

Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar Band 4: §§
253-299a

Bearbeitet von
Bernhard Wieczorek, Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf A. Schütze, Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens, Dorothea Assmann,
Prof. Dr. Stephan Weth

4. Auflage 2013. Buch. 1175 S. Gebunden
ISBN 978 3 11 024840 1
Format (B x L): 17 x 24 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht
allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 292

Gesetzliche Vermutungen

Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch den Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 geführt werden.

Schrifttum

Allner Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung, 1993; *Baumgärtel* Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996; *Baumgärtel* Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung“ im Zivilprozeß – eine Analyse der Rechtsprechung, FS Schwab (1990) 43; *Donau* Die Bedeutung von Fiktionen, Vermutungen und Auslegungsregeln im summarischen Prozeß, ZZP 67 (1954) 451; *Guggenbühl* Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozeß, 1990; *Habscheid* Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, FS Bosch (1976) 355; *Hedemann* Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, 1904; *Leipold* Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966; *Medicus* Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung der Rechtsvermutung gemäß §§ 891, 1006, FS Baur (1981) 63; *Musielak* Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975; *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983; *Rosenberg* Die Beweislast, 5. Aufl. (1965); *Werner* Grundprobleme des § 1006 BGB, JA 1983, 617.

Übersicht

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Gesetzesgeschichte — 1 II. Normzweck — 2 III. Anwendbarkeit — 4 IV. Abgrenzung — 5 <ul style="list-style-type: none"> 1. Gesetzliche Vermutungen — 6 <ul style="list-style-type: none"> a) Tatsachenvermutungen — 7 b) Rechtsvermutungen — 8 c) Unwiderlegbare Vermutungen — 9 2. Vertraglich vereinbarte Vermutungen — 10 3. Andere Beweislastnormen — 11 4. Auslegungsregeln — 12 | <ul style="list-style-type: none"> 5. Tatsächliche Vermutungen — 13 6. Fiktionen — 17 V. Vermutungen im Einzelnen — 19 <ul style="list-style-type: none"> 1. Widerlegbare Vermutungen — 20 <ul style="list-style-type: none"> a) Im materiellen Recht — 20 b) Im Prozessrecht — 25 2. Unwiderlegbare Vermutungen — 26 <ul style="list-style-type: none"> a) Im materiellen Recht — 26 b) Im Prozessrecht — 27 VI. Wirkung der Vermutung — 28 VII. Der Beweis des Gegenteils — 30 |
|--|--|

I. Gesetzesgeschichte

§ 264 a wurde durch die Novelle von 1898¹ eingefügt und durch die Bekanntmachung 1 von 1898² unverändert zu § 292. Eine sprachliche Änderung hat die Regelung in Satz 2 durch das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27.10.1933³ erfahren.

II. Normzweck

Gesetzlich vermutete Tatsachen bedürfen keines Beweises (§ 292). Das gilt bei gesetzlichen Tatsachenvermutungen für die bestimmte Tatsache, für die die Vermutung

¹ RGBl S. 256, 271.

² RGBl S. 410, 464.

³ Statt „Eideszuschreibung“ nun „Antrag auf Parteivernehmung“; vgl. RGBl I S. 780, 786; RGBl I S. 821, 849 (Bekanntmachung v. 8.11.1933).

spricht (vgl. dazu Rdn. 7). In analoger Anwendung gilt § 292⁴ auch für Rechtsvermutungen im Hinblick auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechts, auf das sich die Vermutung bezieht (vgl. Rdn. 8).⁵

- 3 Allerdings ist der Beweis des Gegenteils zulässig, solange es sich nicht um eine unwiderlegbare Vermutung (*praesumptio iuris et de iure*) handelt. Die Unwiderlegbarkeit muss jedoch im Gesetz ausdrücklich angeordnet sein, ansonsten ist von einer widerlegbaren Vermutung (*praesumptio iuris*) auszugehen (§ 292 Satz 1). Die bloße Erschütterung der gesetzlichen Vermutung durch Beweis ihrer möglichen Unrichtigkeit genügt nicht; erforderlich ist der volle Beweis des Gegenteils der gesetzlichen Vermutung. Es handelt sich um eine **Beweislastnorm**, nicht um eine Beweisregel.⁶ Sie führt zu einer Veränderung der Behauptungslast und auch der Beweislast, da die Partei nicht die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm, die die Rechtsfolge vorsieht, behaupten und beweisen muss, sondern lediglich die Vermutungsbasis, aus der auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsfolgenorm geschlossen wird (vgl. Rdn. 29). Diese Vermutungsbasis kann bereits durch einen einfachen Gegenbeweis entkräftet werden.⁷ Gelingt dies dem Gegner jedoch nicht, obliegt ihm der Beweis des Gegenteils der Tatsachenvermutung (Vermutungsfolge).⁸ Insoweit tritt eine Beweislastumkehr zu Lasten des Vermutungsgegners ein.⁹

III. Anwendbarkeit

- 4 § 292 gilt in allen Verfahrens- und Prozessarten. Er findet entsprechende Anwendung im Arbeitsgerichtsverfahren¹⁰ (§ 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG), in der Verwaltungsgerichtsbarkeit¹¹ (§ 173 VwGO) sowie in der Sozialgerichtsbarkeit (§ 202 SGG).¹²

Nicht anwendbar ist § 292 auf vertraglich vereinbarte Vermutungen, wie z.B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Rdn. 10). Unter § 292 fallen auch keine Beweiserleichterungen, wie z.B. § 22 AGG.¹³

IV. Abgrenzung

- 5 Die gesetzlichen Vermutungen sind abzugrenzen von den vertraglich vereinbarten Vermutungen, den anderen Beweislastnormen, den Auslegungsregeln, den tatsächlichen Vermutungen und den Fiktionen.
- 6 **1. Gesetzliche Vermutungen.** Gesetzliche Vermutungen sind in widerlegbare und unwiderlegbare Vermutungen zu unterteilen, wobei Letztere nicht unter § 292 fallen. Bei den gesetzlichen Vermutungen lassen sich wiederum Tatsachenvermutungen von Rechtsvermutungen unterscheiden. Zwar ist heute anerkannt, dass gesetzliche Tatsachen- und

4 *Medicus* FS Baur (1981) 63, 64 Fn. 8; *Rosenberg* S. 232.

5 *Rosenberg* S. 225 ff.; *Werner* JA 1983, 617, 620 (für § 1006 BGB); vgl. auch *Leipold* S. 93 ff.; **a.A.** *Musielak* S. 76 ff., 82 (Vermutungsgegenstand sind die Rechtsbegründungstatsachen); *Schulte* BB 1977, 269, 272 f. (indirekte Tatsachenvermutung bei § 1006 BGB).

6 *Leipold* S. 85 ff.; *Musielak* S. 73; *Prütting* S. 48.

7 *Rosenberg* S. 216 f.

8 *Guggenbühl* S. 140.

9 *Guggenbühl* S. 74 f.; **a.A.** *Vollmer* Auslegung und „Auslegungsregeln“ (1990) 289, 292, nach dessen Ansicht die Beweislastentscheidung durch die Tatsachenvermutung ausgeschlossen wird.

10 BAG 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, BAGE 88, 363, 368 = ZIP 1998, 1809, 1810.

11 BVerwG 24.8.1990 – 8 C 65/89, BVerwGE 85, 314, 321 = FamRZ 1991, 327, 329.

12 LSG Halle 20.9.2007 – L 3 RJ 126/05, NZA-RR 2008, 207, 208.

13 LAG Köln 15.2.2008 – 11 Sa 923/07, NZA-RR 2008, 622, 623.

Rechtsvermutungen ihrer Struktur und Wirkung nach im Wesentlichen gleich sind.¹⁴ Doch ist diese Unterscheidung sinnvoll, da Rechtsvermutungen unter § 292 wegen seines engen Wortlauts nur im Wege der Analogie fallen. Gesetzliche Vermutungen können, müssen aber nicht ausdrücklich als Vermutung gekennzeichnet sein, so in §§ 476,¹⁵ 891, 921, 938, 1006, 1117 Abs. 3, 1253 Abs. 2, 1362, 2009, 2365, 2368 Abs. 3 BGB.

a) Tatsachenvermutungen. Unter Tatsachenvermutungen i.S.d. § 292 sind Rechtsätze zu verstehen, die das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals auf Grund eines tatbestandsfremden Umstands annehmen.¹⁶ Gesetzliche Vermutungen von Tatsachen sind Rechtssätze, die für den Fall der Ungewissheit ein Tatbestandsmerkmal einer anderen Norm bei Vorliegen bestimmter Umstände als bestehend ansehen.¹⁷ Die Vermutungsbasis ist also ein außerhalb des Tatbestands, aus dem die Rechtsfolge hergeleitet wird, liegender Umstand, wie z.B. der Besitz der Pfandsache (§ 1253 Abs. 2 BGB) für den Tatbestand des Erlöschens des Pfandrechts durch Rückgabe der Pfandsache (§ 1253 Abs. 1 BGB). Bei Vorliegen dieses Umstands (Besitz der Pfandsache) wird auf das Vorhandensein des Tatbestandsmerkmals (Rückgabe der Pfandsache) geschlossen.¹⁸

b) Rechtsvermutungen. Obwohl Rechtsvermutungen vom Wortlaut des § 292 nicht 8 erfasst sind, ist diese Vorschrift auch auf die gesetzlichen Rechtsvermutungen entsprechend anwendbar. Eine Rechtsvermutung liegt vor, wenn auf Grund einer Tatsache unmittelbar auf das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses geschlossen wird.¹⁹ Als Beispiel dient die Eigentumsvermutung auf Grund des Besitzes (§ 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch die §§ 891 Abs. 1 und 2, 921, 1006 Abs. 2 und 3, 1362, 1964 Abs. 2, 2365 BGB enthalten Rechtsvermutungen.

c) Unwiderlegbare Vermutungen. Bei den gesetzlichen Vermutungen handelt es 9 sich grundsätzlich um widerlegbare Vermutungen. Diese stellen Beweislastregeln dar.²⁰ Gesetzliche Vermutungen sind i.d.R. nur dann unwiderlegbar, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 292 Satz 1).²¹ Im Gesetz finden sich lediglich § 1566 Abs. 1 und 2 BGB, die ausdrücklich als unwiderlegliche Vermutungen bezeichnet werden. Es ist deshalb umstritten, welche Vorschriften als unwiderlegliche Vermutungen anzusehen sind.²² Letztendlich ist dies aber ohne Bedeutung, da es sich bei den **unwiderleglichen Vermutungen** nicht um Vermutungen im eigentlichen Sinn, sondern um Fiktionen handelt.²³ Allerdings ist die Motivation des Gesetzgebers für eine Fiktion eine andere als bei einer unwiderleglichen Vermutung. Bei einer Fiktion geht er davon aus, dass die fingierte Tatsache nicht besteht (näher Rdn. 17), während bei der unwiderlegbaren Vermu-

¹⁴ *Leipold* S. 76 ff.; *Prütting* S. 48.

¹⁵ Von *Rosenberg* S. 207 wurde die ähnlich lautende Vorschrift des § 484 a.F. als Scheinvermutung bezeichnet.

¹⁶ *Baumgärtel* FS Schwab (1990) 43, 44.

¹⁷ Vgl. *Musielak* S. 75; *Prütting* S. 48; *Rosenberg* S. 203; gegen die Definitionen und Einordnung der gesetzlichen Vermutungen durch die h.L. *Vollmer* Auslegung und „Auslegungsregeln“ (1990) 260 ff.

¹⁸ *Rosenberg* S. 202f.

¹⁹ *Musielak/Huber* Rdn. 3; vgl. *Hk-ZPO/Saenger* Rdn. 3, der von Rechts(zustands)vermutungen spricht.

²⁰ *Habscheid* FS Bosch (1976) 355, 363; *Leipold* S. 85; *Prütting* S. 49; *Rosenberg* S. 216.

²¹ Vgl. OLG Frankfurt 9.12.2008 – WpÜG 2/08, NJW 2009, 375, 377 zu § 39 a Abs. 3 WpÜG, bei dem sich die Unwiderlegbarkeit aus der Gesetzesbegründung ergibt, BT-Drucks. 16/1003, 22.

²² *Habscheid* FS Bosch (1976) 355, 364.

²³ BGH NJW 1965, 584; *Rosenberg* S. 213; *Guggenbühl* S. 91; *Musielak* S. 83 (der Fiktion angenähert); vgl. auch *Prütting* S. 49 (gleiche sachliche Wirkung); *Diederichsen* NJW 1965, 671, 673.

tung i.d.R. die vermutete Tatsache vorliegen wird,²⁴ es aber in Kauf genommen wird, dass dies nicht der Fall ist.²⁵

Die Anwendung des § 292 auf unwiderlegbare Vermutungen macht keinen Sinn, da hier die Vermutung gerade nicht durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann.

