

Barbara Klett*

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	6
	A. Terminologie und Abgrenzungen	6
	1. Beweislast	7
	2. Behauptungslast und Substanziierungslast	7
	3. Beweismass	8
	4. Beweiswürdigung	10
	B. Gesetzliche Grundlage des Beweismasses	11
	C. Beweismasskomponenten	11
	D. Die drei Beweismassstufen	12
	1. Regelbeweismass	13
	2. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	16
	3. Glaubhaftigkeit	19
	E. Andere Formen der Beweiserleichterung	20
	1. Erhöhte Mitwirkungspflicht (Sekundäre Darlegungslast)	20
	2. Beweisvereitelung	21
	3. Tatsächliche Vermutungen und Anscheinsbeweis	22
II.	Das Beweismass und Beweiserleichterungen in den verschiedenen haftpflichtrechtlichen Anwendungsbereichen	23
	A. Einführung	23
	B. Sachverhalt und Kausalität	24
	1. Nachweis des Geschehensablaufs	24
	2. Natürlicher Kausalzusammenhang	24
	3. Hypothetischer Kausalverlauf	25
	4. Regelverletzung	26
	C. Schadensnachweis	26
	1. Konkreter Schadensnachweis – Regelbeweismass	26
	2. Beweis des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens (Art. 42 Abs. 2 OR)	27
	3. Abstrakter Schadenberechnung	31
	D. Arzthaftung	34
	1. Beweis des ärztlichen Behandlungsfehlers	34
	2. Beweis der natürlichen Kausalität des Behandlungsfehlers	36
	3. Beweis der Aufklärung	37
	E. Produkthaftpflicht	38

* LL.M., Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich.

F. Haftung für Werkmangel	39
G. Bedeutung des Beweismasses auf die Gutachterfragen	40
Literaturverzeichnis	42

I. Einführung

In einem Prozess haben die Parteien die Wahrheit bzw. Unwahrheit einer behaupteten Tatsache dem Gericht mittels Beweis darzulegen und das Gericht von der von ihnen vertretenen Auffassung zu überzeugen. Gegenstand des Beweises bilden rechtserhebliche, streitige Tatsachen, von deren Wahrheit oder Unwahrheit der Richter überzeugt werden soll.

Ein Prozessausgang hängt nicht selten massgeblich von den eingebrachten Beweisen ab. Dabei ist offenkundig, dass mit dem Entscheid über das anwendbare Beweismass und mit Beweiserleichterungen oft die entscheidende Weiche über den Prozessausgang gestellt wird, da sich viele Tatsachen nicht mit absoluter Gewissheit nachweisen lassen. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Beweismass und der Beweiserleichterung. Nach einem allgemeinen Überblick über die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte Terminologie, wird auf das Beweismass und Beweiserleichterungen im Anwendungsbereich des Haftpflichtrechts eingegangen.

A. Terminologie und Abgrenzungen

Die ZPO enthält im 10. Titel (Art. 150 - 193 ZPO) die allgemeinen Beweisbestimmungen. Dazu gehören die Bestimmungen zum Beweisgegenstand (Art. 150 ZPO), zum Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO), zur Beweisführung (Art. 154 ff., Art. 160 ff. ZPO) sowie zur Beweiswürdigung (Art. 157 ff. ZPO).

Das Beweisverfahren ist auf die Feststellung von Tatsachen ausgerichtet (Art. 150 ZPO). Die Feststellung von Tatsachen erfolgt durch gerichtlichen Entscheid über das Vorliegen von beweisbedürftigen Tatsachen. Entschieden wird aufgrund der jeweiligen richterlichen Überzeugung. Das Ergebnis der richterlichen Überzeugungsbildung hängt von der Beweislast, dem Beweismass und von der Beweiskraft der Beweismittel sowie vom Verhalten von Parteien und Dritten ab. Die Beweislast sowie das Beweismass bestimmen sich nach dem materiellen Recht (beispielsweise Art. 8 ZGB, Art. 32 ZGB, Art. 200 ZGB, Art. 204 Abs. 2 OR, Art. 59 Abs. 1 SVG).

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Vorab sind die Begriffe Beweislast, Behauptungslast, Beweismass und Beweiswürdigung einzuordnen.

1. Beweislast

Die Beweislast definiert, welche Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat.

Gemäss Art. 8 ZGB gilt, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, dass jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet, oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet.¹ Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren.²

Art. 8 ZGB gewährleistet auch das Recht auf Gegenbeweis. Von der Abnahme der Gegenbeweise darf nur abgesehen werden, wenn der Richter aufgrund einer Würdigung der erhobenen Beweise zur festen Überzeugung gelangt, der Hauptbeweis sei unumstösslich erbracht.³

2. Behauptungslast und Substanziierungslast

Mit der Beweislast einer Partei geht auch die Behauptungslast einher, denn die Festlegung des relevanten Beweisthemas setzt voraus, dass die entsprechenden Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingefügt worden sind. Die behauptungsbelastete Partei hat dem Richter sämtliche rechtserheblichen Tatsachen zu nennen, über die alsdann nötigenfalls Beweis zu führen ist.

Ein Aspekt der Behauptungslast stellt die Substanziierungslast dar. Die Anforderungen an die Substanziierung sind davon abhängig, ob der Prozessgegner die Tatsachenbehauptungen der behauptungsbelasteten Partei bestreitet. Erst wenn eine solche Bestreitung erfolgt, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Dies bedeutet, dass die Vorbringen nicht nur in den

¹ Dazu BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 38, 42 und 56; BGE 128 III 271 E. 2a/aa.

² Urteil des BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E.4.1.; BGE 130 III 321 E. 3.1; 128 III 271 E. 2a/aa.

³ BGE 133 III 81 E. 4.2.2; 130 III 321 E. 3.4.; 120 II 393 E. 4b; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 8.

Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen sind, dass darüber Beweis abgenommen, oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.⁴

Gemäss Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO ist ein Beweismittel nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt.⁵ So muss die Klage gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, sowie die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).

Eine Verletzung des Rechts auf Beweis liegt vor, wenn der Richter über eine rechtserhebliche Tatsache nicht Beweis führen lässt, obgleich er die diesbezüglichen Sachvorbringen weder als erstellt noch als widerlegt erachtet oder, wenn eine Klage zu Unrecht als unsubstanziert abgewiesen wird.⁶ Die Nichtabnahme von Beweisen, die nicht rechtzeitig beantragt und zu denen nicht substanziiert ausgeführt wird, welche Tatsachen damit bewiesen werden sollen, verstösst hingegen nicht gegen Art. 8 ZGB.⁷

3. Beweismass

Das Beweismass bestimmt, welche Anforderungen der Richter an den Beweis stellt, d.h. ob der Richter für das Vorhandensein einer bestimmten Tatsache einen strikten Beweis verlangen, oder sich mit einem minderen Grad an Sicherheit (Glaubhaftmachung) begnügen darf. Dazu nachfolgend Kap. D.

Das Beweismass und die Beweislast stehen in einem gegenseitigen Wechselverhältnis. Je höher das Beweismass im Einzelfall ist, desto häufiger kommt es zur Folge der Beweislosigkeit und einem Entscheid zu Lasten der beweisbelasteten

⁴ BGE 141 III 433 E. 2.6; Urteile des BGer 4A.709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2; 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2.

⁵ Urteile des BGer 4A_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.4; 4A_487/2015 vom 6. Januar 2016 E. 5.2; 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4.

⁶ BGE 123 III 35 E. 2b; 114 II 289 E. 2a; 111 II 270 E. 5c; 108 II 314 E. 4; 105 II 143 E. 6a/aa; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 7; BK ZBG-WALTER, Art. 8 N 37.

⁷ Urteil des BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.1.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Partei. Umgekehrt gelingt aber ein Beweis umso eher, je tiefer das Beweismass angesetzt ist.

Nach Auffassung des Bundesgerichts besteht die Funktion des Beweismasses darin, «dem materiellen Recht im Prozess zum Durchbruch zu verhelfen. Die Rechtsdurchsetzung darf insbesondere nicht daran scheitern, dass zu hohe oder uneinheitliche Anforderungen an das Beweismass gestellt werden.»⁸ Die gemäss dem Regelbeweismass verlangte, an Sicherheit grenzende Überzeugung des Richters kann in der Praxis oftmals nicht erreicht werden und würde die Durchsetzung des materiellen Privatrechts im Interesse der Parteien in zahlreichen Fällen verhindern und illusorisch machen.

