgfaltswidrigkeit (rechtswidriges Verhalten) und den kausalen Zusammenhang zwischen Sorgfaltsverletzung und Schaden zu behaupten und zu beweisen [...]. Der Schädiger kann sich durch den Beweis entlasten, dass ihn an der Sorgfaltswidrigkeit kein subjektives Verschulden trifft (§ 1297 ABGB)“; vgl auch 8Ob 700/89; siehe hierzu allerdings 1Ob 664/90; 8Ob 64/92; 2Ob 300/97z; siehe auch die Ausführungen von *Reischauer*, JBl 1998, 473 (Teil I), 560 (Teil II), dass der OGH sehr wohl seiner Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten folge; vgl auch 6Ob 77/05z; unklar 1Ob 43/92: „Wegen des (vor-)vertraglichen Verpflichtungsverhältnisses der Streitteile wird sich der Beklagte zur Vermeidung seiner diesbezüglichen Haftung gemäß § 1298 ABGB frei beweisen müssen“.

rungen der Problematik fehlen. Tendenziell nimmt die Judikatur allerdings einen weiten Anwendungsbereich des § 1298 an.³⁵²¹⁾

3.2. Unstrittiger Ausgangspunkt: Nichterfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht

Genuiner und vom ABGB explizit erwähnter Anwendungsbereich des § 1298 ist die Nichterfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit. Darunter ist unstrittig die **Nichterfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht** zu verstehen. Dieser Fall, an den nach *Kodek*³⁵²²⁾ „die Verfasser des ABGB zweifellos vorrangig dachten“, muss den **Ausgangspunkt** aller weiterführenden Überlegungen bilden.

Knüpft man die Beweislastumkehr des § 1298 an der Nichterfüllung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht an, so ergibt sich folgende Beweislastschema: Der Schadenersatz begehrende Gläubiger muss darlegen, dass sein Vertragspartner als Schuldner seine Hauptleistungspflicht nicht erfüllt hat. Dieser Beweis führt zu einer Beweislastumkehr nach § 1298, aufgrund derer der Schädiger den vollen Entlastungsbeweis antreten muss, dass er die objektive Sorgfalt eingehalten hat und eine Erfüllung seiner Pflichten dennoch nicht möglich war.

Der maßgebliche Ansatzpunkt für die Beweislastumkehr bildet hier die Nichterfüllung – das objektive Ausbleiben des vertraglich geschuldeten Erfolges. Diese objektive Pflichtwidrigkeit ist also auch nach § 1298 stets vom Geschädigten zu beweisen.³⁵²³⁾

3.3. Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 1298 ABGB

Im Folgenden wird die Frage erörtert, ob die Beweislastumkehr des § 1298 auch auf andere Pflichten im Rahmen eines Sonderrechtsverhältnisses auszuweiten ist. Im Fokus der Betrachtung stehen allgemeine Schutz- und Sorgfaltspflichten aus *cic*. Sofern man auch diese § 1298 unterstellen möchte, bedarf es allerdings eines anderen Anknüpfungspunkts für die Beweislastumkehr des § 1298, da bei solchen Pflichten kein final determinierter Erfolg, sondern bloß sorgfältiges Verhalten geschuldet ist. Es stellt sich somit die Frage, an welchen – jedenfalls vom Geschädigten zu beweisenden – Umständen eine Umkehr der Beweislast anknüpfen kann.

3.3.1. Problemstellung

Für die **Wahl** des maßgeblichen **Anknüpfungspunkts** der Beweislastumkehr des § 1298 und für die damit gegebenenfalls verbundene Erweiterung

³⁵²¹⁾ Vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 4 ff, insb 8 ff mwN; vgl OGH 6 Ob 77/05z; RIS-Justiz RS0086601; RS0026091; RS0023498.

³⁵²²⁾ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 17 f.

³⁵²³⁾ Vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1298 Rz 17.