10 2. Vertraglich vereinbarte Vermutungen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, Vermutungen in Individualverträgen oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbaren.²⁶ Bei vertraglich vereinbarten Vermutungen findet § 292 keine Anwendung.²⁷ Vielmehr sind sie wie vertragliche Beweislastverträge zu behandeln.²⁸ Bei der Vereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen²⁹ ist § 309 Nr. 12 BGB zu beachten.³⁰ Ebenso wie die Parteien Vermutungen vertraglich vereinbaren können, können sie auch auf die Vermutungsanwendung vertraglich verzichten.³¹ Einschränkungen ergeben sich aber bei bestimmten gesetzlichen Vermutungen, insbesondere aus Gründen des Verbraucherschutzes wie z.B. aus § 475 Abs. 1 BGB bei § 476 BGB.³²

11 3. Andere Beweislastnormen. Gesetzliche Vermutungen unterscheiden sich nicht von anderen Beweislastnormen, in denen im Zweifel eine bestimmte Tatsache angenommen wird, wie z.B. §§ 685 Abs. 2, 1213 Abs. 2, 1625 BGB.³³ Sie sind auch mit den besonderen Beweislastnormen zu vergleichen, die die Beweislast ausdrücklich umkehren.³⁴ Allerdings führen die widerlegbaren gesetzlichen Vermutungen anders als die besonderen Beweislastregeln nicht nur zu einer Umkehr der Beweislast, sondern auch zu einer Verschiebung des Beweisthemas. Sobald die sog. Vermutungsbasis – eine tatbestandsfremde Voraussetzung – bewiesen ist, wird die Beweislast für die vermutete Tatsache umgekehrt.³⁵

12 4. Auslegungsregeln. Einen gewissen Gegensatz zu den gesetzlichen Vermutungen bilden die **Auslegungsregeln**,³⁶ nach denen im Zweifel etwas gelten soll, wie z.B. §§ 154 Abs. 1³⁷ und 2, 329–332, 336–338, 364 Abs. 2, 415 Abs. 3, 613 Abs. 1, 742, 2257, 2258 Abs. 2, 2269 Abs. 2, 2270 Abs. 2, 2304 BGB. In diesen Fällen legt das Gesetz den Sinn einer Wil-

²⁴ Diederichsen FS Gernhuber (1993) 597, 604.

²⁵ Habscheid FS Bosch (1976) 355, 365; Leipold S. 103; Prütting S. 49.

²⁶ Vgl. Bennemann Fiktionen und Beweislastregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1987) 160f.

²⁷ BGH 4.6.1962 – VIII ZR 228/61, NJW 1962, 2099; Stein/Jonas/Leipold Rdn. 1; Werner NJW 1971, 1924, 1925.

²⁸ MünchKomm/Prütting Rdn. 6; vgl. Werner NJW 1971, 1924f.

²⁹ Z.B. die sog. Vorkennntnisklauseln in den AGB der Makler, BGH 4.6.1962 – VIII ZR 228/61, NJW 1962, 2099; Werner NJW 1971, 1924, 1925; zur Unwirksamkeit solcher Klauseln vgl. Bennemann Fiktionen und Beweislastregeln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1987) 206 ff.

³⁰ Vgl. Staudinger/Coester-Waltjen BGB (2006) § 309 Nr. 12 Rdn. 8.

³¹ Diederichsen NJW 1965, 671, 674 Fn. 36.

³² Vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann BGB (2004) § 476 Rdn. 25.

³³ Musielak S. 75 zählt diese auch zu den Tatsachenvermutungen.

³⁴ Vgl. auch Leipold S. 91f., der den Unterschied lediglich darin sieht, dass die gesetzlichen Vermutungen voraussetzungsgebundene Beweislastregeln sind. Nach Musielak S. 72 besteht der Unterschied darin, dass gesetzliche Vermutungen zweigliedrig (Ungewissheit über die erforderliche Tatsache und Vermutungsbasis) und gewöhnliche Beweislastnormen eingliedrig sind (nur Ungewissheit).

³⁵ Habscheid FS Bosch (1976) 355, 363; Leipold S. 93.

³⁶ A.A. Vollmer Auslegung und „Auslegungsregeln“ (1990) 295f., der die besonderen Auslegungsregeln als gesetzliche Vermutungen ansieht.

³⁷ BGH 24.1.1951 – II ZR 23/50, NJW 1951, 397, 398.

lenserklärung in einer bestimmten Richtung fest,³⁸ wenn nicht die Parteien nachweisbar etwas anderes gewollt haben. Dagegen können die gesetzlichen Vermutungen auch äußere Tatsachen betreffen.³⁹ Wird ein anderer Wille als der vom Gesetz unterstellte behauptet, muss der Hauptbeweis geführt werden.⁴⁰ Darin liegt aber nicht die Widerlegung der Vorschrift, sondern die Unanwendbarkeit der Auslegungsregel im konkreten Fall.⁴¹ Durch die Auslegungsregel wird dem Richter die Arbeit vereinfacht, indem ihm das Gesetz zur Beurteilung bestimmter Rechtsgeschäfte Auslegungsregeln zur Verfügung stellt.⁴²

5. Tatsächliche Vermutungen. Von den gesetzlichen Tatsachenvermutungen sind **13** die sog. **tatsächlichen Vermutungen** (unechte Vermutungen; praesumptiones facti) zu unterscheiden.⁴³ „Die tatsächliche Vermutung ist eine Regel, wonach eine zu beweisende Tatsache auf Grund eines allgemeinen Erfahrungssatzes bis zur Widerlegung durch Gegenbeweis für nachgewiesen angesehen werden kann, wenn eine andere Tatsache feststeht, von welcher aus im Wege der Induktion auf die zu beweisende geschlossen werden kann.“⁴⁴ Solche Vermutungen fallen nicht unter § 292.⁴⁵ Sie sind von der Rechtsprechung⁴⁶ entwickelt worden und werden meist dem Anscheinsbeweis zugerechnet.⁴⁷ Wenn sie nicht als Anscheinsbeweis eingestuft werden, dann werden sie als auf der Lebenserfahrung beruhende Schlüsse⁴⁸ und Beweiszeichen, die aus der freien richterli-

38 *Diederichsen* NJW 1965, 671, 672.

39 *Hedemann* S. 227, der allerdings sogleich klarstellt, dass der Wille nicht immer nur Gegenstand der Auslegung und die äußere Tatsache nicht immer nur Gegenstand der Vermutung sei.

40 *Donau ZP* 67 (1954) 451, 455.

41 *Rosenberg* S. 213; *Diederichsen* NJW 1965, 671, 673.

42 *Diederichsen* NJW 1965, 671, 672.

43 Vgl. zu den tatsächlichen Vermutungen die Nachweise bei *Allner* S. 21 ff. und weitere Beispielfälle, S. 42 ff.; *Baumgärtel* Beweislastpraxis (1996) Rdn. 355 ff. sowie bei *Prütting* S. 50 ff.

44 *Dänzer* Die tatsächliche Vermutung (1914) 1; die Definition etwas abändernd *Allner* S. 125; vgl. auch *Rosenberg* S. 210 f.

45 BGH 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; MünchKomm/Prütting Rdn. 7; Hk-ZPO/Saenger Rdn. 4; **a.A.** *Bruns* ZPR Rdn. 171 c, der bei Herabsetzung des Beweismaßes für den Beweis des Gegenteils § 292 für anwendbar hält; *Hirtz* MDR 1988, 182, 185, der die tatsächlichen Vermutungen analog § 292 behandelt.

46 Vgl. BGH 17.11.2010 – VIII ZR 112/10, NJW 2011, 598 (tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der Werte bei einem geeichten Messgerät); BGH 8.7.2010 – III ZR 249/09, NJW 2010, 3292, 3294 (tatsächliche Vermutung für Kausalität zwischen fehlerhafter Beratung und Anlageentscheidung); BGH 22.3.2010 – II ZR 203/08, (tatsächliche Vermutung der Ursächlichkeit fehlerhafter Prospekt Darstellungen für die Anlageentscheidung); BVerwG 27.10.1998 – C 38/97, BVerwGE 107, 304, 310 f. = ZIP 1999, 202, 204 (tatsächliche Vermutung für Nutzungsziehung); BAG 19.6.1973 – 1 AZR 521/72, BAGE 25, 226, 233 = AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (tatsächliche Vermutung für die Verfolgung legaler Ziele beim Streik), dazu *Lieb* FS Herschel (1982) 223 ff.; OLG Saarbrücken 4.6.1993 – U 109/92, NJW 1993, 3077, 3078 (widerlegbare Vermutung der Kausalität).

47 Vgl. z.B. BGH 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364 (Vermutung einer verwerflichen Gesinnung bei grobem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gemäß § 138 Abs. 1 BGB); BGH 3.6.2008 – VI ZR 223/07, NJW 2008, 3775, 3777 (Vermutung bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, dass Schadensfall bei Beachtung nicht eingetreten wäre); BGH 30.9.1993 – IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311, 314 ff. = NJW 1993, 3259 (Vermutung bei Verstößen gegen Beraterpflicht); BGH 26.9.1991 – IX ZR 242/90, NJW 1992, 240, 241 (Vermutung des beratungsgemäßen Verhaltens des Mandanten bei Beratungspflichtverletzung des Anwalts); vgl. zur Haftung des Anwalts bei Verstoß gegen Beratungspflichten *Heinemann* NJW 1990, 2345, 2352 f.; *Baumgärtel* FS Schwab (1990) 43, 48; *Walter* Freie Beweiswürdigung (1979) 211 ff.

48 Die allerdings zwingend sein müssen, was zu verneinen ist, wenn nicht gänzlich entfernt liegende Möglichkeiten entgegenstehen, vgl. BGH 3.12.1992 – I ZR 276/90, BGHZ 120, 320, 326 f. = ZIP 1993, 458, 461; vgl. auch *Guggenbühl* S. 16 f.

chen Überzeugung hervorgegangen sind,⁴⁹ bezeichnet. Grundlage für tatsächliche Vermutungen sind in den meisten Fällen ebenso wie beim Anscheinsbeweis sog. Erfahrungsgrundsätze.⁵⁰ Allerdings unterscheidet sich das Beweisthema beim Anscheinsbeweis von demjenigen der tatsächlichen Vermutung. Während sich der Anscheinsbeweis i.d.R. auf den Beweis der Kausalität und des Verschuldens bezieht, ist Gegenstand einer tatsächlichen Vermutung eine Tatsache.⁵¹ Beide führen aber nicht zu einer Beweislastumkehr.⁵² Die tatsächliche Vermutung erleichtert der Partei lediglich die Darlegung und die Beweisführung für das Vorliegen der Tatsache, enthebt sie aber nicht von ihrer Behauptungslast.⁵³ Beim Anscheinsbeweis und auch bei der tatsächlichen Vermutung handelt es sich lediglich um eine Frage der Beweiswürdigung.⁵⁴ Sie können durch einfachen Gegenbeweis erschüttert werden.⁵⁵

14 Dagegen wird aber in einigen Fällen der **Beweis des Gegenteils** verlangt, so dass die tatsächliche Vermutung letztendlich zu einer Beweislastumkehr führt.⁵⁶ Dies wird z.B. für die sog. **GEMA-Vermutung** vertreten.⁵⁷ Diese besagt, dass zugunsten der GEMA angesichts ihres umfassenden In- und Auslandsrepertoires eine tatsächliche Vermutung ihrer Wahrnehmungsbefugnis für die Aufführungsrechte an in- und ausländischer Tanz- und Unterhaltungsmusik und für die sog. mechanischen Rechte besteht; die Vermutung erstreckt sich auch darauf, dass die Werke urheberrechtlich geschützt sind.⁵⁸ Zur Entkräftung der Vermutung wird von der Rechtsprechung⁵⁹ und Teilen der Literatur⁶⁰ entsprechend § 292 der Beweis des Gegenteils verlangt. Aber auch in diesen Fällen handelt es sich nur um eine Beweiswürdigungsregel, so dass die Erschütterung durch einfachen Gegenbeweis genügen muss.⁶¹

15 Eine tatsächliche Vermutung⁶² wird auch für die **Wiederholungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen** oder bei Eigentumsbeeinträchtigungen⁶³ angenommen,⁶⁴ deren Vor-

49 BSG 29.3.1963 – 2 RU 75/61, BSGE 19, 52, 54, das diese Vermutungen auch als natürliche oder unechte Vermutungen bezeichnet; *Prütting* S. 57 f., der eine eigene Figur der „tatsächlichen Vermutungen“ für überflüssig und gefährlich hält.

50 *Allner* S. 73; zu den Einteilungen der Erfahrungssätze in Erfahrungsgesetze, Erfahrungsgrundsätze und einfache Erfahrungssätze vgl. *Hainmüller* Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen Schadensersatzprozeß (1966) 26 ff.; *Prütting* S. 106 ff.