In der Praxis gelangen daher neben dem Regelbeweismass (voller Beweis der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit) als Ausnahme auch *Beweismasssenkungen* wie der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und der Beweis der einfachen Wahrscheinlichkeit (auch als Glaubhaftmachung bezeichnet) zur Anwendung.⁹

Ausnahmen vom Regelbeweismass ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Das geschriebene Privatrecht verwendet und umschreibt die drei Beweisgrade uneinheitlich. Weiter macht das Bundesgericht Gebrauch von einer breiten Palette von Bezeichnungen für den jeweils anwendbaren Beweisgrad und hält sich damit mindestens terminologisch nicht an die drei Beweisgrade.¹⁰

Neben der Beweismasssenkung werden in der Praxis *weitere Beweiserleichterungen* anerkannt, wie die Schätzung des nicht ziffermässig nachweisbaren Schadens (dazu Kap. II.C.1), die «sekundäre Behauptungslast» der nicht beweisbelasteten Partei (dazu nachfolgend Kap. E.1), tatsächliche Vermutungen und die Beweislastumkehr (dazu nachfolgend Kap. E.3).

Eine Wahlmöglichkeit zwischen den einzelnen Beweisgraden und Beweiserleichterungen hat der Richter aber nicht. Eine Beweisreduktion oder Beweiserleichterung kommt nur in den vom Gesetz und der Rechtsprechung vorgegebenen engen Bahnen in Frage.

⁸ BGE 128 III 271 E. 2 b/aa.

⁹ Näheres dazu nachfolgend I.D.

¹⁰ Ausführlich dazu BERGER-STEINER, Diss., Rz. 03.07 ff. 03.38 ff. und 03.93. Das Bundesgericht hat die unglückliche Situation erkannt und bemüht sich um eine Vereinheitlichung: BGE 130 III 321 E. 3.3; Urteil des BGer 4A_193/2008 vom 8. Juli 2008 E. 2.3.3.

Das Beweismass ist von der Beweiswürdigung zu unterscheiden (sogleich).

4. Beweiswürdigung

Art. 157 ZPO bestimmt, dass sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bildet. Freie Beweiswürdigung bedeutet, dass das Gericht an keine Beweisregeln gebunden ist, welche die Beweiskraft einzelner Beweismittel normieren, ausser an die vom Gesetz vorgegebenen Schranken (Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden gem. Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO). Das Gericht ist also weder an Beweisverbote¹¹ noch an Vorschriften über die Beweiskraft oder den Beweiswert eines Beweismittels gebunden.¹² Beweiswürdigung bedeutet Wertung der Ergebnisse des Beweisverfahrens mit Blick auf die zu beweisende Tatsachenbehauptung.

Die Würdigung erfolgt nicht nach rein subjektivem Empfinden, sondern nach pflichtgemäsem Ermessen, d.h. begründet und nachvollziehbar. Das Gericht würdigt alle Beweise nach freier Überzeugung, d.h., dass es die Beweise nach ihrer Glaubwürdigkeit zu bewerten und gegeneinander abzuwägen hat. Das Gericht hat insbesondere die Pflicht, eine Gesamtwürdigung aller im konkreten Verfahren vorhandenen beweisrechtlich relevanten Elemente vorzunehmen.¹³ Zu den im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigenden beweisrechtlich relevanten Elementen gehören die aus der Beweisführung resultierenden Beweisergebnisse sowie alle weiteren Umstände, die für den Beweiswert der vorgelegten und abgenommenen Beweismittel sowie für die richterliche Überzeugungsbildung von Bedeutung sind; so namentlich das Verhalten der Parteien, der einvernommenen Zeugen und der weiteren Prozessbeteiligten, wie die Gerichtsgutachter im konkreten Verfahren.¹⁴

So hat das Gericht nach expliziter Vorgabe des Gesetzes (Art. 164 ZPO) die unberechtigte Mitwirkungsverweigerung einer Partei (Art. 160 ZPO) in die freie Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

¹¹ Gemäss Art.152 Abs. 2 ZPO sind auch rechtswidrig beschaffte Beweismittel zu berücksichtigen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Das Gericht hat danach eine Abwägung zu treffen zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsgutes, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde, und dem Interesse an der Wahrheitsfindung.

¹² BÜHLER, Jusletter, Rz. 74.

¹³ BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 3.

¹⁴ Zu den Eigenheiten in der Würdigung der einzelnen Arten von Beweismitteln: BSK ZPO-GUYAN, Art. 157, Rz. 6 ff.; zu Beweiswürdigung Gerichtsgutachten: BÜHLER, Beweismass, 81 f.; BÜHLER, Jusletter, Rz. 75.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Die Beweiswürdigung der kantonalen Instanz prüft das Bundesgericht nur auf Willkür hin.¹⁵ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird dann verletzt, wenn bestimmten Beweismitteln im Voraus in allgemeiner Weise die Beweiseignung abgesprochen wird, oder wenn das Gericht bei der Würdigung der Beweise im Ergebnis nicht seiner eigenen Überzeugung folgt.¹⁶

B. Gesetzliche Grundlage des Beweismasses

Das Beweismass gehört zum Prozessrecht, ist aber in der ZPO nicht geregelt.

Das Beweismass ist als Bestandteil der Beweislastregel von Art. 8 ZGB anzusehen.¹⁷ Die systematische Zuordnung des Beweismasses zu Art. 8 ZGB gilt generell, unabhängig davon, ob das Regelbeweismass zur Anwendung gelangt, oder ob die Beweisintensität ausnahmsweise durch eine Sachnorm oder durch die Rechtsprechung angeordnet ist. Wenn der Richter den massgebenden Beweisgrad aufgrund zu hoher oder zu geringer Anforderungen an den Beweis missachtet, ist demnach immer eine Verletzung von Art. 8 ZGB, bzw. von Art. 8 ZGB in Verbindung mit der beweismassrelevanten Sachnorm zu rügen.¹⁸

Die Frage des Beweismasses ist eine Rechtsfrage und kann vom Bundesgericht im ordentlichen Beschwerdeverfahren frei überprüft werden.¹⁹

C. Beweismasskomponenten

Das Beweismass besteht angesichts oft nicht ergreifbarer objektiv-zwingender Erkenntnisse notwendigerweise aus einer subjektiven und einer objektiven Komponente.²⁰ Die *subjektive Beweismasskomponente* der richterlichen Überzeugung setzt eine persönliche Wertung des Richters voraus. Die *objektive Beweismasskomponente* und gleichzeitig Bezugspunkt der richterlichen Überzeugung, ist die Wahrheit.

¹⁵ Urteil des BGer 5A_250/2012 vom 18. Mai 2012 E. 7.4.

¹⁶ BGE 137 II 266 E. 3.2; 133 I 33 E. 2.1.

¹⁷ BERGER-STEINER, Diss., Rz. 04.01–04.08, Rz. 04.06; BERGER-STEINER, ZBJV, 271; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 16.

¹⁸ Überzeugende Begründung BERGER-STEINER, Diss. Rz. 04.09 ff. anders BGE 118 II 376 E. 3 und Urteil des BGer 5P_21/2007 vom 31. Mai 2007 E. 3.2.

¹⁹ BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.1, E. 5; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 15.

²⁰ Dazu BERGER-STEINER, ZBJV, 276 f.

Ein Beweis gilt als erbracht, wenn der Richter vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen überzeugt ist. Der notwendige Grad der Annäherung an die Wahrheit ergibt sich aus der im konkreten Fall zur Anwendung gelangenden Beweisintensität.

Die Funktion der Wahrheit als Richtmass liefert die dogmatische Erklärung für die Existenz verschiedener Beweisstufen (dazu nachfolgend Kap. D), weil die als Richtgrösse verstandene Wahrheit begriffsnotwendig eine mehr oder weniger grosse Annäherung erlaubt. Die unterschiedlichen Beweisintensitäten bringen zum Ausdruck, dass der erforderliche Grad der Annäherung an die Wahrheit variieren kann, die richterliche Überzeugung ist hingegen keine variable Grösse.²¹

D. Die drei Beweismassstufen

Wie einleitend festgestellt, würde die strikte und ausnahmslose Anwendung des Regelbeweismasses die Durchsetzung des materiellen Privatrechts im Interesse der Parteien in zahlreichen Fällen verhindern und illusorisch machen.

Die Rechtsprechung hat daher Ausnahmen vom Regelbeweismass entwickelt, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird. Diese Erleichterungen sollen verhindern, dass der Zivilprozess statt der Rechtsdurchsetzung der Rechtsverhinderung dient.

Es werden drei Stufen oder Intensitäten des Beweismasses unterschieden:²²

- *Voller strikter oder strenger Beweis*: Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit
- Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*: Herabgesetztes Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit
- *Glaubhaftmachung*: Beweismass der einfachen Wahrscheinlichkeit oder der Glaubhaftigkeit.