51 So zu Recht *Allner* S. 63, 65.

52 BGH 28.4.1988 – III ZR 57/87, BGHZ 104, 337, 348 = NJW 1988, 1967, 1970; BGH 28.4.1988 – I ZR 86/86, NJW-RR 1988, 1380, 1381; BGH VersR 1957, 429, 430; *Prütting* S. 55; a.A. BGH 1.10.1987 – IX ZR 117/86, NJW 1988, 200, 204; BGH 16.6.1978 – V ZR 136/76, WM 1978, 1049, 1050; *Wassermeyer* Der prima-facie-Beweis (1954) 35.

53 BGH 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364.

54 BGH 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; BGH 12.11.1958 – IV ZR 128/58, MDR 1959, 114, 115.

55 BGH 24.10.2002 – I ZR 104/00, MDR 2003, 649, 650; *Allner* S. 73.

56 Dagegen *Prütting* S. 53 ff.

57 Zum Anwendungsbereich der GEMA-Vermutung siehe die Aufstellung bei *Allner* S. 84 f. m.w.N.

58 BGH 5.6.1985 – I ZR 53/83, BGHZ 95, 274, 276 = NJW 1986, 1244 m.w.N.; BGH 13.6.1985 – I ZR 35/83, BGHZ 95, 285, 288 = NJW 1986, 1247, 1248.

59 BGH 28.10.1987 – I ZR 164/85, GRUR 1988, 373, 375; BGH 13.6.1985 – I ZR 35/83, BGHZ 95, 285, 292 = NJW 1986, 1247, 1249; BGH 5.12.1985 – I ZR 137/83, NJW 1986, 1249, 1250.

60 *Melichar* Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften am Beispiel der VG WORT (1983) 46; vgl. v. Movsessian/*Seifert* Einführung in das Urheberrecht der Musik² (1995) 300 f.

61 *Allner* S. 88 ff.

62 Es handelt sich nicht um eine gesetzliche Vermutung i.S.d. § 292, *Eltzbacher* Die Unterlassungsklage, Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes (1906) 182 Fn. 1; *Gruber* WRP 1991, 368, 375; *Stephan* Die Unterlassungsklage (1908) 131 f.

63 BGH 1.7.2011 – V ZR 154/10, NJW-RR 2011, 1476, 1478; BGH 12.12.2003 – V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036.

64 St. Rspr. BGH 15.9.2003 – II ZR 367/02, NJW 2003, 3702 = GRUR 2004, 263, 264; BGH 30.10.1998 – V ZR 64/98 BGHZ 140, 1, 11 = NJW 1999, 356, 358; RGZ 125, 391, 393; vgl. OLG Köln JMBINRW 1990, 246; siehe

liegen der Beklagte zu widerlegen hat.⁶⁵ Zum Teil wird dies entsprechend § 292 angenommen.⁶⁶ Der Gegner muss nachweisen, dass künftige Verletzungen mit Sicherheit nicht zu erwarten sind. Die bloße Erklärung des Verletzers, er wolle das beanstandete Verhalten einstellen, genügt zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht. Vielmehr ist hierfür grundsätzlich eine durch Strafversprechen gesicherte Unterlassungsverpflichtung notwendig.⁶⁷ Neben einer solchen strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung sind jedoch auch andere Beweismittel zur Widerlegung der Vermutung zulässig.

Außerdem nimmt die Rechtsprechung⁶⁸ eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit von **Privaturkunden** bezüglich der darin enthaltenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen⁶⁹ an, zu deren Entkräftung teils der Beweis des Gegenteils⁷⁰ teils der Gegenbeweis⁷¹ gefordert wird. Diese tatsächliche Vermutung ist von der gesetzlichen Vermutung gemäß § 440 Abs. 2 zu unterscheiden (vgl. Rdn. 25). Bei objektiv fremden oder auch fremden Geschäften vermutet die Rechtsprechung i.d.R. einen ausreichenden Fremdgeschäftsführungswillen. Dagegen besteht keine solche tatsächliche Vermutung bei objektiv eigenen oder neutralen Geschäften.⁷²

6. Fiktionen. Bei den Fiktionen wird vom Gesetz i.d.R. ein Sachverhalt angenommen, der in Wirklichkeit nicht besteht, oder umgekehrt ein in Wirklichkeit bestehender Sachverhalt als nicht bestehend angenommen.⁷³ Dadurch wird es ermöglicht, eine bestimmte Rechtsfolge trotz nicht existierender Voraussetzungen abzuleiten bzw. trotz existierender Voraussetzungen zu verneinen.⁷⁴ Das Gesetz verwendet meist die Formulierung „gilt“, um eine Fiktion auszudrücken, wie z.B. in §§ 108 Abs. 2 Satz 2, 119 Abs. 2, 177 Abs. 2 Satz 2, 812 Abs. 2, 892, 1058,⁷⁵ 1148,⁷⁶ 1923 Abs. 2 BGB, §§ 39, 267, 547, 755 ZPO.

dazu auch *Ritter* Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor und Klageantrag (1994) 120 ff. m.w.N.; Piper/Ohly/Sosnitza/Ohly UWG⁵ (2010) § 8 Rdn. 8.

65 BGH 19.3.1998 – I ZR 264/95, GRUR 1998, 1045; BGH 13.5.1987 – I ZR 79/85, NJW 1987, 3251, 3252; vgl. *Fritzsche* Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (2002) 172; vgl. *Teplitzky* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren¹⁰ (2011) Kap. 6 Rdn. 9 f.; *Hesse* GRUR 1972, 675, 682; *Hirtz* MDR 1988, 182, 185. Zur Wirkung der Unterwerfungserklärung vgl. ausführlich *Ahrens/Achilles* Der Wettbewerbsprozeß⁶ (2009) 158 ff.

66 *Fritzsche* Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (2002) 172; *Hirtz* MDR 1988, 182, 184.

67 BGH 22.4.2009 – I ZR 216/06, NJW 2009, 3511, 3516; BGH 19.3.1998 – I ZR 264/95, GRUR 1998, 1045, 1046; BGH GRUR 1964, 274, 275.

68 BGH 19.2.2004 – III ZR 147/03, MDR 2004, 678; BGH 5.7.2002 – V ZR 143/01, NJW 2002, 3164 f.; BGH 19.3.1980 – VIII ZR 183/79, NJW 1980, 1680, 1681; BGH VersR 1960, 812, 813; vgl. RGZ 88, 370, 372; OLG Celle 8.1.2004 – 11 U 171/03, OLGR 2004, 295, 296; KGR 2004, 79; KG 6.5.1976 – 22 U 1702/75, OLGR 1977, 487, 488.

69 BGH 13.6.2008 – V ZR 114/07, NJW 2008, 2852, 2853: Vermutung gilt nicht für die in der Urkunde erteilten Informationen.

70 BGH 19.3.1980 – VIII ZR 183/79, NJW 1980, 1680, 1681 (voller Beweis); vgl. BGH 23.2.1956 – II ZR 207/54, BGHZ 20, 109, 111 = NJW 1956, 665 (Hauptbeweis); wohl auch KG 6.5.1976 – 22 U 1702/75, OLGR 1977, 487, 488 (Gegenbeweis, der voll geführt werden muss).

71 BGH 18.12.2002 – IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384 f.; BGH 11.11.1977 – V ZR 105/75, MDR 1978, 567; BGH 16.12.1999 – IX ZR 36/98, NJW 2000, 1179, 1181 (zu widerlegen); vgl. dazu *Baumgärtel* Beweislastpraxis (1996) Rdn. 356 m.w.N.; MünchKomm/Schreiber § 416 Rdn. 10; *Elzer* JR 2006, 447, 450.

72 BGH 27.5.2009 – VIII ZR 302/07, NJW 2009, 2590, 2591; BGH 21.10.2003 – X ZR 66/01, NJW-RR 2004, 81, 82 f.

73 Vgl. *Diederichsen* NJW 1965, 671, 673.

74 *Esser* Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen² (1969) 25 sieht gesetzliche Fiktionen als eine besondere Form der Verweisung an; ebenso *Larenz/Canaris* Methodenlehre³ (1995) 83 f.

75 *Staudinger/Frank* BGB (2009) § 1058 Rdn. 4; MünchKommBGB⁵/*Pohlmann* (2009) § 1058 Rdn. 4; **a.A.** *Erman/Michalski* BGB¹³ (2011) § 1058 Rdn. 1 (unwiderlegbare Vermutung).

76 RGZ 94, 55, 57 (unwiderlegbare Fiktion); MünchKommBGB⁵/*Eickmann* (2009) § 1148 Rdn. 3;

Bamberger/Roth/Rohe BGB (1.5.2012) § 1148 Rdn. 1; *Palandt/Bassenge* BGB⁷¹ (2012) § 1148 Rdn. 1.

- 18 Bei der Fiktion handelt es sich um **keine Beweislastregel**. Deshalb kann diese im Gegensatz zu den widerlegbaren Vermutungen nicht durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden.⁷⁷ Vielmehr ist der Richter bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen an das Gesetz gebunden. Ihm wird die Entscheidung abgenommen.⁷⁸ Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen müssen jedoch vom Begünstigten behauptet und bewiesen werden.

V. Vermutungen im Einzelnen

- 19 Es gibt gesetzliche Vermutungen sowohl im **prozessualen** als auch im **materiellen Recht**.

1. Widerlegbare Vermutungen

- 20 **a) Im materiellen Recht.** Widerlegbare gesetzliche Tatsachenvermutungen sind in § 476 BGB (Vermutung der Mangelhaftigkeit bereits bei Gefahrübergang im Verbrauchsgüterkauf),⁷⁹ § 558 d Abs. 3 BGB,⁸⁰ § 938 BGB (Vermutung des Eigenbesitzes), § 1117 Abs. 3 BGB (Vermutung der Briefübergabe), § 1253 Abs. 2 BGB (Vermutung für Rückgabe des Pfandes), § 1377 Abs. 1 und 3 BGB (Vermutung der Richtigkeit des Verzeichnisses bzw. des Zugewinns), § 1610 a BGB (Deckungsvermutung),⁸¹ § 2009 BGB (Vermutung für Richtigkeit des Inventars) enthalten.
- 21 **Gesetzliche Rechtsvermutungen** sind in § 891 BGB (Vermutung für das Bestehen der im Grundbuch eingetragenen Rechte),⁸² § 921 BGB (Vermutung für gemeinschaftliche Benutzung von Grenzanlagen), § 938 BGB (Vermutung für Eigenbesitz), § 1006 BGB (Eigentumsvermutung),⁸³ § 1138 BGB (Vermutung für Bestehen der Forderung),⁸⁴ § 1362 BGB (Eigentumsvermutung), § 1964 Abs. 2 BGB (Erbvermutung für den Fiskus), § 2255 Satz 2 BGB (Vermutung der Testamentsaufhebung),⁸⁵ § 2365 BGB (Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins),⁸⁶ § 2368 Abs. 3 BGB (Vermutung der Richtigkeit des Testamentsvollstreckerverzeichnisses)⁸⁷ enthalten.

77 Vgl. *Donau ZJP* 67 (1954) 451, 453; *Schwab ZJP* 68 (1955) 121, 127.

78 *Diederichsen NJW* 1965, 671, 672.

79 Vgl. dazu BGH 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2622; BGH 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492; BGH 2.6.2004 – VIII ZR 329/03, BGHZ 159, 215, 218 = NJW 2004, 2299, 2300; LG Aurich 24.2.2004 – 3 O 256/03, ZGS 2005, 40, das im konkreten Fall die Vermutungswirkung abgelehnt hat, mit zutreffender abl. Anm. *Westphalen ZGS* 2005, 101, 102.

80 OVG Münster 22.8.2006 – 14 A 428/04, NVwZ-RR 2007, 78 (qualifizierter Mietspiegel); LG Berlin GE 2003, 1082 (Vermutungswirkung des Mietspiegels, nicht aber der Mietspiegel-Orientierungshilfe).

81 Vgl. dazu *Drerup NJW* 1991, 683f.; *Kalthoener NJW* 1991, 1037; *Diederichsen FS Gernhuber* (1993) 597.

82 Vgl. dazu *Medicus FS Baur* (1981) 63, 71ff.

83 BGH 20.9.2004 – II ZR 318/02, NJW-RR 2005, 280, 281; vgl. *Medicus FS Baur* (1981) 63, 74ff.

84 RGZ 49, 6, 8f.; RG JW 1922, 490f.; aber gesetzliche Fiktion in Bezug auf §§ 892, 893, *Zöller/Greger Rdn.* 1.

85 *Musielak S.* 74f. zählt § 2255 S. 2 nicht zu den gesetzlichen Vermutungen, sondern zu den eingliedrigen Beweislastnormen; *Rosenberg S.* 206 sieht darin eine Scheinvermutung.

86 Vgl. dazu AG Charlottenburg WuM 2003, 86, 87.

87 RGZ 92, 68, 71f.

Weitere gesetzliche Vermutungen finden sich in bürgerlichrechtlichen Nebengesetzen, wie z.B. in §§ 15 Abs. 2, 28 Abs. 2, 31 Abs. 2 BEG,⁸⁸ §§ 9 Abs. 1,⁸⁹ 10, 11, 44 Abs. 2 Satz 1 VerschollenheitsG (Vermutungen für Leben und Tod der Menschen).⁹⁰

Gesetzliche Vermutungen sind außerdem enthalten in § 120 BundesbergG (Bergschadensvermutung),⁹¹ Art. 25 § 2, Art. 28 § 1, Art. 29 § 1 CIM99, Art. 36 § 2, Art. 37 § 1 CIV, Art. 9 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2, Art. 30 Abs. 1 CMR,⁹² § 34 GenTG,⁹³ §§ 19 Abs. 3, 20 Abs. 2 GWB,⁹⁴ § 48b Abs. 1 Satz 2 LuftVG, § 46 Abs. 2a SGB VI (Vermutung der Versorgungsehe),⁹⁵ §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 7 UmwelthaftG (Ursachenvermutung),⁹⁶ § 10 UrhG (Vermutung der Urheberschaft), § 3 Abs. 1 Satz 6 VermG (Vermutung der Anschaffung von Gegenständen des Unternehmens mit Unternehmensmitteln),⁹⁷ § 178 Abs. 2 Satz 2 VVG (Vermutung der unfreiwilligen Gesundheitsbeschädigung).

Liegen die vom Arbeitgeber zu behauptenden und gegebenenfalls zu beweisenden Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vor, wird die Betriebsbedingtheit der Kündigung gesetzlich vermutet.⁹⁸ Gleiches gilt für §§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 128 Abs. 2 InsO.⁹⁹

Soweit **Landesrecht**¹⁰⁰ oder **ausländisches Recht**¹⁰¹ zur Anwendung kommen, gelten auch die dort bestehenden Vermutungen. Die Vermutungen sind nach dem Recht zu beurteilen, das für das in Betracht kommende Rechtsverhältnis maßgebend ist.¹⁰²

b) Im Prozessrecht. In §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 2¹⁰³ sind gesetzliche Vermutungen für die Echtheit von Urkunden geregelt, vgl. auch §§ 14, § 81 Abs. 3 InsO. Auch § 13c UrhWahrnG¹⁰⁴ (Vermutung für die Wahrnehmungsbefugnis) ist dem Prozessrecht zuzurechnen.¹⁰⁵

2. Unwiderlegbare Vermutungen

a) Im materiellen Recht. Der allgemein anerkannte Grundsatz für das Recht des eingetragenen Vereins wie für das Recht anderer körperschaftlich organisierter Verbän-

⁸⁸ BGH 12.11.1958 – IV ZR 128/58, MDR 1959, 114.

⁸⁹ BGH 22.10.1958 – IV ZR 134/58, MDR 1959, 29, 30; OLG Neustadt 30.11.1951 – 3 W 100/51, NJW 1952, 940.

⁹⁰ AG Hameln 8.9.2005 – 31 F 357/04 S, 31 F 357/04, NJW 2006, 1441 f. zu § 10 VerschG.

⁹¹ Nölscher NJW 1981, 2039 ff., der allerdings, obwohl es sich eindeutig um eine gesetzliche Vermutung i.S.d. § 292 handelt, fälschlich zum einen von einem Anscheinsbeweis (widerlegbarer Beweis des ersten Anscheins), zum anderen von einer gesetzlichen Fiktion spricht.

⁹² BGBl 1961 II S. 1119; BGBl 1962 II S. 12; BGBl 1980 II S. 733, 1443.

⁹³ Vgl. dazu Stecher Die Ursachenvermutungen des Umwelthaftungs- und des Gentechnikgesetzes (1995) 103 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu Ittner Die Vermutungen des GWB (1998) 254 ff. (zu §§ 22 Abs. 3, 26 Abs. 2 GWB a.F.); Prütting FS Vieregge (1995) 733, 734 f., 737 (zu §§ 22 Abs. 3, 26 Abs. 2 GWB a.F.).

⁹⁵ LSG Schleswig 7.12.2006 – L 1 R 99/06, NZS 2007, 321, 322; vgl. SG Dortmund 12.10.2005 – S 34 RJ 219/04; Kreikebohm/Löns SGB VI³ (2008) § 46 Rdn. 27 f.

⁹⁶ Vgl. dazu Stecher Die Ursachenvermutungen des Umwelthaftungs- und des Gentechnikgesetzes (1995) 103 ff.; Hager NJW 1991, 134, 137.

⁹⁷ VG Gera 11.10.2005 – 3 K 791/02 GE.

⁹⁸ BAG 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, BAGE 88, 363, 368 f. = NJW 1998, 3586, 3587; ArbG Siegburg MDR 1997, 1038.

⁹⁹ LAGR Hamm 2005, 308, 310.

¹⁰⁰ RG JW 1901, 663; RGZ 160, 285; vgl. dazu Hedemann S. 346 ff.

¹⁰¹ OLG Dresden SeuffArch 66 Nr. 33; Hedemann S. 344 f.

¹⁰² OLG Dresden SeuffArch 66 Nr. 33.

¹⁰³ BGH 16.12.1999 – IX ZR 36/98, NJW 2000, 1179, 1181; BGH 13.4.1988 – VIII ZR 274/87, BGHZ 104, 172, 176 f. = NJW 1988, 2741; OLG Köln 17.1.1996 – 11 W 86/95, WuM 1996, 266; LAGR Berlin 2003, 297, 298.

¹⁰⁴ BGH 31.1.1991 – I ZR 101/89, NJW 1991, 2025 f.

¹⁰⁵ BGH 29.6.1989 – I ZR 179/87, NJW 1990, 451, 452.

de des Privatrechts, dass Personen, die als Vorstand im Vereinsregister eingetragen sind, in jedem Fall als zur Einberufung der Mitgliederversammlung befugt gelten,¹⁰⁶ auch wenn die Unrichtigkeit der Eintragung feststeht,¹⁰⁷ stellt eine **unwiderlegbare Vermutung** dar.

Auch die in § 1566 Abs. 1 und 2 BGB enthaltene Vermutung des Scheiterns der Ehe ist unwiderlegbar,¹⁰⁸ ebenso die Vermutung der Angemessenheit in § 39 a Abs. 3 WpÜG.¹⁰⁹

- 27 **b) Im Prozessrecht.** Unwiderlegbare Vermutungen enthalten §§ 267, 739. Ist eine erforderliche Rechtsmittelbelehrung unterblieben, nimmt die Rechtsprechung eine unwiderlegbare Vermutung für das fehlende Verschulden an der Versäumung der Rechtsmittelfrist an, wenn der Belehrungsmangel für die Versäumung ursächlich war.¹¹⁰

VI. Wirkung der Vermutung

- 28 Die Vermutung ersetzt das Urteil des Richters bezüglich der vermuteten Tatsache kraft Gesetzes. Der Richter wird angewiesen, so zu entscheiden, als ob das Tatbestandsmerkmal vorliegt, obwohl die zugrunde liegende Tatsache nicht bewiesen ist.¹¹¹ Eine Beweiserhebung ist nicht erforderlich. Dies gilt unabhängig von dem Grad der Wahrscheinlichkeit, die im konkreten Fall für die vermutete Tatsache besteht.¹¹² Wie weit die Vermutung reicht, ergibt sich aus dem Gesetz.¹¹³

- 29 Die vermutete Tatsache selbst muss nicht behauptet werden.¹¹⁴ Dies gilt auch für die den Rechtsvermutungen zugrunde liegenden Tatsachen.¹¹⁵

Allerdings müssen die Tatbestandsvoraussetzungen für die gesetzliche Vermutung (Vermutungsbasis)¹¹⁶ von der durch sie begünstigten Partei behauptet¹¹⁷ und gegebenenfalls bewiesen werden. Damit verschiebt sich das Beweisthema.¹¹⁸ Insoweit kann der Gegner durch einen einfachen Gegenbeweis die Vermutungsbasis zu Fall bringen¹¹⁹ und damit die gesetzliche Vermutung beseitigen.¹²⁰

106 BayObLG 17.1.1985 – BReg 2 Z 74/84, BayObLGZ 1985, 24, 26; BayObLG 20.10.1972 – BReg. 2 Z 31/72, BayObLGZ 1972, 329, 330; KG 6.12.1977 – 1 W 2603/77, OLGZ 1978, 272, 274; KG 13.7.1971 – 1 W 1305/71, OLGZ 1971, 480, 481.

107 BayObLG 17.1.1985 – BReg 2 Z 74/84, BayObLGZ 1985, 24, 27.

108 OLG Frankfurt 9.12.2008 – WpÜG 2/08, NJW 2009, 375, 377; OLG Brandenburg 6.1.2000 – 9 UF 251/99, FamRZ 2000, 1417; zu § 1566 Abs. 1 und 2 BGB vgl. *Habscheid* FS Bosch (1976) 355, 366 ff.

109 BT-Drucks. 16/1003, 22; zweifelnd OLG Frankfurt 9.12.2008 – WpÜG 2/08, NJW 2009, 375, 377.

110 BGH 26.3.2009 – V ZB 174/08, NJW-RR 2009, 890, 891.

111 *Prütting* S. 50; vgl. auch *Leipold* S. 93.

112 BGH 12.11.1958 – IV ZR 128/58, MDR 1959, 114.

113 RG JW 1901, 663; vgl. dazu *Hedemann* S. 314 f.

114 BGH 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; BGH 4.2.2002 – II ZR 37/00, NJW 2002, 2101, 2102; *Baumgärtel* Beweislastpraxis (1996) Rdn. 32; *Leipold* S. 89; *Prütting* S. 46; *Rosenberg* S. 218; *Stecher* Die Ursachenvermutungen des Umwelthaftungs- und des Gentechnikgesetzes (1995) 94; a.A. *Hedemann* S. 283 ff.; *Musielak* S. 55; *Musielak* JA 2010, 561, 564 f.

115 *Hedemann* S. 287 f. (aber das Recht selbst als Surrogat des detaillierten tatsächlichen Behauptens; dagegen *Leipold* S. 98 f.).

116 Vgl. *Holzhammer* FS Kralik (1986) 205 ff.

117 BGH 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364, dazu *Musielak* JA 2010, 561, 564 ff.

118 Vgl. BGH 24.1.1951 – II ZR 23/50, NJW 1951, 397, 398; *Guggenbühl* S. 73.

119 *Donau* ZZP 67 (1954) 451, 452.

120 *Rosenberg* S. 222.

VII. Der Beweis des Gegenteils

Eine gesetzliche Vermutung kann nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt 30 werden.¹²¹ Dieser bezieht sich auf die Widerlegung der vermuteten Tatsachen selbst. Er ist erst dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache durch substantiierte Tatsachen vorgetragen und voll bewiesen ist.¹²² Der Richter muss von der Unrichtigkeit der Vermutung überzeugt sein.¹²³ Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 286.¹²⁴ An diesen Beweis sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an den Beweis einer sonstigen Tatsache.¹²⁵ Er kann jedoch auch wie jeder andere Beweis auf Grund von Indizien geführt werden.¹²⁶

Unproblematisch ist der Inhalt des Beweises des Gegenteils, wenn es sich um eine 31 **Tatsachenvermutung** handelt. Dagegen besteht bei den **Rechtsvermutungen** ein Spannungsverhältnis zwischen deren Inhalt und dem möglichen Thema des Beweises des Gegenteils.¹²⁷ So trägt z.B. der Vermutungsbegünstigte bei § 1006 BGB lediglich die Behauptungslast für den Eigenbesitz,¹²⁸ nicht aber für den Erwerbstatbestand,¹²⁹ so dass der Beweis des Gegenteils der Erwerbsvermutung¹³⁰ kaum möglich wäre, wenn sich der Begünstigte nicht zum Besitzerwerb äußert.¹³¹ Als Lösungsmöglichkeit wird vorgeschlagen, dass der Begünstigte, wenn der Gegner den vermuteten Rechtserwerb in allgemeiner Form leugnet, auf Grund seiner sekundären Beweislast die konkreten Erwerbstatsachen anführen müsse, soweit er sie kennt (§ 138 Abs. 4).¹³² Zum Teil wird eine Auskunftspflicht des Besitzers angenommen, wie er den Eigenbesitz erworben habe.¹³³ Nach Ansicht der Rechtsprechung verletzt das Gericht jedenfalls § 286, wenn es bei der Beweiswürdigung für die Widerlegung einer Eigentumsvermutung aus § 1006 BGB diese als nicht widerlegt behandelt, weil es einen Sachverhalt als möglich ansieht, den keine Partei behauptet und der sich auch nicht auf Grund allgemeiner Erfahrungen aufdrängt.¹³⁴ Zur Widerlegung der Vermutung des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB braucht der nicht schuldende Ehegatte lediglich seinen Eigentumserwerb, nicht jedoch den Fortbestand seines Eigentums zu beweisen.¹³⁵

121 BGH 4.2.2002 – II ZR 37/00, NJW 2002, 2101, 2102.

122 BAG 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, BAGE 88, 363, 369 = NJW 1998, 3586, 3587 f. (Umkehr der Beweislast und der Darlegungslast) vgl. aber *Hiendl* NJW 1963, 1662, der die Angabe neuer Tatsachen nicht für erforderlich hält; *Westphalen* ZGS 2005, 101, 102 und 210, 213.