Das Beweismassrecht weist einen beträchtlichen Spielraum auf. Dem Richter werden zwar die einzelnen Beweisgrade als generell-abstrakte Grössen entspre-

²¹ BERGER-STEINER, ZBJV, 275 f.; BGE 130 III 321 E. 3.3.

²² Diese Einordnung erfolgt durch Lehre und Rechtsprechung ohne jedoch explizit andere Varianten an Beweisintensität auszuschliessen, dazu BERGER-STEINER, ZBJV, 271 f.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

chend den gesetzlichen und höchstrichterlichen Vorgaben vorgegeben,²³ der Beweisgrad wird aber nur als Bandbreite mit einer mehr oder weniger präzise umschriebenen unteren Schwelle festgelegt.

Die drei Stufen des Beweismasses unterscheiden sich nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad des Eintritts einer Tatsache. Wiederholt aber nicht nachhaltig haben Gerichte und Lehre versucht, den Wahrscheinlichkeitsgrad zu quantifizieren.²⁴ Im Rahmen ihrer Dissertation zum Beweismass im Privatrecht hat ISABELLE BERGER-STEINER im Jahr 2007 eine Umfrage bei Richterinnen und Richter des Kantons Bern durchgeführt. Die Richter wurden gebeten, spontan und ohne vorgängige Absprache drei Fragen den drei Beweisgraden im Privatrecht numerisch zuzuordnen. 44 Richterinnen und Richter nahmen an der Umfrage teil, 37 davon beantworteten die drei gestellten Fragen mittels der gewünschten Zahlenwerte. Viele meinten, sie fänden die Beantwortung schwierig. Die durchgeführte Befragung ergab, dass die gängigen drei Beweisgrade in der Praxis sehr unterschiedlich verstanden werden. Das Regelbeweismass wurde mit Werten zwischen 60 und 100% angegeben, die überwiegende Wahrscheinlichkeit mit solchen zwischen 50 und 90% und dem Beweisgrad der Glaubhaftmachung wurden gar Schwellenwerte zwischen 15 und 70% zugeordnet.²⁵

Auch das Bundesgericht hat sich kritisch zur Festlegung der Beweisgrade im Sinne einer exakten prozentualen Eingrenzung geäussert, mit der Begründung, dass die Umstände, der Ausgang des Beweisverfahrens und die Natur des Streitigen zu berücksichtigen seien.²⁶

Da eine Definition der Beweisintensitäten des jeweiligen Beweisgrades fehlt, bedürfen diese einer gewissen Auslegung.

1. Regelbeweismass

Nach dem Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Weil absolut sichere Erkenntnisse im Prozess selten erreichbar sind, kommt der Wahrheit eine Richtmassfunktion zu. Erstrebt wird die maximal mögliche Annäherung an die Wahrheit. Nicht ausreichend ist demgegenüber, dass bloss

²³ BGE 118 II 235 E. 3c.; 115 II 440 E. 6.

²⁴ Dazu BERGER-STEINER, Diss., Rz. 6.08 ff.

²⁵ Zur empirischen Untersuchung siehe: BERGER-STEINER, Diss., Rz. 06.09 ff.

²⁶ Urteil des BGer 5P.199/2001 vom 30. Juli 2001 E. 3c.

eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafürspricht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat.

Der Begriff Regelbeweismass kommt im Gesetz nicht vor. Das Regelbeweismass wird durch die Wendung von der «an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit» charakterisiert,²⁷ die wiederum bestätigt, dass die absolute Sicherheit nicht zu erreichen ist. Das Bundesgericht verwendet prioritär Bezeichnungen wie der «strikte Beweis»,²⁸ der «strenge Beweis»²⁹ und der «volle Beweis»³⁰ für das Regelbeweismass

In Bezug auf die Überzeugung des Richters spricht das Bundesgericht vom:

- üblichen Beweismass der richterlichen Überzeugung³¹
- gebotenen Überzeugungsgrad³²
- Regelbeweismass der vollen Überzeugung³³
- Regelbeweismass der richterlichen Überzeugung³⁴

Die Überzeugung muss nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen. Das Bundesgericht beschreibt diesen Vorgang wie folgt:

- ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, *dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen*.³⁵
- es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.³⁶

²⁷ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 17.

²⁸ BGE 130 III 321 E. 2; Urteile des BGer 4A_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.1.3; 5C_32/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 3.2.2 und 4C_374/2001 vom 6. September 2002 E. 5.2.

²⁹ Urteile des BGer 5C_96/2002 vom 1. Juli 2002 E. 3 und 4C_142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 5.1.

³⁰ BGE 133 III 153 E. 3.3; 118 II 235 E. 3c und Urteil des BGer 5C_170/2006 vom 17. Oktober 2006 E. 3.2.

³¹ Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29. November 2002 E. 4.4.

³² BGE 130 III 113 E. 3.4.

³³ Urteile des BGer 4A_189/2018 vom 16. August 2018 E. 3.3.1; 4C.222/2004 vom 14. September 2004 E. 2, nicht publizierte Erwägung des BGer 131 III 12; 132 III 715 E. 3.1.

³⁴ Urteil des BGer 4C.30/2007 vom 16. April 2007 E. 3.3.

³⁵ BGE 128 III 271 E. 2 b/aa.

³⁶ BGE 130 III 321 E. 3.2; Urteil des BGer 4A_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.1.1; 4C.80/2007 vom 22. Mai 2007 E. 3.3 f.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Einigkeit besteht darüber, dass beim Regelbeweis der Richter erst dann für die beweisbelastete Partei entscheiden kann, wenn er nicht völlig, aber annähernd sicher ist, dass die strittige Tatsache der Fall ist. In quantitativer Hinsicht äussern sich einige Autoren für eine Gewissheit bei 90%³⁷ andere bei 95%³⁸. Auch 70% der Richter, die an der Untersuchung von BERGER-STEINER teilgenommen haben, siedeln den Schwellenwert des Regelbeweismasses bei 90% oder mehr an.³⁹

Zusammenfassend kann auch beim Regelbeweismass die absolute Gewissheit nicht verlangt werden. Es dürfen aber keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder bestehende Zweifel müssen als leicht erscheinen. Der Richter muss nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt sein.

BERGER-STEINER schlägt folgende Definition vor: «Ein Beweis gilt als erbracht, wenn der Richter vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen überzeugt ist. Im Anwendungsbereich des Regelbeweismasses der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit (*vraisemblance confinante à la certitude, verosimiglianza vicina alla certezza*) hat die Verwirklichung der fraglichen Tatsachen dabei derart nahezuliegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Absolute Sicherheit ist demgegenüber nicht erforderlich. Allenfalls verbleibende Zweifel sind zulässig, soweit sie gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernst zu nehmenden Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen. Die so umschriebene, für die Einhaltung des Regelbeweismasses mindestens erforderliche Annäherung an die Wahrheit kann zum Zweck der Veranschaulichung mit einem numerischen Wahrscheinlichkeitswert von 90 Prozent beziffert werden.»⁴⁰

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist der Beweis gescheitert, es sei denn, es greife eine Ausnahme vom Regelbeweismass Platz.

³⁷ BERGER-STEINER, Diss., Rz. 6.81; HANS PETER WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, 47–68, 53; BÜHLER, Jusletter, Rz. 9; BSK ZPO I-GUYAN Art. 157 N 8; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 17; AEBI-MÜLLER/JETZER, 296.

³⁸ SUMMERMATTER/JACOB, 142.

³⁹ BERGER-STEINER, Diss., Rz. 6.13.

⁴⁰ BERGER-STEINER, Diss., Rz. 6.81.

2. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – auch hohe Wahrscheinlichkeit benannt⁴¹ – ist ein ausschliesslich vom Bundesgericht geschaffenes Institut des Richterrechts. Die Beweismasssenkung auf die hohe Wahrscheinlichkeit setzt stets eine «*Beweisnot*» voraus, die den zu beweisenden Sachverhalten immanent ist.⁴² Es gibt Umstände und Situationen, bei denen der Beweis nach der Natur der Sache besonders schwierig und deshalb ein strikter Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Das trifft bei Tatsachen zu, die einem direkten/unmittelbaren Nachweis nicht zugänglich sind, sondern nur indirekt oder mittelbar durch Indizien nachgewiesen werden können. Für solche Sachverhalte gilt das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Eine «typische Beweisnot» liegt vor, wenn die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des strikten Beweises einer Tatsachenbehauptung auf sachimmanente bzw. regeltypische Beweisschwierigkeiten zurückzuführen sind, die in allen gleichgelagerten Fällen vorliegen.⁴³ Eine Beweisnot liegt dann «in der Natur der Sache», wenn eine Tatsache, die typischerweise dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen.⁴⁴ Blosser Beweisschwierigkeiten genügen nicht um eine Beweiserleichterung zu beanspruchen.⁴⁵

Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist nicht schon dann erreicht, wenn die blosser Möglichkeit besteht, bzw. wenn lediglich denkbar ist, dass eine tatsächliche Behauptung der Wahrheit entspricht. Es genügt auch nicht, wenn der geltend gemachte Sachumstand wahrscheinlicher ist als andere, ebenfalls vorstellbare Möglichkeiten. Überwiegende Wahrscheinlichkeit beinhaltet stets ein *Abwägen verschiedener Sachverhaltsversionen*, von denen der Einen nach richterlicher Überzeugung ein deutliches Übergewicht zukommt.⁴⁶ Die

⁴¹ Das Bundesgericht empfiehlt nun in BGE 130 III 321 E. 3.3; Urteil des BGer 4A_193/2008 vom 8. Juli 2008 E. 2.3.3. eine einheitliche Terminologie und verwendet den Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Einige Autoren bevorzugen den Terminus der hohen Wahrscheinlichkeit, so bspw. SCHWEIZER, 130 f.

⁴² BÜHLER, Jusletter, Rz. 11; BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2; Urteil des BGer 4A_319/2014 vom 19. November 2014.

⁴³ BERGER-STEINER, Diss., Rz. 7.06; SCHWEIZER, 126.

⁴⁴ BGE 130 III 321 E. 3.2; BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 11; BGE 130 III 321 E 3.2.; 128 III 271 E. 2b/aa.

⁴⁵ BGE 130 III 321 E 3.2.; 128 III 271 E. 2b/aa.

⁴⁶ BÜHLER, Beweismass, 41, der einen Wahrscheinlichkeitsgrad von mindestens 66% bejaht; strenger die Anforderungen von BERGER-STEINER, nach welcher, selbst wenn der Richter die vom Beweisbelasteten behauptete Tatsache als den wahrscheinlichsten von allen nach menschlichem Ermessen überhaupt in Be-

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen, noch vernünftigerweise in Betracht fallen. Soweit der Kausalzusammenhang nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachgewiesen werden kann – wie dies oft beispielweise bei medizinischen Sachverhalten der Fall ist – genügt nach bunderichterlicher Rechtsprechung, dass er als überwiegend wahrscheinlich erscheint.⁴⁷ Eine «mittlere Wahrscheinlichkeit» genügt nicht.⁴⁸

Das Bundesgericht verneint das Vorliegen der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wenn nach den besonderen Umständen des Falles neben den behaupteten Tatsachen Weitere bestehen, die eine massgebende Rolle spielen oder vernünftigerweise in Betracht fallen.⁴⁹

Ausdrücklich abgelehnt hat das Bundesgericht ein «variables Beweismass», wonach an den Beweis einer Tatsache umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je weniger wahrscheinlich die Behauptung ist, vielmehr gehört eine solche Abwägung in den Bereich der Beweiswürdigung.⁵⁰

Auch beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wurde versucht, das Beweismass zu quantifizieren: In der Lehre schwanken die Schwellenwerte von mehr als 50 bis 75%⁵¹, und über 75%.⁵² Die empirische Untersuchung von 2007 bei den Richtern ergab bei einer knappen Mehrheit Werte von 75 und 80%.⁵³

BERGER-STEINER schlägt folgende Definition des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vor: «Ein Beweis gilt als erbracht, wenn der Richter

tracht kommenden Hergängen einstuft, dies allein noch nicht für die Einhaltung des Beweisgrades der hohen Wahrscheinlichkeit ausreicht; BERGER-STEINER, Diss., Rz. 06.94 ff.

⁴⁷ BGE 132 III 715 E. 3.2 und 3.2.1; 128 III 271 E. 2b/aa; 107 II 269 E. 1b; Urteil des BGer 4A_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1.

⁴⁸ Urteil des BGer 4A_138/2018 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2.

⁴⁹ BGE 130 III 321 E. 3.3; 107 II 269 E. 1b; Urteile des BGer 4A_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.1; 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 4; 4A_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.1.2 und 4A_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2.

⁵⁰ BGE 130 III 321 E. 3.3; Urteil des BGer 5C.99/2002 vom 12. Juni 2002 E. 2.4. Anders noch Urteil des BGer 5C.79/2000 vom 8. Januar 2001 E. 1b/aa.

⁵¹ BSK ZPO I-GUYAN Art. 157 N 9; BERGER-STEINER, Diss., Rz. 06.08.

⁵² BERGER-STEINER, Diss., Rz. 06.115 ff., BÜHLER, Jusletter, Rz. 13; Der Schwellenwert von 80% noch im Beitrag BÜHLER, Beweismass im HAVE 2006 wurde dabei leicht reduziert, siehe dazu Bemerkung in Jusletter (Fn. 19); AEBI-MÜLLER/JETZER, 296.

⁵³ BERGER-STEINER, Diss., Rz. 06.14.

vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen überzeugt ist. Für die Einhaltung des Beweisgrades der hohen Wahrscheinlichkeit (*haute vraisemblance*, *alta verosimiglianza*) genügt es dabei, wenn die Übereinstimmung der massgebenden Sachverhaltsdarstellung mit der Wahrheit so wahrscheinlich erscheint, dass für die Verwirklichung anderer Sachverhaltsversionen kein ernst zu nehmender Raum verbleibt. Ein von den behaupteten Tatsachen abweichender Hergang ist mit anderen Worten durchaus denkbar, darf aber nicht massgeblich in Betracht fallen. Das erlaubte Mass an verbleibenden Zweifeln ist dementsprechend höher als beim Regelbeweismass: Bleibt ein ernst zu nehmender Vorbehalt hinsichtlich der beabsichtigten Beweisentcheidung bestehen, hindert dies einen rechtsgenügelichen Nachweis in Anwendung des Beweisgrades der hohen Wahrscheinlichkeit noch nicht. Erst wenn die Zweifel nicht mehr untergeordneter Natur sind, sondern gewichtige Bedenken an der Wahrheit der Sachverhaltsdarstellung des Hauptbeweisführers wecken, ist der Beweis gescheitert. Die so umschriebene, für die Einhaltung des Beweisgrades der hohen Wahrscheinlichkeit mindestens erforderliche Annäherung an die Wahrheit kann zum Zweck der Veranschaulichung mit einem numerischen Wahrscheinlichkeitswert von 75 Prozent beziffert werden.»⁵⁴

Das Bundesgericht räumt Beweiserleichterungen durch Reduktion des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit auch in Fällen ein, in denen es nicht um den Beweis einer ziffernmässigen Grösse geht, sondern um den Nachweis einer sonstigen Haftungsvoraussetzung. Typischerweise bei der Kausalität hat das Bundesgericht das reduzierte Beweismass für den Beweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs als anwendbar erachtet. Die Rechtsprechung lässt eine Senkung des Beweismasses auch in Bezug auf den Nachweis des Geschehensablaufs, so beim Eintritt des Versicherungsfalls, bei Diebstahl oder beim Nachweis der Fehlerhaftigkeit eines Produkts,⁵⁵ zu.

Typische Fallgruppen von Beweisnot sind Behauptungen zu den in der Zukunft liegenden Sachverhalten, also Behauptungen zu hypothetischen Sachverhalten. Dies ist der Fall beim Nachweis der Folgen einer Unterlassung. Der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen Unterlassung und Schadenseintritt wird

⁵⁴ BERGER-STEINER, ZBJV, 297 f.

⁵⁵ Dazu Kapitel II.E.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

dann bejaht, wenn ein rechtzeitiges Handeln die Schädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.⁵⁶

3. Glaubhaftigkeit

Die unterste Stufe des Beweismasses stellt das Glaubhaftmachen dar. Es greift vor allem in Verfahren Platz, in denen die Beweismittel beschränkt sind. Der Beweisgrad der einfachen Wahrscheinlichkeit bedarf einer gesetzlichen Grundlage.⁵⁷

Mit dem Erfordernis einer blossen Glaubhaftmachung von Tatsachenbehauptungen soll einer Partei schnell Rechtsschutz verschafft werden, bevor im nachfolgenden Hauptprozess über bestrittene Tatsachen definitiv Beweis abgenommen wird. Glaubhaftmachung bedeutet, dass der Richter von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung nicht überzeugt sein muss.⁵⁸ Es genügt, dass ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit vermittelt wird. Die Möglichkeit, dass es sich anders verhalten hat, muss nicht vollständig ausgeschlossen sein.⁵⁹

Nach der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verwendeten Formulierung ist eine Tatsachenbehauptung glaubhaft gemacht, wenn dem Richter auf Grund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen vermittelt wird, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten.⁶⁰

Die Rechtsprechung verlangt, dass das Gericht zumindest die Wahrscheinlichkeit, dass die behaupteten Tatsachen der Fall sind, höher einschätzen muss als das Gegenteil, damit man davon sprechen kann, dass eine Tatsachenbehauptung «glaubhaft gemacht» ist.⁶¹ Ausgehend von dieser Definition ist eine feste untere

⁵⁶ Dazu Kapitel II.B.2.