123 BGH 16.11.1979 – V ZR 93/77, NJW 1980, 1047, 1048; *Guggenbühl* S. 144; vgl. auch BVerwG 24.8.1998 – 8 C 65/89, BVerwGE 85, 314, 321.

124 BGH 22.10.1958 – IV ZR 134/58, MDR 1959, 29, 30; RGZ 49, 6, 9.

125 BGH 12.11.1958 – IV ZR 128/58, MDR 1959, 114.

126 BGH 22.10.1958 – IV ZR 134/58, MDR 1959, 29, 30; *Rosenberg* S. 233.

127 *Medicus* FS Baur (1981) 63 ff.

128 Wobei die Rspr. bei Nachweis des Besitzes von einer tatsächlichen Vermutung des Eigenbesitzes ausgeht, vgl. BGH 7.10.1970 – VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319, 324 f. = NJW 1970, 2212, 2213.

129 BGH 4.2.2002 – II ZR 37/00, NJW 2002, 2101, 2102; BGH 29.1.1951 – IV ZR 156/50, LM Nr. 1 zu § 985 BGB; *Werner* JA 1983, 617, 620.

130 Bei §§ 1006, 891 BGB handelt es sich um eine Erwerbsvermutung (BGH 25.1.1984 – VIII ZR 270/82, NJW 1984, 1456, 1457) so dass lediglich der Erwerb des Rechts mit der Eintragung bzw. des Eigentums mit dem Besitzerwerb vermutet wird, *Medicus* FS Baur (1981) 63, 65 f., 81 f.; *Werner* JA 1983, 617, 620 f., der auch auf die Bestandsvermutung hinweist, ebenso *Wolf* JuS 1985, 941, 943.

131 *Medicus* FS Baur (1981) 63, 67; *Werner* JA 1983, 617, 620.

132 *Leipold* S. 97 f.; *Diederichsen* FS Gernhuber (1993) 597, 608; *Musielak* S. 82; *Wolf* JuS 1985, 941, 944; dazu *Medicus* FS Baur (1981) 63, 77 f.

133 *Medicus* FS Baur (1981) 63, 78 ff.; dagegen *Werner* JA 1983, 617, 622.

134 BGH 19.1.1977 – VIII ZR 42/75, LM Nr. 16 zu § 1006 BGB = JR 1978, 18 mit zust. Anm. *Baumgärtel/Wittmann*; vgl. aber KG 3.3.1978 – 3 U 2520/77, JR 1978, 378 f. mit abweichender Begründung; dazu *Medicus* FS Baur (1981) 63, 70 f.; vgl. auch *Rosenberg* S. 233 f. zu § 891 BGB.

135 BGH 26.11.1975 – VIII ZR 112/74, NJW 1976, 238, 239.

- 32 Der Beweis des Gegenteils ist **Hauptbeweis**.¹³⁶ Dieser ist zu **unterscheiden vom Gegenbeweis**, der lediglich die Überzeugung des Gerichts wieder erschüttern muss. Anders als beim Gegenbeweis (§ 445 Abs. 2) ist beim Beweis des Gegenteils jedes Beweismittel,¹³⁷ auch die Parteivernehmung zulässig.¹³⁸ Letzteres stellt § 292 Satz 2 ausdrücklich klar. Das Gericht kann gegebenenfalls auch eine Parteivernehmung von Amts wegen anordnen (§ 448).
- 33 Zur Beweiserhebung kommt es jedoch nur, wenn die erheblichen gegen die Vermutung vorgebrachten Tatsachen bestritten werden. Der Beweis muss von demjenigen geführt werden, gegen den die Vermutung spricht.¹³⁹ Zu dessen Lasten geht es dann auch, wenn das Gegenteil nicht bewiesen werden kann.¹⁴⁰ Ein Anscheinsbeweis reicht nicht aus.¹⁴¹ Gesteht jedoch derjenige, zu dessen Gunsten die Vermutung spricht, das Gegenteil zu (§ 288), dann bedarf es keines Beweises.¹⁴²
- 34 **Nicht** möglich ist der Beweis des Gegenteils bei **unwiderlegbaren Vermutungen**.
- 35 Eine **ärztliche Bescheinigung** begründet **keine gesetzliche Vermutung i.S.d. § 292** für die in der Bescheinigung bestätigte Erkrankung, so dass ein **Gegenbeweis** zur Erschütterung des Hauptbeweises ausreicht.¹⁴³
- 36 In den summarischen Verfahren genügt zur Beweisführung die **Glaubhaftmachung** (§ 294). Dies bedeutet für gesetzliche Vermutungen, dass die Vermutungsbasis vom Antragsteller lediglich glaubhaft gemacht werden muss. Dementsprechend genügt die Glaubhaftmachung des Gegenteils zur Erschütterung der Vermutung. Ist dagegen die Vermutungsgrundlage bewiesen oder unstreitig, genügt bloße Glaubhaftmachung des Gegenteils nicht.¹⁴⁴

§ 292a weggefallen

§ 293 Fremdes Recht; Gewohnheitsrecht; Statuten

Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Schrifttum

Arens Prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess, FS Zajtay (1982) 7 ff.; Artz Kollisionsrecht und ausländisches Recht in spanischen und deutschen Zivilverfah-

136 *Hiendl* NJW 1963, 1662; *Westphalen* ZGS 2005, 210, 213; vgl. dazu *Musielak* S. 66 f.

137 RGZ 49, 6, 9.

138 BGH 13.4.1988 – VIII ZR 274/87, BGHZ 104, 172, 177 = NJW 1988, 2741.

139 RGZ 99, 152, 153; zu den Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung vgl. RGZ 114, 73, 75 f.

140 Vgl. BGH 12.11.1958, IV ZR 128/58 MDR 1959, 114 f.

141 BAG 7.5.1998 – 2 AZR 536/97, BAGE 88, 363, 368 f. = NJW 1998, 3586, 3587; BGH 12.11.1958 – IV ZR 128/58, MDR 1959, 114, 115.

142 RGZ 49, 6, 9.

143 BAG 11.8.1976 – 5 AZR 422/75, BAGE 28, 144, 147 = NJW 1977, 350.

144 So *Donau* ZZZ 67 (1954) 451, 456 ff.

ren, 2004; *Brauksiepe* Die Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozess, Diss. Bonn 1965; *Broggini* Die Maxime „iura novit curia“ und das ausländische Recht, AcP 155 (1956) 469 ff.; *Caduff* Die Feststellung des anwendbaren Rechts im Prozess (Art. 16 IPRG): Ein Leitfaden für die Abwicklung von Verfahren mit internationalen Sachverhalten, 2000; *Dethloff* Ausländisches Wettbewerbsrecht im einstweiligen Rechtsschutz, *RabelsZ* 62 (1998) 286 ff.; *Dölle* Über die Anwendung ausländischen Rechts, GRUR 1957, 56 ff.; *Dölle* Bemerkungen zu § 293 ZPO, FS Nikisch (1958) 185 ff.; *Dölle* De l'application du droit étranger par le juge interne, Rev. crit. 1955, 233 ff.; *Drobnig* The use of foreign law by German Courts, in: Jayme (Hrsg.), German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law, 1994, S. 5 ff.; *Fastrich* Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts, ZVP 97 (1984) 423 ff.; *Ferid* Überlegungen, wie der Misere bei der Behandlung von Auslandsrechtsfällen in der deutschen Rechtspraxis abgeholfen werden kann, FS O. Möhring (1973) 1 ff.; *Feurer* Statuta novit curia? Zur Auslegung der „Statuten“ in § 293 ZPO, ZVP 123 (2010) 427 ff.; *Flessner* Diskriminierung von grenzübergreifenden Rechtsverhältnissen im europäischen Zivilprozess, ZeuP 14 (2006) 737 ff.; *Flessner* Das ausländische Recht im Zivilprozess – die europäischen Anforderungen, in: Reichelt (Hrsg.), 30 Jahre IPR-Gesetz, 2009, S. 35 ff.; *Fuchs* Die Ermittlung ausländischen Rechts durch Sachverständige, RIW 1995, 807 ff.; *Geisler* Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“ im Prozess, ZVP 91 (1978) 176 ff.; *Gruber* Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte, ZRP 1992, 6 ff.; *Hau* Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822 ff.; *Heldrich* Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts in der gerichtlichen Praxis, FS Nakamura 1996) 243 ff.; *Heldrich* Heimwärtsstreben auf neuen Wegen, Zur Anwendung der lex fori bei Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts, FS Ferid (1978) 209 ff.; *Hetger* Die Ermittlung ausländischen Rechts, FamRZ 1995, 654 f.; *Hök* Zur Mitwirkungspflicht der Prozessparteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, JurBüro 1987, 1760 ff.; *Huzel* Zur Zulässigkeit eines „Auflagenbeschlusses“ im Rahmen des § 293 ZPO; IPRax 1990, 77 ff.; *Jansen/Michaels* Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZVP 116 (2003) 3 ff.; *Jastrow* Zur Ermittlung ausländischen Rechts: Was leistet das Londoner Auskunftsübereinkommen in der Praxis?, IPRax 2004, 402 ff.; *Jayme* Die Expertise über fremdes Recht, in: Nicklich (Hrsg.), Der Experte im Verfahren, 2005, S. 109 ff.; *Jessurun d'Oliveira* Foreign Law in summary proceedings, FS Voskuil (1992) 119 ff.; *Kawano* Court Responsibilities for Determining Foreign Law, in: Stürner/Kawano (Hrsg.), International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes, 2011, S. 221 ff.; *Kegel* Die Ermittlung ausländischen Rechts, in: Müller (Hrsg.), Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 157 ff.; *Kegel* Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Rechts, FS Nipperdey (1965) Bd. I, S. 453 ff.; *Kindl* Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, ZVP 111 (1998) 177 ff.; *Koehler* Die Feststellung ausländischen Rechts im Prozess, JR 1951, 549 ff.; *Kötz* Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht, *RabelsZ* 34 (1970) 663 ff.; *Kralik* Iura novit curia und das ausländische Recht, ZFRV 3 (1962) 75 ff.; *Krause* Ausländisches Recht und deutscher Zivilprozess, Diss. Konstanz 1990; *Kreutzer* Einheitsrecht als Ersatzrecht, NJW 1983, 1943 ff.; *Kröger* Zur Ermittlung ausländischen Rechts in Deutschland: Ein Bericht aus der Praxis, FS Nomer (2003) 357 ff.; *Küppers* Zum Nachweis ausländischen Rechts im Versäumnisverfahren, NJW 1976, 489 ff.; *Küster* Die Ermittlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozess und ihre Kostenfolgen, Diss. Hannover 1995; *Küster* Zur richterlichen Ermessensausübung bei der Ermittlung ausländischen Rechts, RIW 1998, 275 ff.; *Langenbeck* Beiträge zur Lehre vom Beweise fremder Rechte vor inländischen Gerichten, AcP 41 (1858) 160 ff.; *Lindacher* Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, FS Schumann (2001) 283 ff.; *Lindacher* Zur Anwendung ausländischen Rechts, FS Beys (2003) 909 ff.; *Luther* Kollisions- und Fremdrechtsanwendung in der Gerichtspraxis, *RabelsZ* 37 (1973) 660 ff.; *Mankowski* Privatgutachten über ausländisches Recht – Erstattungsfähigkeit der Kosten, MDR 2001, 194 ff.; *Mankowski/Kerfack* Arrest, einstweilige Verfügung und die Anwendung ausländischen Rechts, IPRax 1990, S. 372 ff.; *Matsumoto* Folgen der Nichtfeststellbarkeit ausländischen Rechts im japanischen Zivilprozess, GS Arens (1993) 207 ff.; *Meier* Iura novit curia, Diss. Zürich 1975; *Mittermaier* Über den Beweis ausländischer Gesetze in Rechtsstreitigkeiten, AcP 18 (1835) 67 ff.; *Müller* Zur Nichtfeststellbarkeit des kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Rechts, NJW 1981, 481 ff.; *Otto* Die gerichtliche Praxis und ihre Erfahrungen mit dem Europäischen Übereinkommen vom 7.6.1968 betr. Auskünfte über ausländisches Recht, FS Firsching (1985) 209 ff.; *Otto* Das Europäische Übereinkommen vom 7.6.1968 betreffend die Auskünfte über ausländischen Recht in der deutsch-italienischen Rechtspraxis, *Jahrbücher für Italienisches Recht*, Bd. 4 (1991) 139 ff.; *Otto* Das Europäische Übereinkommen vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht – im Abseits?, *Jahrbücher für Italienisches Recht*, Bd. 7 (1994) 231 ff.; *Otto* Die Schwierigkeiten der Anwendung ausländischen Rechts – Besonderheiten des italienischen und französischen Kindschaftsrechts, StAZ 1994, 178 ff.; *Otto* Der ver-

unglückte § 293 ZPO und die Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweiserhebung“, IP^{Rax} 1995, 299 ff.; *Otto* Missstände in der deutsch-italienischen Praxis des Europäischen Übereinkommens vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, Jahrbücher für Italienisches Recht Bd. 8 (1995) 229 f.; *Pfeiffer* Methoden der Ermittlung ausländischen Rechts, FS Leipold (2009) 283 ff.; *Picone* Die „Anwendung“ einer ausländischen „Rechtsordnung“ im Forumstaat: ... *perseverare est diabolicum!* FS Siehr (2000) 569 ff.; *Remien* Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten, FS 75 Jahre Max Planck Institut für Privatrecht (2001) 617 ff.; *Reu* Anwendung fremden Rechts, 1938; *Rodger/van Doorn* Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention, ILCQ 46 (1997) 151 ff.; *Rogoz* Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess, 2008; *Sangiovanni* La conoscenza, l'interpretazione e l'applicazione della legge straniera da parte del giudice civile tedesco, Riv. 35 (1999) 913 ff.; *Schack* Subrogation und Prozesstandschaft, Ermittlung ausländischen Rechts im einstweiligen Verfügungsverfahren, IP^{Rax} 1995, 158 ff.; *Schall* Deutsches Case Law? – zur Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO, Z^{PP} 122 (2009) 293 ff.; *Schellak* Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen, 1998; *Schilken* Zur Rechtsnatur der Ermittlung ausländischen Rechts nach § 293 ZPO, FS Schumann (2001) 373 ff.; *Schnyder* Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich, 1981; *Schütze* Ausländisches Recht als beweisbedürftige Tatsache, NJW 1965, 1652 f.; *Schütze* EG-Recht im deutschen Zivilprozess, EWS 1990, 49 ff.; *Schütze* Feststellung und Revisibilität europäischen Rechts im deutschen Zivilprozess, GS Baur (1992) 93 ff.; *Schwartz* Die Ermittlung und Anwendung des Vertragsrechtes anderer EU-Staaten im deutschen Zivilprozess nach § 293 ZPO – ein besonderer Fall, FS Fenge (1997) 127 ff.; *Schwung* Das Ersatzrecht bei einem Verstoss des ausländischen Rechts gegen den ordre public, RabelsZ 49 (1985) 407 ff.; *Sommerlad* Grundsätze für die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess, RIW 1991, 856 ff.; *Sommerlad/Schrey* Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377 ff.; *Spickhoff* Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage, Z^{PP} 112 (1999) 265 ff.; *Spickhoff* Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts, FS Heldrich (2005) 419 ff.; *Theiss* Die Behandlung fremden Rechts im deutschen und italienischen Zivilprozess, 1990; *Trautmann* Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten, ZeuP 14 (2006) 283 ff.; *Troller* Prozessrechtliche Überlegungen zu Anwendung fremden Rechts, FS Wengler (1973) 839 ff.; *Vrellis* Überlegungen betreffend die Auslegung fremder Rechtsnormen, FS Siehr, 2000, S. 829 ff.; *Wagner* Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie, ZeuP 1999, 6 ff.; *Wengler* Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmten ausländischen Recht, JR 1983, 221 ff.; *Wolf* Das europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, NJW 1975, 1583 ff.; *Wollny* Auskünfte über ausländisches Recht, StAZ 1984, 479 f.; *Zajtay* Grundfragen der Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozess, Z^{FRV} 1971, 271 ff.

Belgien: *Krings* L'interprétation de la loi étrangère par le juge du for et le contrôle de cette interprétation par la Cour de cassation – Quelques brèves considérations, FS Baumgärtel (1990) 267 ff.

Brasilien: *Barbosa Moreira* Le juge brésilien et le droit étranger, FS Nagel (1987) 14 ff.

England: *Andrews* English Court Proceedings: Proof of Foreign Law, in: Stürner/Kawano (Hrsg.), International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes, 2011, S. 243 ff.; *Cohn* Neue Regeln zum Beweis ausländischen Rechts im englischen Zivilprozess, RabelsZ 38 (1974) 155 ff.; *Fentiman* Foreign Law in English Courts, Law Quarterly Review 108 (1992) 142 ff.; *Fentiman* Foreign Law in English Courts, 1998; *Geeroms* Foreign Law in Civil Litigation, 2004; *Schmitthoff* Länderbericht England, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 88 ff.; *Rodger/van Doorn* Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention ICLQ 46 (1997) 151 ff.; *Rogoz* Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess, 2008; *Trautmann* Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten, ZeuP 2006, 283 ff.; *Webb/Auburn* La „présomption“ d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve, Journal Clunet 105 (1978), 272 ff.

Frankreich: *Ancel* Le juge français et la mise en oeuvre du droit étranger, Rapport de la Cour de cassation 1997, 1998, S. 33 ff.; *Bolard* Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français, Mélanges Ponsard, 2003, S. 106 ff.; *Bolze* L'application de la loi étrangère par le juge français: le point de vue d'un processualiste, D. 2001, 1818 ff.; *Bureau* L'application d'office de la loi étrangère, Journal Clunet 117 (1990), 317 ff.; *Ferrand* Die Behandlung ausländischen Rechts durch die französische Cour de Cassation, ZeuP 1994, 126 ff.; *Ferrand* Court's Responsibilities for Determining Foreign Law: The French Perspective, in: Stürner/Kawano (Hrsg.), International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Trans-

national Disputes, 2011, S. 231 ff.; *Gaudemet-Tallon* E Point sur l'Evolution de la Condition du Droit étranger en Droit international privé français, FS Kerameus (2009) 359 ff.; *Louis-Lucas* Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?, Rev. crit. 1959, 405 ff.; *Mayer* Les procédés de preuve de la loi étrangère, Mélanges Ghestin (2001) 217 ff.; *Mégnin* Zu einer systematischen Anwendung fremden Rechts durch den französischen Richter, IPRax 2005, 459 ff.; *Nicod* Un droit venu d'ailleurs: la loi étrangère désignée par la règle de conflit, Mélanges Jestaz (2006) 417 ff.; *Ponsard* L'office du juge et l'application du droit étrangère, Rev. crit. 1990, 607 ff.; *Zajtay* Länderbericht Frankreich in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 15 ff.

Italien: *Cappelletti* „Iura novit curia“ e impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle normendi diritto internazionale provato, Giur.It. 1966 I, 1403 ff.; *Cappelletti* Mandatory Ex-Officio Application of Foreign Law: The Comparative Method as an Answer in Cases where the Foreign Law cannot be ascertained, CILSA 3 (1970) 49 ff.; *Cappelletti* Länderbericht Italien, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 28 ff.; *Franchi* Alla ricerca del diritto ignoto, Giur.It. 1979 I 1, 333 ff.; *Picone* La prova del diritto straniero nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato, FS Jayme (2004) 691 ff.; *Pocar* Sulle conseguenze della mancata conoscenza del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto, FS Broggin (1997) 413 ff.; *Sangiovanni* Die neue italienische Rechtsprechung zur Ermittlung des ausländischen Rechts, IPRax 2006, 513 ff.; *Theiss* Die Behandlung fremden Rechts im deutschen und italienischen Zivilprozess, 1990.

Japan: *Matsumoto* Folgen der Nichtfeststellbarkeit ausländischen Rechts im japanischen Zivilprozess, GS Arens (1993) 297 ff.; *Matsumoto* Einige prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im japanischen Zivilprozess, Recht in Japan, 1993/3, 27 ff.; *Petersen* Das internationale Zivilprozessrecht Japans, 2003, S. 425 ff.; *Prütting* Ermittlung und Anwendung von ausländischem Recht in Japan und Deutschland, FS Ishikawa (2001) 397 ff.

Kanada: *Kadletz* Fremdes Recht im kanadischen Zivilprozess, IPRax 1999, 183 ff.

Korea: *Stiller* Das internationale Zivilprozessrecht der Republik Korea, 1989, S. 124 ff.

Niederlande: *Mostermans* De processuele behandeling van het conflictrecht, 1996.

Österreich: *Flessner* Das ausländische Recht im Zivilprozess – die europäischen Anforderungen, in: Reichelt (Hrsg.), 30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz – europäische Perspektiven – 2009, S. 35 ff.; *Kralik* Das fremde Recht vor dem Obersten Gerichtshof, FS Fasching (1988) 297 ff.; *Schwimmann* Länderbericht Österreich, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 81 ff.

Portugal: *Samtleben* Länderbericht Spanien, Portugal und Lateinamerika, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 49 ff.

Russland: *Radjuk* Grenzen der Anwendung ausländischen Rechts in Russland, IPRax 2010, 370 ff.; *Timochow* Die Pflicht zur Ermittlung ausländischen Rechts im Prozess, FS Boguslavskij (2004) 259 ff.

Schweden: *Jänträ-Jareborg* Svensk domstol och utländsk rätt, 1997; *Jänträ-Jareborg* Bristande utredning om utländsk rätt, FS Strömholm (1997) I, 455 ff.

Schweiz: *Schnyder* Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im IPR, 1981.

Spanien: *Artz* Kollisionsrecht und ausländisches Recht im deutschen und spanischen Zivilverfahren, 2004; *Calvo Caravaca/Carrascosa González* The proof of foreign law in the new Spanish Civil Code 1/2000, IPRax 2005, 170 ff.; *Garau Sobrino* Der Beweis ausländischen Rechts in der neuen spanischen Zivilprozessordnung vom 7. Januar 2000; 75 Jahre MPI für Privatrecht, 2001, S. 685 ff.; *Ramos Mendez* La Prueba del Derecho extranjero, 1980; *Samtleben* Länderbericht Spanien, Portugal und Lateinamerika, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 49 ff.

USA: *Fine* American Courts and Foreign Law: The New Debate, DAJV-Newsletter 2006, 107 ff.; *Hay* Länderbericht Vereinigte Staaten von Amerika, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 102 ff.; *Hay/Hampe* Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts und Forum Non Conveniens, RIW 1998, 760 ff.; *Henley* Note: The Effect of a Failure to Prove The Law of a Foreign Country: A Presumption of Fundamental Principles Recognized by All Civilized Nations, Cal.L.Rev. 51 (1963) 632 ff.; *Merrymann* Foreign Law as a problem, StanfordJIntL 19 (1983) 151 ff.; *Miner* The Reception of Foreign Law in the U.S. Federal Courts, AmJCompL 1995, 581 ff.; *Sass* Foreign Law in Federal Courts, AmJCompL 29 (1981) 97 ff.; *Schlesinger* A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law, Cornell L.Rev. 59 (1973) 1 ff.; *Schlesinger* Die Behandlung des Fremdrechts im amerikanischen Zivilprozess, RabelsZ 27 (1963) 54 ff.; *Sprankling/Lanyi* Pleading and Proof of Foreign Law in American Courts, StanfordJIntL 19 (1983) 3 ff.

Mehrere Rechtsordnungen: *Geimer/Schütze* Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, O (über 80 Länderberichte); *Hartley* Pleading and Proof of Foreign Law, ICLQ 45 (1996) 271ff.; *Jäntera-Jareborg* Foreign Law in National Courts, A Comparative Perspective, Hague Academy of International Law, Recueil des cours, 304 (2003) S. 185ff.; *Lando* Länderbericht Skandinavien, in: Müller u.a., Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, 1968, S. 128ff.; *Mayer* Le juge et la loi étrangère, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 1991, 481ff.; *Samtleben* Länderbericht Spanien, Portugal und Lateinamerika, ebenda, S. 49ff.; *Sass* Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey, AmJCompL 16 (1968) 332ff.; *Varady* Foreign Law before Domestic Authorities, FSA Zajtay (1982) 489ff.; *Zajtay* The application of foreign law, in: Internationale Encyclopedia Comparative Law, vol II, ch. 14, 1972.