⁵⁷ WALTER, 2009, 56; uneindeutig, ob die Rechtsprechung eine richterrechtliche Herabsetzung des Beweismasses zulässt, dazu BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 131 III 222 E. 4.3 und 130 III 321 E. 3.2 und 3.3.

⁵⁸ BÜHLER, Beweismass, 42 f.

⁵⁹ BGE 130 III 321 E. 3.3; 120 III 397 E. 4c.; 104 Ia 408 E. 4; BÜHLER, Beweismass, 43.

⁶⁰ BGE 130 III 321 E. 3.3; 138 III 232 E. 4.1.1.

⁶¹ BGE 132 III 140 E. 4.1.2.

Grenze von 50% subjektiver Wahrscheinlichkeit anzunehmen, die nicht unterschritten werden darf.⁶²

E. Andere Formen der Beweiserleichterung

Auch der Zulassung von weiteren Beweiserleichterungen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten.⁶³ Die Beweiserleichterung setzt, wie bei der Senkung des Beweismasses, eine «Beweisnot»⁶⁴ voraus. Eine Beweisnot liegt vor, wenn dem Geschädigten Beweise fehlen, oder der Nachweis mit unverhältnismässigen Kosten oder mit anderen Nachteilen (z.B. Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen) verbunden ist.⁶⁵ Eine Beweisnot liegt weiter vor, wenn die Beweise durch das schädigende Ereignis vernichtet wurden oder wenn die beweisbelastete Partei sie aus irgendwelchen Gründen gutgläubig nicht sicherte.⁶⁶

1. Erhöhte Mitwirkungspflicht (Sekundäre Darlegungslast)

Gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO sind die Parteien und Dritte zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet. Eine Beweisführungserleichterung wird im Einzelfall aus einem Fehlverhalten der beweisbegünstigten Partei begründet.⁶⁷ Wenn sich die beweisbelastete Partei in einer Situation der Beweisnot befindet und der Beweisgegner näher an den zu beweisenden Tatsachen ist, kann sich dieser aber ausnahmsweise nicht mit dem einfachen Bestreiten begnügen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt in diesem Fall eine erhöhte Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei, wenn die beweisbelastete Partei ausserhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht, keine nähere Kenntnis der massgebenden Tatsachen besitzt und sich diese auch nicht ver-

⁶² BERGER-STEINER, Diss., Rz. 6.123; BSK ZPO I-GUYAN, Art. 157 Rz. 10; bereits bei 25%, bestimmt bei 51% SUMMERMATTER/JACOB, HAVE 2012, 142; AEBI-MÜLLER/JETZER, 297.

⁶³ BGE 128 III 271 E. 2 b/aa.

⁶⁴ dazu siehe vorne Kap. I.D.2.

⁶⁵ Urteil des BGer 4C.351/2000 vom 20. Juli 2001 E. 6.b.; BREHM BK ZGB Art. 42 N 47.

⁶⁶ FELLMANN, 61.

⁶⁷ Beweiserleichterungen werden beispielweise in Fällen fehlender oder mangelhafter Dokumentation durch den Arzt befürwortet, dazu Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23.11.2004 E.3.2 und nachfolgend Kap. II.D.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

schaffen kann, während der Beweisgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.⁶⁸

Die Last des Beweisgegners, am Beweisverfahren mitzuwirken, indem er Beweismittel zum Beweis des Vorliegens der angeblich fehlenden Tatsache anbietet, folgt aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 8 BV, Art. 2 ZGB, Art. 52 ZPO).⁶⁹

Die Beweisführungserleichterung, in Deutschland als «sekundäre Behauptungslast oder Darlegungslast»⁷⁰ konzipiert, bewirkt keine Beweislastumkehr. Im Rahmen der Substanziierungsanforderungen an das Bestreiten verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass Sachverhalte, die Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden und an sich nicht beweisbelasteten Partei sind, von dieser substantiiert vorzutragen sind, beziehungsweise die allgemeine Behauptung der beweisbelasteten Partei substantiiert zu bestreiten ist.⁷¹

Ein spezifischer Ausfluss von Treu und Glauben im Prozess stellt auch Art. 164 ZPO dar, wonach die ungerechtfertigte Verweigerung des Beweisgegners, an der Beweiserhebung mitzuwirken, im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt wird. Dies kann sich im Ergebnis wie eine Beweislastumkehr auswirken.⁷²

2. Beweisvereitelung

Als Beweisvereitelung wird ein rechtswidriges und schuldhaftes Verunmöglichen der Beweisführung durch eine Prozesspartei mittels Manipulation, Beseitigung oder Zurückhalten von Beweismitteln definiert. Solches Verhalten kann zur

⁶⁸ BGE 115 II 1 E. 4; Urteile des BGer 4A_576/2008 vom 19. Februar 2008 E. 2.4; 4P.196/2005 vom 10. Februar 2006 E. 5.2.: «Exceptionnellement, la partie qui n'est pas chargée du fardeau de la preuve ne peut pas se contenter de contester les faits allégués par la partie adverse, mais elle doit, en vertu des règles de la bonne foi, collaborer à l'administration des preuves»; Urteil kommentiert in: SZZP/RSPP 2006 Nr. 264.

⁶⁹ Urteil des BGer 4A_3/2011 vom 28. Februar 2011 E. 4 (mit Verweis auf aArt. 274d Abs. 3 OR); ZPO KUKO-OBERHAMMER, Art. 52 N 6; BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 9 und Urteil des BGer 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003 E. 4 und 5.4; im Rahmen des Beweises negativer Tatsachen: BGE 119 II 305 E. 1b.

⁷⁰ Zur in Deutschland unter dem Begriff «sekundäre Behauptungslast oder sekundäre Darlegungslast» beschriebenen Substanziierungslast der nicht beweisbelasteten Parteien, vgl. SCHWEIZER, 132 f.; dazu auch Urteil des BGer 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.3.

⁷¹ BGE 133 III 43 E. 4.1 und 4.3; Urteile des BGer 4A_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.2 f.; 4A_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2; ZPO KUKO-OBERHAMMER, Art. 52 N 6.

⁷² Urteil des BGer 4P.196/2005 vom 10. Februar 2006 E. 5.2.

Umkehr der Beweislast führen, wobei die schweizerische Rechtsprechung bei der Annahme einer Beweislastumkehr zurückhaltend ist. Eine Beweislastumkehr wird in der Lehre diskutiert und in der Regel nur gewährt, wenn eine schuldhaftige Beweisvereitelung nachgewiesen ist.⁷³ Die fahrlässige Beweisvereitelung ist vom Gericht bei der Beweiswürdigung bzw. bei der Senkung des Beweismasses zu berücksichtigen.⁷⁴

3. Tatsächliche Vermutungen und Anscheinsbeweis

Aus der Natur der Sache kann sich ergeben, dass sich der Richter mit einer auf der Lebenserfahrung auf tatsächlichen Vermutungen beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen kann und muss. Die *tatsächliche Vermutung* (auch natürliche Vermutung) stellt eine Beweiserleichterung im Rahmen der Beweiswürdigung dar. Sie beruht auf Indizien, aus denen mittels Wahrscheinlichkeitsüberlegungen und aufgrund der Lebenserfahrung auf einen nicht direkt bewiesenen Sachumstand geschlossen wird. Die Beweislastverteilung wird von der tatsächlichen Vermutung nicht berührt; der Beweisbelastete hat die für die Vermutung benötigten Indizien d.h. die Vermutungsbasis darzulegen.⁷⁵ So hat beispielsweise in Rahmen der Produkthaftpflicht der Geschädigte nicht die Ursache des Mangels zu beweisen. Es genügt, wenn er aufzeigt, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Konsumenten nicht erfüllte.⁷⁶

Der *Anscheinsbeweis* ist ein Anwendungsfall einer tatsächlichen Vermutung.⁷⁷ Er verschiebt lediglich das Beweisthema, indem der Beweisbelastete den Sachumstand beweisen muss, aufgrund dessen das Gericht – bei Vorliegen eines

⁷³ Botschaft ZPO, 2006 7287; WALTER, Haftpflichtprozess 2009, 58; FREY, Anwaltsrevue 2012, 507 ff.; BGE 129 III 181 E. 2.2 (4C.56/2002 vom 21. Oktober 2002 nicht publiziert); 130 III 571 E. 5.1 (5C.39/2004 vom 8. Juli 2004 nicht publiziert); Urteile des BGer 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 4.1; 4C.307/2006 vom 26. März. 2007 E. 3.1; ausführlich zu Lehre und Rechtsprechung JUCKER, ZSR, 169–179; SCHWEIZER, 132 ff.

⁷⁴ ZPO KUKO-SCHMID, Vor Art. 150-193 N 9; FREY, Anwaltsrevue 2012, 510. Keine Beweislastumkehr, wie sie in der Literatur vereinzelt befürwortet wird, da im Gesetz nicht vorgesehen und auch systemfremd, beim Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs bei Prospekthaftung gemäss Art. 752 OR, dazu BGE 132 III 715 E. 3.2.1. und 3.2.3.

⁷⁵ dazu BSK ZGB-LARDELLI/VETTER, Art. 8 Rz. 18 und 85 ff; SCHWEIZER, 130 f.; BGE 130 II 482 E. 3.2; 117 II 256 E. 2b; Urteil des BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.4.2.2.

⁷⁶ BGE 133 III 81 E. 4; siehe dazu Kapitel II.B.1.

⁷⁷ BRÖNNIMANN, 18 f., 28; BSK ZGB-LARDELLI/VETTER, Art. 8 Rz. 86; BK ZGB-WALTER, Art. 8 Rz. 79 ff. Urteil des BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.4.2.1 f.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

typischen Geschehensablaufs – auf den natürlichen Kausalzusammenhang mit der eingetretenen Wirkung schliesst. Der in diesem Sinne verstandene Anscheinsbeweis ist demnach eine richterliche Beweiswürdigung aufgrund typischer Geschehensabläufe und nicht eine Reduktion des Beweismasses.⁷⁸

Der Anscheinsbeweis setzt voraus, dass die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach allgemeiner Lebenserfahrung eine behauptete Tatsache als wahr erscheinen lässt, weil Abweichendes ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise läge. Ist aufgrund eines schlüssigen Anscheins ein Beweis für einen bestimmten Sachumstand gar nicht abzunehmen, entfallen für die beweisbelastete Partei auch die entsprechenden prozessualen Obliegenheiten, namentlich, Beweisanträge einzugeben.⁷⁹ So kann bei Strassenverkehrsunfällen aus dem objektiv regelwidrigen Verhalten des Schädigers unter Umständen ein Anscheinsbeweis für den natürlichen Kausalzusammenhang und das Verschulden gezogen werden.⁸⁰

Im Unterschied zu den sonstigen Beweiserleichterungen ist eine Beweisnot für die Anwendung des Anscheinsbeweises grundsätzlich nicht vorausgesetzt.⁸¹ Die Zulässigkeit und Wirksamkeit des Anscheinsbeweises hängt somit nicht von der Schwierigkeit der beweisbelasteten Partei ab, überhaupt den Beweis zu erbringen.

II. Das Beweismass und Beweiserleichterungen in den verschiedenen haftpflichtrechtlichen Anwendungsbereichen

A. Einführung

Das Haftpflichtrecht bietet zahlreiche Anwendungsmöglichkeiten der entwickelten Grundsätze zum Beweismass und zu den Beweiserleichterungen. Nachfolgend werden das Beweismass und die Beweiserleichterungen für haftpflichtrechtlich relevante Tatbestände nach Themenbereichen mit Verweis auf die massgebliche Rechtsprechung aufgezeigt.

⁷⁸ BRÖNNIMANN, 18 f.

⁷⁹ WALTER, Anscheinsbeweis, 453; Urteil des BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.4.2.1.

⁸⁰ Dazu nachfolgend Kapitel II.B.4.

⁸¹ BRÖNNIMANN, 20, 24 ff.

B. Sachverhalt und Kausalität

1. Nachweis des Geschehensablaufs

Die Rechtsprechung lässt eine Senkung der Anforderungen in Bezug auf den Nachweis des Geschehensablaufs beispielweise bei Eintritt des Versicherungsfalles bei Diebstahl zu.⁸² Derjenige, der gegenüber dem Versicherer Anspruch erhebt, ist behauptungs- und beweislspflichtig für den Eintritt des Versicherungsfalles. Da der Nachweis von rechtsbegründenden Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrages aber regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt der beweispflichtige Anspruchsteller eine Beweiserleichterung, indem er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzulegen hat. Der Versicherer kann hingegen im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an der von ihm geschilderten Diebstahlvariante erwecken. Gelingt dies dem Versicherer, dürfen die vom Versicherungsnehmer behaupteten Tatsachen nicht als bewiesen anerkannt werden. Vielmehr ist der Hauptbeweis gescheitert.⁸³

In Rahmen der Produkthaftpflicht hat das Bundesgericht in BGE 133 III 81 festgelegt, dass der Geschädigte nicht die Ursache des Mangels zu beweisen hat, sondern es genügt, wenn er aufzeigt, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen des durchschnittlichen Konsumenten nicht erfüllte. Kommt es im Zusammenhang mit dem Gebrauch eines Produktes zu einem Unfall, beurteilt sich der Beweis des Geschehensablaufs, der zum Unfall geführt hat, im Prinzip nach dem Gesichtspunkt der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁸⁴

2. Natürlicher Kausalzusammenhang

Die natürliche Kausalität zwischen einem Ereignis und einem Schaden ist gegeben, wenn das schadensstiftende Verhalten eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) für den eingetretenen Schaden ist⁸⁵, d.h. das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel bzw. nicht in gleicher Weise bzw. zur gleichen Zeit als eingetreten gedacht wer-

⁸² BGE 130 III 321 E. 3.3.

⁸³ BGE 130 III 321 E. 2, 3.3.

⁸⁴ BGE 133 III 81 E. 4.

⁸⁵ BGE 132 III 715 E. 2.2; 128 III 180 E. 2.d.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

den könnte. Die Beweislast liegt gemäss der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB beim Anspruchsteller.

Angesichts der typischen Beweisschwierigkeiten genügt nach konstanter Praxis für den Nachweis der natürlichen Kausalität das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁸⁶ Die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist zu verneinen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles neben den behaupteten weitere Ursachen ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen.⁸⁷

In Bezug auf Beschwerdebilder, die nicht bildgebend objektiviert werden können wie auch bei psychischen Beschwerden, sind gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung besonders hohe Anforderungen an die Grundlagen zu stellen, welche den Schluss auf das Vorliegen unfallkausaler Verletzungen zulassen, da die Beschwerden im Wesentlichen auf den subjektiven Angaben der geschädigten Person basieren und ein grosses Missbrauchspotential bieten.⁸⁸ Auch die zeitliche Komponente gehört zu den zu berücksichtigenden Umständen; umso grösser der zeitliche Abstand zwischen Unfall und Eintritt einer psychischen Störungen ist, umso strengere Anforderungen sind an den Wahrscheinlichkeitsbeweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zu stellen.⁸⁹

3. Hypothetischer Kausalverlauf

Typische Fallgruppen von Beweisnot sind Behauptungen zu Sachverhalten, die in der Zukunft liegen, also zu hypothetischen Sachverhalten. Dies ist der Fall beim Nachweis der Folgen einer *Unterlassung*.⁹⁰ Bei einer Unterlassung bestimmt sich der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen Unterlassung und Schadenseintritt danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.⁹¹ Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens

⁸⁶ BGE 107 II 269 E. 1b; 128 III 271 E. 2b/aa; Urteile des BGer 4C.222/2004 vom 14. September 2004 E. 2; 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.4.2.1.

⁸⁷ BGE 130 III 321 E. 3.3; 128 III 276 E. 2b/aa; 107 II 269 E. 1b; Urteile des BGer 4A_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.1 und 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 4.

⁸⁸ Urteil des BGer 4A_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2.

⁸⁹ Urteil des BGer 8C_116/2012 vom 13. Juni 2012 E. 4.2.1.

⁹⁰ Ausführlich zu Unterlassung als Haftungsursache KRAUSKOPF/ZELLWEGER, 71 ff.