Übersicht

- | | |
|---|---|
| <p>I. Anwendung ausländischen Rechts als Recht oder Tatsache — 1</p> <p>1. Grundregel des § 293 — 3</p> <p>2. Ausländisches Recht — 4</p> <p> a) Kollisionsnormen — 5</p> <p> b) Europäisches Recht — 6</p> <p> c) Rezipiertes Recht — 8</p> <p> d) „Entlegenes Recht“ — 9</p> <p> e) Lex mercatoria — 10</p> <p> f) Völkerrecht — 12</p> <p> g) Besonderheiten bei materiellrechtlicher Verweisung — 13</p> <p> h) Einstweiliger Rechtsschutz — 14</p> <p> i) Versäumnisverfahren — 15</p> <p> j) Urkundsverfahren — 16</p> <p>3. Ermittlung von Amts wegen — 17</p> <p>II. Feststellung ausländischen Rechts — 18</p> <p>1. Mitwirkung der Parteien — 19</p> <p> a) Mitwirkungsrecht der Parteien — 20</p> <p> b) Mitwirkungspflicht der Parteien — 21</p> <p>2. Rechtsauskünfte — 23</p> <p> a) Europäisches Rechtsauskunftsübereinkommen — 23</p> <p> b) Bilaterale Staatsverträge — 28</p> <p>3. Sachverständigengutachten — 30</p> <p>4. Weitere Erkenntnisquellen — 33</p> <p>5. Der „Beweis“ ausländischen Rechts — 35</p> <p>III. Anwendung und Auslegung ausländischen Rechts — 38</p> <p>1. Maßgeblichkeit ausländischer Rechtspraxis — 38</p> | <p>2. Ordre public Vorbehalt — 40</p> <p>IV. Fehlerhafte Anwendung ausländischen Rechts — 41</p> <p>1. Revisibilität der Verletzung des § 293 ZPO — 41</p> <p>2. Die Grenzen der Überprüfung — 43</p> <p> a) Der unfähige Gutachter — 44</p> <p> b) Das missbilligte Ergebnis — 45</p> <p>V. Nichtfeststellbarkeit des Inhalts eines ausländischen Rechtssatzes — 46</p> <p>1. Keine Klagabweisung — 47</p> <p>2. Ersatzrecht — 48</p> <p> a) Hilfsanknüpfung — 49</p> <p> b) Lex fori als Ersatzrecht — 50</p> <p> c) Verwandtes Recht als Ersatzrecht — 51</p> <p> d) Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht — 54</p> <p> e) Einheitsrecht als Ersatzrecht — 56</p> <p> f) Sonderregelung für ungeklärte Staatsangehörigkeit — 57</p> <p>VI. Ersatzrecht bei ordre public Widrigkeit des ausländischen Rechts — 58</p> <p>VII. Analoge Anwendung im Schiedsverfahren — 60</p> <p>VIII. Gewohnheitsrecht — 61</p> <p>1. Begriff — 61</p> <p>2. Nichtermittelbarkeit — 63</p> <p>IX. Statuten — 64</p> |
|---|---|

I. Anwendung ausländischen Rechts als Recht oder Tatsache

- 1 § 293 regelt die Feststellung ausländischen Rechts im inländischen Prozess, wenn und soweit dieses aufgrund kollisionsrechtlicher Verweisung anwendbar ist. Dabei ist es praktisch nicht bedeutsam, ob die Anwendung einer „ausländischen Rechtsordnung“ möglich ist, was *Picone* leugnet,¹ da „unter einer Rechtsordnung ein gesamtes und einheitliches normatives System zu verstehen ist, welches sich nicht an der Grenze der in-

¹ Vgl. *Picone* Die „Anwendung“ einer ausländischen „Rechtsordnung“ im Formstaat: ... *perseverare est diabolicum!*, FS Siehr, 569 ff.

ternen Gesetzgebung erschöpft, sondern auch alle aus ausländischen Gesetzen (oder aus dem Völkerrecht) abzuleitenden Regelungen oder konkreten normativen Beurteilungen enthält, auf die sie verweist und die sie in ihrem Bereich konkret geltend macht.“ Jedenfalls geht es Prozess regelmäßig um die Anwendung eines konkreten Rechtssatzes, dessen Inhalt festgestellt und der angewendet werden muss.

Dem ausländischen Recht kommt nach allgemeiner Ansicht Rechtsqualität zu;² es hat keinen Tatsachencharakter. Das hat nicht nur Folgen für den Beweis seines Inhalts – der übereinstimmende Tatvortrag der Parteien zum Inhalt eines Rechtssatzes bindet das Gericht nicht³ – auch die Geständnisfunktion des § 331 Abs. 1 ZPO tritt hinsichtlich des Inhalts ausländischen Rechts nicht ein.⁴

1. Grundregel des § 293. Der Grundsatz *iura novit curia* gilt trotz der missverständlichen Fassung des § 293 auch für die Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Prozess.⁵ Das deutsche Gericht muss ausländisches Recht, soweit dies kollisionsrechtlich zur Anwendung kommt, anwenden, ohne dass sich die Parteien hierauf berufen müssen. Das deutsche Kollisionsrecht ist insoweit zwingend.⁶

2. Ausländisches Recht. Zum ausländischen Recht ist jede Rechtsnorm zu rechnen, die nicht im Inland gilt, mag sie auch – wie im Wechsel- und Kaufrecht (aufgrund des UN Kaufrechts) – mit inländischem Recht übereinstimmen.⁷

a) Kollisionsnormen. Kollisionsnormen sind kein ausländisches Recht. Das EGBGB ist die Zusammenfassung deutscher Rechtsnormen.⁸ Deshalb ist jede Beweiserhebung über den Inhalt einer Norm des deutschen internationalen Privatrechts unzulässig.⁹ Der deutsche Richter muss deutsches Kollisionsrecht kennen und – wenn er die IPR Vorlesung geschwänzt hat – sich die erforderliche Kenntnis im Eigenstudium verschaffen. Deutsches Kollisionsrecht ist von Amts wegen anzuwenden.¹⁰ Die Lehre vom fakultativen Kollisionsrecht¹¹ hat sich in Deutschland – zu Recht – nicht durchsetzen können.

Für die Rom I und Rom II VO gilt dasselbe wie für das EGBGB, das durch das europäische Verordnungsrecht teilweise ersetzt worden ist (vgl. Rdn. 6).

b) Europäisches Recht. Europäisches Recht ist kein ausländisches Recht. § 293 ZPO ist deshalb nicht anwendbar.¹² Deshalb fällt das Auffinden der anwendbaren Norm nicht

² Vgl. Geimer IZPR Rdn. 2577; Grosch Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen, 2002, S. 286 f.; MünchKomm-ZPO/Prütting § 293 Rdn. 1, 4; Zöller/Geimer § 293 Rdn. 14.

³ Vgl. Geimer IZPR, Rdn. 2586.

⁴ Vgl. BGHZ 36, 348; Geimer IZPR Rdn. 2592; Stein/Jonas/Leipold ZPO § 293, Rdn. 54.

⁵ Vgl. Schütze DIZPR Rdn. 252.

⁶ Vgl. BGH RIW 1995, 1027; MünchKomm BGB/Sonnenberger Einl. IPR Rdn. 630; Nagel/Gottwald § 10 Rdn. 14.

⁷ Vgl. BGH LM Nr. 1 zu Art. 92 WG; BGH RIW/AWD 1978, 618 (zur Nichtrevisibilität ausländischen Wechselrechts, das mit dem deutschen inhaltlich übereinstimmt).

⁸ Vgl. Schütze DIZPR Rdn. 293.

⁹ Vgl. Schack IZVR Rdn. 698.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1993, 2305; 1996, 54; Schack IZVR Rdn. 699; Zöller/Geimer ZPO § 293 Rdn. 10.

¹¹ Vgl. dazu de Boer Facultative Choice of Law, RdC 257 (1997) 223 ff.

¹² Vgl. Artz Kollisionsrecht und ausländisches Recht, S. 40; MünchKomm-ZPO/Prütting § 293 Rdn. 9; Musielak/Huber § 293 Rdn. 2; Schack IZVR Rdn. 698; Schütze EG-Recht im deutschen Zivilprozess, EWS 1990, 49 ff.; Schütze Feststellung und Revisibilität europäischen Rechts im deutschen Zivilprozess, GS Baur, 1992, S. 93 ff.; Sommerlad/Schrey Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozess und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377 ff.; Stein/Jonas/Leipold § 293 Rdn. 7.

unter die Regelung für ausländisches Recht. Gemeinschaftsrecht ist wie inländisches Recht zu behandeln, da europäisches Recht nicht kraft kollisionsrechtlicher Verweisung, sondern unmittelbar in Deutschland gilt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Transformationsakt erforderlich und erfolgt ist.¹³

7 Bei der Auslegung seines Inhalts ist der besondere Charakter des EG-Rechts zu berücksichtigen. Der inländische Richter kann und muss in gewissen Fällen die Auslegung dem EuGH überlassen.

8 **c) Rezipiertes Recht.** Ein ausländischer Rechtssatz wird mit seiner Rezeption zum inländischen. Rezipiertes Recht ist kein ausländisches Recht. Das gilt zunächst für Rechtssätze aus anderen Rechtsordnungen, die vom deutschen Gesetzgeber übernommen worden sind, z.B. Teile des Kartellrechts, die ursprünglich auf US-amerikanischem Recht basieren. Das gilt aber auch für Mustergesetze und internationale Übereinkommen. Beispiel für die Übernahme eines Mustergesetzes ist die Novellierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts 1998 aufgrund des UNCITRAL-Model Law; Beispiel für ein internationales Übereinkommen ist das UN Kaufrecht, das in Deutschland als nationales Recht gilt. § 293 ZPO findet auf übernommenes Recht jeglicher Schattierung keine Anwendung.

9 **d) „Entlegenes“ Recht.** Zuweilen muss der deutsche Richter Rechtssätze anwenden, mit denen er nicht vertraut ist, für die die Gerichtsbibliothek keine Literatur bereit hat und wo wegen mangelnder praktischer Erfahrung in dem „entlegenen“ Rechtsgebiet die Fehlerwahrscheinlichkeit bei der Entscheidungsfindung größer als üblich ist. Das ist etwa der Fall, wenn eine Zivilkammer in Stuttgart deutsches Seerecht anwenden muss. Auch das Steuerrecht ist für den Zivilrichter regelmäßig ein „entlegenes“ Rechtsgebiet. Aber auch in diesen Fällen darf das Gericht kein Gutachten einholen. Der Grundsatz *iura novit curia* gilt für deutsches Recht uneingeschränkt.¹⁴ Sonst würden alle Grenzen fallen. Welchem Richter sollte man die Einholung eines Gutachtens gestatten? Bei individualisierender Betrachtungsweise müsste man auf die Rechtskenntnis des einzelnen Richters abstellen. Der BGH sieht das für das Steuerrecht offenbar anders. Er hat Mitleid mit den Instanzrichtern, denen er wohl die Zuziehung eines Steuersachverständigen zubilligt.¹⁵

10 **e) lex mercatoria.** Teilweise – insbesondere in internationalen Schiedsverfahren – wird die Anwendung der *lex mercatoria*,¹⁶ vom nationalen Recht losgelöster allgemeiner Grundsätze des internationalen Handels favorisiert.¹⁷ Man mag zweifeln, ob es sich

13 A.A. OLG München EuR 1988, 409.

14 Vgl. Artz Kollisionsrecht und ausländisches Recht, S. 41; MünchKomm-ZPO/Prütting § 293 Rdn. 7 ff., Fn. 2; Schack IZVR Rdn. 698.

15 Vgl. BGH NJW 1999, 638; ablehnend Artz Kollisionsrecht und ausländisches Recht, S. 41; Spickhoff Anmerkung IZ 1999, 302 ff.; schon früher Tipke Ist Steuerrecht für die Zivilgerichte ausländisches Recht? NJW 1976, 2199 f.

16 Zu der von Schmitthoff entwickelten Theorie eines Welthandelsrechts vgl. insbes. das von ihm herausgegebene Sammelwerk „The Sources of the Law of International Trade“, 1964; vgl. aus der deutschen Literatur Grundmann Lex mercatoria und Rechtsquellenlehre, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 1991, S. 43 ff.; Langen Transnationales Recht, 1981; Lorenz Die lex mercatoria eine internationale Rechtsquelle, FS Neumayer, 1985, S. 407 ff.

17 Vgl. zur Anwendung der *lex mercatoria* im Schiedsverfahren – befürwortend und ablehnend – Berger Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, 1992, S. 361 ff. m.w.N.; Dasser Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und *lex mercatoria*, 1989; von Hoffmann Grundsätzliches zur Anwendung der „*lex mercatoria*“ durch internationale Schiedsgerichte, FS Kegel II, 1987, S. 215 ff.; Triebel/Petzold Grenzen der

bei der *lex mercatoria* wirklich um eine Rechtsquelle handelt, die Anwendung dieses schwammigen Gebildes den Richter oder Schiedsrichter nicht vielmehr zu einem amiable compositeur macht.¹⁸ Wegen der mangelnden Rechtsqualität findet § 293 ZPO keine Anwendung. Wenn man der *lex mercatoria* in einzelnen Bereichen – z.B. bei Dokumentenakkreditiven¹⁹ – rechtliche Bedeutung zumessen will, dann als Gewohnheitsrecht, was zur Anwendung der Norm führt.