⁹¹ BGE 121 III 358 E. 5; 115 II 440 E. 5a; Urteile des BGer 2C_816/2017 vom 8. Juni 2018 E. 3.4; 4A_49/2016 vom 9. Juni 2016 E. 4.1; 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 5.2; 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.3; 4C.225/2000 vom 8. März 2001 E. 2a.

und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss.⁹²

Die Rechtsprechung unterscheidet auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Gemäss Rechtsprechung ist es daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.⁹³

4. Regelverletzung

Aus einem fehlerhaften Zustand oder Verhalten kann auf dessen Kausalität für den Schaden geschlossen werden.⁹⁴ Im Zusammenhang mit Strassenverkehrsunfällen kann gemäss Bundesgericht aus der objektiven Regelverletzung eines Verkehrsteilnehmers (z.B. einer übersetzten Geschwindigkeit) unter Umständen ein Anscheinsbeweis für die natürliche Kausalität und sein Verschulden gezogen werden.⁹⁵ Dies bedeutet jedoch keine Reduktion des ordentlichen Beweismasses. Es darf nur dann auf ein grobes Fehlverhalten des Lenkers geschlossen werden, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass der Unfall durch keine anderen, nicht auf ein solches Fehlverhalten zurückzuführende Elemente verursacht wurde.⁹⁶

C. Schadensnachweis

1. Konkreter Schadensnachweis – Regelbeweismass

Wer Schadenersatz geltend macht, hat den Schaden, d.h. die wirtschaftliche Einbusse, die durch das Schadensereignis entstanden ist, zu beweisen und konkret zu berechnen. Der haftpflichtrechtlich relevante Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestell-

⁹² BGE 124 III 155 E. 3d.

⁹³ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2.

⁹⁴ BRÖNNIMANN nennt als Beispiele die Unterlassung von Unfallverhütungs- oder anderen Sicherungspflichten und von Aufsichtspflichten, die auf die Kausalität für den typischerweise auf solche Fälle zurückzuführenden Schaden schiessen können, s. BRÖNNIMANN, 23.

⁹⁵ Urteil des BGer 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 4.4.2.2.

⁹⁶ Urteil des BGer 4A_290/2018 vom 11. Oktober 2018 E. 2.4.1.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

ten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Grundsätzlich gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung in Bezug auf den Ist-Zustand und den Soll-Zustand.

2. Beweis des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens (Art. 42 Abs. 2 OR)

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge zu schätzen. Voraussetzung ist gemäss Wortlaut einerseits, dass ein Schaden vorliegt, und andererseits, dass dieser nicht ziffernmässig nachweisbar ist.

Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt indessen voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist.⁹⁷ Das Vorliegen der Voraussetzung der Beweisnot, dass ein vernünftiger Beweis nicht möglich ist, muss durch den Anspruchsteller zumindest glaubhaft gemacht werden.⁹⁸

Art. 42 Abs. 2 OR stellt gemäss bundesgerichtlicher Terminologie eine «Beweiserleichterung» dar, obwohl dieser Begriff nicht aus dem Gesetztext von Art. 42 OR stammt.⁹⁹ Auch in der Lehre wird der Bestimmung einhellig die Funktion einer Beweiserleichterungsnorm zugerechnet.¹⁰⁰

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezieht sich die Unmöglichkeit, den Schaden ziffernmässig nachzuweisen sowohl auf das Vorhandensein, wie auch auf die Höhe des Schadens.¹⁰¹ Es besteht also eine doppelte Beweiserleichterung für den Eintritt und die Höhe des Schadens.

Nicht ziffernmässig nachweisbar im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR sind grundsätzlich alle Arten von zukünftigen Schäden. Im Haftpflichtrecht sind das der zukünftige Invaliditäts-, Haushalt-, Betreuungs-, Pflege-, Versorger- und Rentenschaden.

⁹⁷ BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 122 III 219 E. 3a; Urteile des BGer 4A_651/2015 vom 19. April 2016 E. 3; 4A_431/2015 vom 19. April 2016 E. 5.1.2; 4A_232/2010 vom 19. Juli 2010 E. 10.1.

⁹⁸ FELLMANN, 62; BGE 131 III 360 E. 5.1.

⁹⁹ BGE 122 III 219 E. 3a.; Urteile des BGer 4A.338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.2 und 2.3; 4A.232/2010 vom 19. Juli 2010 E. 10.1; 4A.23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.3.3.

¹⁰⁰ U.a. SCHWEIZER 2016, 134; BK OR-BREHM Art. 42 N 50a.

¹⁰¹ BGE 132 III 379 E. 3.1; 122 III 219 E. 3a.

Entgangener Gewinn ist ebenfalls ein klassischer Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR. Im Gegensatz zum positiven Schaden (*damnum emergens*), wo eine tatsächlich erfolgte Vermögensverminderung vorliegt, beruht jeder entgangene Gewinn auf der hypothetischen Berechnung, wie sich der Vermögensstand entwickelt hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Solche Hypothesen sind von Natur aus unsicher und führen daher regelmässig zu einer Beweisnot.¹⁰²

Regelmässig ziffernmässig nachweisbar sind hingegen bereits eingetretene Schadenpositionen.¹⁰³ Auch der Sachschaden ist regelmässig ohne Hilfe des Richters bezifferbar.¹⁰⁴

a) Voraussetzung für die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR

Voraussetzung für eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR ist die substantiierte Behauptung und der Nachweis der Schätzungsgrundlagen, die dem Gericht die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben.¹⁰⁵ Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung denn auch ausdrücklich fest, dass der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen hat. Art. 42 Abs. 2 OR zielt also lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen.¹⁰⁶

Die Beweiserleichterung kommt also nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht schematisch zur Anwendung, wenn der Schaden gestützt auf Sachverhaltshypothesen festgesetzt wird. Auch eine Hypothese stützt sich in der Regel auf tatsächliche Grund-

¹⁰² BSK OR I-LANTER, Art. 42 N 58 ff.; Urteile des BGer 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 5.3; 4A_651/2015 vom 19. April 2016 E. 3 ff.; 4A_371/2011 vom 14. November 2011, E. 6.1 ff.

¹⁰³ BGE 127 III 403 E. 4c; 98 II 34 E. 2 und 3; Urteil des BGer 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019 E. 4.1.3 (zur Publikation vorgesehen); 4A_23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.3.2 f.

¹⁰⁴ In Ausnahmefällen hat das Bundesgericht eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR zugelassen: BGE 120 II 296 E. 3c.

¹⁰⁵ BGE 131 III 360 E. 5.1 f.; 122 III 219 E. 3a; Urteile des BGer 4A_651/2015 vom 19. April 2016 E. 3; 4A_431/2015 E. 5.1.2.

¹⁰⁶ BGE 140 III 409 E. 4.3.1; 128 III 271 E. 2b/aa; 122 III 219 E. 3a.; auch BGE 131 III 360 E. 5.1, wobei das Bundesgericht darin festhält, der Kläger habe die tatsächlichen Umstände, aus denen der Richter alle massgebenden Elemente erkennen könne, um das Einkommen des Geschädigten festzulegen, welches er ohne den Unfall erzielt hätte, *glaubhaft* zu machen.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

lagen. Soweit bezüglich dieser ein strikter Beweis möglich ist, kommt Art. 42 Abs. 2 OR nicht zum Tragen.¹⁰⁷

b) Keine Herabsetzung der Behauptungs- und Substanziierungslast im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR.

Art. 42 Abs. 2 OR regelt zwar in erster Linie den Beweis des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens, ist aber eng mit der Frage der Substanziierung desselben verknüpft. Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgehalten, dass Art. 42 Abs. 2 OR den Anspruchsteller nicht seiner Substanziierungsobliegenheit enthebe, sondern strenge Anforderungen an die Substanziierung im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR gestellt werden.¹⁰⁸ Nach ständiger Rechtsprechung soll der geschädigten Person durch Art. 42 Abs. 2 OR «nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen».¹⁰⁹

Substanziieren im eigentlichen Sinn meint die qualifizierte Behauptung sämtlicher rechtserheblichen Tatbestandsmerkmale der anspruchsbegründenden Norm und dient dazu das Klagefundament zu erstellen. Die Substanziierung im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR bezieht sich auf das schlüssige und nachvollziehbare Vortragen der Anhaltspunkte für die Schadensschätzung.

Die beweispflichtige Partei hat «alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen».¹¹⁰ Das Bundesgericht bezeichnet daher die genügende Substanziierung als eine der *kumulativen Voraussetzungen* für die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR.¹¹¹

In der Rechtsprechung scheint das Bundesgericht in seiner Formulierung zwischen Substanziierung und Beweisen keine grosse Differenzierung zu treffen. Diese lautete nämlich, dass die beweispflichtige Partei «alle Umstände, die für

¹⁰⁷ BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10b; BGE 128 III 271 E. 2b/bb.