Im Übrigen stellt sich die Frage der Anwendung der *lex mercatoria* im Schiedsverfahren für den staatlichen Richter allenfalls aus der Sicht der §§ 1059 ff. ZPO.²⁰ Da der Schiedsspruch aber nicht auf seine inhaltliche Richtigkeit überprüft werden kann, ist wegen des Verbots der *révision au fond* eine Anwendung des § 293 ZPO im Aufhebungs- oder Vollstreckbarerklärungsverfahren praktisch ausgeschlossen.

f) Völkerrecht. Für das Völkerrecht gilt § 293 ZPO nicht, da es – gemäß Art. 25 GG oder durch Transformationsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG – Bundesrecht ist.²¹ Soweit Zweifel bestehen, ob eine Norm des Völkerrechts Bestandteil des deutschen Rechts ist, muss das Gericht dem Bundesverfassungsgericht vorlegen (Art. 100 Abs. 2 GG).²²

g) Besonderheiten bei materiellrechtlicher Verweisung. Ein ausländischer Rechtssatz verliert den Charakter einer Rechtsnorm dann, wenn er nicht aufgrund kollisionsrechtlicher, sondern materiellrechtlicher Verweisung angewendet wird.²³ Die Verweisung ist in diesem Falle von derselben Qualität wie jede andere Parteivereinbarung auch. Der ausländische Rechtssatz hat Tatsachencharakter und unterliegt den Beweisregeln der ZPO. Derjenige, der sich auf den Inhalt einer aufgrund materiellrechtlicher Verweisung anwendbaren ausländischen Norm beruft, trägt die volle Beweislast.

h) Einstweiliger Rechtsschutz. Die Feststellung des Inhalts ausländischen Rechts kann im Rahmen von Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gelegentlich zu zeit- und kostenaufwendig sein. In solchen Fällen muss der Antragsteller – zugegebenerweise systemwidrig – den Inhalt des ausländischen Rechts glaubhaft machen, um einen effektiven Rechtsschutz nicht zu gefährden.²⁴ Gelingt dies nicht, so ist der Antrag nicht zurückzuweisen, sondern ein Ersatzrecht anzuwenden.²⁵ Die Zurückweisung des Antrags könnte

lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 1988, 245 ff.; *Weise Lex mercatoria. Materielles Recht vor internationalen Schiedsgerichten*, 1990.

¹⁸ Vgl. *Schütze* Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Aufl., 2012, Rdn. 397; *Triebel/Petzold* RIW 1988, 245 ff. (247).

¹⁹ Von einem Teil des Schrifttums werden die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive ganz oder teilweise als Gewohnheitsrecht qualifiziert, so von *Herold/Lippisch* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., 1962, S. 51; a.A. *Schütze* Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, 6. Aufl., 2008, Rdn. 12 m.w.N.

²⁰ Vgl. *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 4 a.

²¹ Vgl. MünchKomm-ZPO/*Prütting* § 293 Rdn. 10; *Musielak/Huber* § 293 Rdn. 2; *Stein/Jonas/Leipold* § 293 Rdn. 6; *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 5.

²² Vgl. MünchKomm-ZPO/*Prütting* § 293 Rdn. 10.

²³ Vgl. *Schütze* Ausländisches Recht als beweisbedürftige Tatsache, NJW 1975, 1652 f.

²⁴ Vgl. OLG Frankfurt/Main NJW 1969, 991 mit kritischer Urteilsanmerkung *Franz* NJW 1969, 1569 f.; *Schack* Subrogation und Prozesstandschaft, Ermittlung ausländischen Rechts im einstweiligen Verfügungsverfahren, IPRax 1995, 158 ff.; *Schütze* DIZPR Rdn. 429; *Schack* IZVR Rdn. 704 will in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zeitraubende Ermittlungen ausländischen Rechts in gewissem Umfang einschränken, ohne aber die grundsätzliche Ermittlungspflicht des Gerichts in Frage zu stellen.

²⁵ Vgl. OLG Karlsruhe IPRax 1985, 106; OLG Köln GRUR 1994, 646; *Geimer* IZPR Rdn. 2593; *Lindacher* Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, FS Schumann, S. 283 ff.; *Mankowski*

man allenfalls aus der vom BGH postulierten Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Feststellung des kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts²⁶ hergeleitet werden, gibt den Parteien aber Steine statt Brot.²⁷ *Prütting*²⁸ differenziert. Er will im Einzelfall eine Abwägung der Interessen der Parteien an einer schnellen Entscheidung und einer richtigen Entscheidung vornehmen.

15 i) Versäumnisverfahren. Die Geständnisfiktion des § 331 Abs. 1 ZPO wirkt nur für das tatsächliche Vorbringen. Da ausländisches Recht im Prozess als Recht – nicht als Tatsache – behandelt wird, findet § 331 Abs. 1 ZPO insoweit keine Anwendung.²⁹ Das Gericht muss den Inhalt des behaupteten ausländischen Rechtssatzes ermitteln, notfalls ein Ersatzrecht anwenden. Ist das Gericht von den Darlegungen des Klägers zum ausländischen Recht überzeugt, dann braucht es keine weiteren Ermittlungen anzustellen. Der Kläger tut deshalb gut daran, schon im Vorfeld ein Gutachten einzuholen und dieses,³⁰ sowie Gesetzeskopien und Urteilsabschriften vorzulegen.

16 j) Urkundsverfahren. Die Notwendigkeit des Beweises durch Urkunden nach § 592 ZPO bezieht sich nur auf das tatsächliche Vorbringen. Angesichts der Qualität ausländischen Rechts als Recht ist das Gericht verpflichtet, auch im Urkundsprozess den Inhalt des kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen Rechts von Amts wegen zu ermitteln. Es kann deshalb auch ein Sachverständigengutachten einholen.³¹

17 3. Ermittlung von Amts wegen. Das Gericht hat den Inhalt des kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen Rechts von Amts wegen zu ermitteln.³² Das folgt daraus, dass ausländisches Recht als Recht, nicht als Tatsache angewendet wird und der Grundsatz *iura novit curia* auch im Anwendungsbereich des § 293 ZPO gilt. Geständnis und Nichtbetreten der Parteien binden das Gericht nicht und entheben es nicht von der Verpflichtung zur Ermittlung des Inhalts eines ausländischen Rechtssatzes.³³ Gehören die Parteien aber beide dem Staat an, dessen Recht anzuwenden ist, so mag das Gericht – wenn es von dem Vortrag überzeugt ist – den zugestandenen Vortrag zugrunde legen, für dessen Richtigkeit dann eine Vermutung spricht.³⁴

II. Feststellung ausländischen Rechts

18 Das Gericht kann die Erkenntnisquellen nach seinem Ermessen wählen und nutzen.³⁵

Kerfack Arrest, einstweilige Verfügung und die Anwendung ausländischen Rechts, IPRax 1990, 372 ff.; *Nagel/Gottwald* IZPR § 10 Rdn. 40; *Zöller/Geimer* ZPO § 293 Rdn. 19.

26 Vgl. BGH NJW 1976, 1581; auch OLG Frankfurt OLGR 1994, 120.

27 Ablehnend auch *Artz* S. 188 ff.

28 Vgl. MünchKomm-ZPO/*Prütting* § 293 Rdn. 56.

29 Vgl. MünchKomm-ZPO/*Prütting* § 293 Rdn. 55; *Nagel/Gottwald* IZPR § 10 Rdn. 36; *Stein/Jonas/Leipold* § 293 Rdn. 54; *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 18; a.A. OLG München NJW 1976, 489.

30 So die Empfehlung von *Nagel/Gottwald* IZPR § 10 Rdn. 36.

31 Vgl. BGH RIW 1997, 687; *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 18.

32 Vgl. BGH NJW-RR 2005, 1071; BGH MDR 1985, 1001; BGH MDR 1997, 680; BGH IPRax 2002, 302; BGH RIW 2006, 389; OLG Saarbrücken NJW 2002, 1209; *Jayme* Die Expertise über fremdes Recht, in: Nicklisch (Hrsg.), *Der Experte im Verfahren*, 2005, S. 109 ff. (110); *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 14.

33 Vgl. *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 17.

34 Vgl. BAG RIW/AWD 1975, 521; *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 17.

35 Unstr. vgl. BGHZ 118, 151; BGH RIW 2006, 389; *Huzel* Zur Zulässigkeit eines „Auflagenbeschlusses“ im Rahmen des § 293 ZPO, IPRax 1990, 77 ff.; *Schack* IZVR Rdn. 706; *Zöller/Geimer* § 293 Rdn. 15.

1. Mitwirkung der Parteien. Die Partei, die sich auf einen ausländischen Rechtssatz 19 beruft, wird sich in der Regel über seinen Inhalt informiert haben. Sie hat ein Interesse daran, dass diese Norm ausländischen Rechts in einer – nach ihrem Verständnis und ihrer Auslegung – richtigen Art angewendet wird. § 293 ZPO gibt den Parteien das Recht, nach der Rechtsprechung des BGH auch die Pflicht, an der Feststellung ausländischen Rechts mitzuwirken.

a) Mitwirkungsrecht der Parteien. Die Parteien haben ein Mitwirkungsrecht bei 20 der Ermittlung ausländischen Rechts. Sie können Belege über den Inhalt der von ihnen behaupteten ausländischen Rechtsnorm durch Privatgutachten,³⁶ Gesetzestexte, Entscheidungsabschriften pp. vorlegen. Das Gericht kann diese Mithilfe fordern,³⁷ ohne dass dadurch eine (prozessuale) Beweisführungslast entstünde. Für die Entscheidungsfindung sind diese Nachweise allerdings von allen Erkenntnismöglichkeiten am ungeeignetsten. Sie sind von der Subjektivität und den Interessen der interessierten Partei belastet. Was kann man von einer Partei an Nachweisen erwarten, die sich auf einen ausländischen Rechtssatz stützt, dessen Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten ist? Sie wird kaum in objektiver Weise den Streitstand darstellen, vielmehr lediglich die Belegstellen für die ihr günstige Interpretation vorlegen.

b) Mitwirkungspflicht der Parteien. Im Grundsatz gilt, dass den Parteien keine 21 (prozessuale) Beweisführungslast obliegt.³⁸ Sie haben keine Verpflichtung, sich zu Fragen des Inhalts ausländischen Rechts zu äußern oder Beweismittel vorzulegen.³⁹ Etwas anderes ist auch nicht aus BGH NJW 1976, 1581 herzuleiten. Hier hatte das Berufungsgesicht den Inhalt türkischen Rechts durch Sachverständigengutachten ermittelt. Der BGH hat im Revisionsverfahren lediglich darauf hingewiesen, dass von einer Partei, die die Unrichtigkeit des Gutachtens unter Berufung auf ausländische Rechtsprechung geltend macht, erwartet werden kann, dass sie Urteile, auf die sie sich beruft in Abschrift vorgelegt oder in anderer Weise über deren Inhalt informiert.

Etwas anderes mag in Eilverfahren gelten, wo der Antragsteller den Inhalt eines aus- 22
ländischen Rechtssatzes glaubhaft machen muss.⁴⁰ Vgl. dazu Rdn. 14.

2. Rechtsauskünfte

a) Europäisches Rechtsauskunftsübereinkommen

Schrifttum

23

Vgl. dazu *Bartoli* Considerazioni sulle posizione del giudice rispetto al problema della conoscenza del diritto straniero a seguito della Convenzione di Londra del 7 giugno 1968, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 19 (1983) 333ff.; *Brulliard* La convention européenne du 7. juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, *J.C.P.* 1973.I.2580; *Brulliard* Convention européenne relative à l'information sur les droits étrangers, *Revue internationale de droit comparé* XXV (1973) 389ff.; *Erauw* De eerste belgische ervaringen met het Europees verdrag inzake inlichtingen over buitenlandse recht, *Rechtskundig Weekblad* 1981/1982, 1503ff.; *Geimer/Schütze* (*Pirung*) Internationaler Rechtsverkehr, 380.1ff.; *Heldrich* Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts in der Praxis, *FS Nakamura* (1996) 243ff.; *Jastrow* Zur

³⁶ Vgl. dazu OLG Frankfurt/Main MDR 1983, 410.

³⁷ Vgl. *Schütze* DIZPR Rdn. 258.

³⁸ Vgl. BGHZ 120, 334 (342); BGH NJW-RR 2005, 1071; *Schack* IZVR Rdn. 703.

³⁹ Vgl. MünchKomm-ZPO/*Pritting* § 293 Rdn. 6.

⁴⁰ Vgl. OLG Frankfurt/Main NJW 1969, 991 mit kritischer Anm. *Franz* ebenda 1569f.