¹⁰⁸ BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 122 III 219 E. 3a; Urteile des BGer 4A_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3; 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.3; 4C.351/2000 vom 20. Juli 2001 E. 6a.

¹⁰⁹ So in Urteile des BGer 4A_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.2; 4C. 55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.3; 4C.317/2003 vom 18. März 2003 E. 3.1.

¹¹⁰ Urteile des BGer 4A.709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.3.2; 4A.232/2010 vom 19. Juli 2010 E. 10.1; 4A.127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 6.3; 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.3.

¹¹¹ Ausdrücklich in Urteil des BGer 4A.154/2009 vom 8. September 2009 E. 6 in fine; «sofern sie (die Anspruchstellerin) die Beweiserleichterung von Art. 42 Abs. 2 OR in Anspruch nehmen wolle»; Urteil des BGer 4A.709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 4.1.

die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar, zu behaupten und zu beweisen» hat.¹¹² Entgegen vereinzelter Lehrmeinungen¹¹³ bewirkt Art. 42 Abs. 2 OR keine herabsetzende Behauptungs- und Substanziierungs-Obliegenheit des Anspruchstellers.¹¹⁴

Da die Zivilprozessordnung die Bezifferung von Forderungsklagen grundsätzlich verlangt (Art. 84 Abs. 2 ZPO), ist der Anspruch soweit möglich und zumutbar zu substanziieren; so wird namentlich auch in Anwendungsfällen von Art. 42 Abs. 2 OR verlangt, dass der Anspruchsteller alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar behauptet und beweist.¹¹⁵ Wenn es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, kann sie gestützt auf Art. 85 Abs. 1 ZPO eine unbezifferte Forderungsklage erheben.

c) *Ausgedehnte Verwendung von Art. 42 Abs. 2 OR?*

Die deliktsrechtliche Vorschrift des Art. 42 Abs. 2 OR spielt in der Haftpflicht-Praxis eine wichtige Rolle, insbesondere wenn es darum geht den künftigen Schaden nachzuweisen. Art. 42 Abs. 2 OR wird aber auch ausserhalb des Deliktsrechts und sogar auf andere Sachverhalte als Schadensfälle, die auf eine bestimmte Quantität lauten, analog angewendet.¹¹⁶

Das Bundesgericht setzt die analoge Anwendung der Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR explizit auch bei Fällen der Unmöglichkeit eines direkten Beweises ein, wie bei Szenarien des *hypothetischen Geschehensablaufs*, und verlangt tiefere Anforderungen an die Substanziierung. Dies mit dem Hinweis, dass entsprechende Sachvorbringen ausnahmsweise auch dann als ausreichend

¹¹² Urteile des BGER 4A_258/2018 vom 14. November 2018 E. 4; 4A_208/2014 vom 09. Oktober 2014 E. 6.2.2; 4A.709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.3.2; 4A.127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 6.3; 4A.232/2010 vom 19. Juli 2010 E. 10.1; 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.3.

¹¹³ FELLMANN, 61; BÜHLER, HAVE 2006, 57 mit Bezug auf BGE 122 III 219 E. 3b.

¹¹⁴ So auch FREY, AJP 2012, Rz. 1477, welcher die entsprechenden Hinweise in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf sprachlichen Ungenauigkeiten beruhen.

¹¹⁵ BGE 140 III 409 E. 4.2.1; 122 III 219 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A_463/2012 vom 19. Dezember 2012 E. 6.

¹¹⁶ Bsp. in Urteil des BGER 4A_338/2011 vom 14. Dezember 2011 E. 2.3; weitere Fälle in PASQUIER, HAVE 2016, 153.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

substanziert gelten, wenn die bestehenden Lücken erst noch durch das Beweisverfahren geschlossen werden müssen.¹¹⁷

Nachdem das Bundesgericht ausdrücklich die Möglichkeit einer Beweismasssenkung einräumt, wenn der Nachweis der entsprechenden Tatsache nach der Natur der Sache unmöglich oder unzumutbar ist¹¹⁸, besteht für eine ausgedehnte Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR keine Veranlassung.

3. Abstrakter Schadenberechnung

Dem der Differenztheorie zugrundeliegenden Schadensbegriff wird der normative oder abstrakte Schadensbegriff gegenübergestellt, welcher die Differenztheorie wertend konkretisieren oder korrigieren soll. Unter dem Blickwinkel normativer Wertungsgesichtspunkte ist demgemäss ein Nachteil auch dann ersatzwürdig, wenn dieser sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert, oder ein Aufwand, der durch das schadenersatzbegründende Ereignis nicht verursacht worden, aber nutzlos geworden ist.¹¹⁹ Die Anerkennung eines normativen abstrakten Schadens kann eine Beweiserleichterung darstellen.

a) *Haushaltsführungsschaden / Pflege- und Betreuungsschaden*

Lehre und Rechtsprechung anerkennen die Ersatzfähigkeit des sog. normativen Schadens in verschiedenen Bereichen. In Zusammenhang mit Personenschäden beim sog. Haushaltsführungsschaden¹²⁰ sowie beim Pflege- und Betreuungsschaden¹²¹ hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung wiederholt und explizit festgehalten, dass aus Gründen der Billigkeit ein Durchbruch des klassischen Schadensbegriffs gerechtfertigt sei.

Art. 46 OR gewährt der verletzten Person Anspruch auf die Kosten, die sie aufwenden muss, um die Folgen der Körperverletzung zu beheben oder wenigstens

¹¹⁷ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

¹¹⁸ BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 130 III 321 E. 3.2; 132 III 715 E. 3.1; 140 III 610 E. 4. Dazu s. Kap. II.B.3.

¹¹⁹ Nach Art. 43 Abs. 1 OR bestimmt der Richter Art und Grösse des Schadenersatzes sowohl nach Würdigung der Umstände als auch nach der Grösse des Verschuldens. Der Hinweis auf die Umstände und das Ermessen des Gerichts führt zu Art. 4 ZGB und zu der dort verankerten Befugnis, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden.

¹²⁰ Erstmals in BGE 108 II 434 E. 3.

¹²¹ Erstmals in Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. 7.

einzu­schränken. Darunter fallen die Haushaltsführungskosten wie auch die Kosten dauernder Betreuung und Pflege. Diese werden nicht nur ersetzt, wenn konkret Kosten für Haushalt- oder Pflegehilfen erwachsen. Nach der Rechtsprechung ist vielmehr der wirtschaftliche Wertverlust auszugleichen, der durch die eingetretenen Beeinträchtigung entstanden ist; dabei orientiert es die Höhe dieses abstrakten Schadens am hypothetischen Entgelt für eine Ersatzkraft.¹²² Diese Praxis führt ebenfalls zu einer Beweiserleichterung, wobei zur Substanziierung des Haushaltschadens dennoch konkrete Vorbringen zum Haushalt, in dem der Anspruchssteller lebt, und zu den Aufgaben, die ihm darin ohne den Unfall zugefallen wären, unerlässlich sind. Dies hat die ansprechende Person mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.¹²³

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bisher der Haushaltsschaden sowie der Pflege- und Betreuungsschaden als normative Schadenpositionen anerkannt worden. Denkbar ist jedoch die Relativierung des klassischen vermögensbezogenen Schadensbegriffs auch in anderen Bereichen.¹²⁴

b) Merkantiler Minderwert

Der merkantile Minderwert ist die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswerts einer Sache, die unabhängig von deren technischer bzw. funktioneller Beeinträchtigung eintritt.

Das Bundesgericht hatte kürzlich¹²⁵ zu beurteilen, ob ein merkantiler Minderwert bei Liegenschaften einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Hintergrund war ein Wassereintrich, infolgedessen die Eigentümer und Kläger unter anderem Schadenersatz aus merkantilem Minderwert gegenüber dem Generalunternehmer geltend machten. Das Bundesgericht bestätigte, dass ein merkantiler Minderwert grundsätzlich bei allen Sachen eintreten könne, bei denen der Markt infolge eines schädigenden Ereignisses mit einem weder technisch noch funktionell begründeten Preisabschlag reagiere. Allerdings erfordere dies eine differenzierte Betrachtung je nach Art der betroffenen Sache.

¹²² Statt vieler BGE 132 III 321 E. 3.1.

¹²³ Urteil des BGER 4A_259/2012 vom 13. September 2012 E. 3.1.2; KYBURZ, 175; krit. HERMANN, 133 ff., insb. 138 f.

¹²⁴ Unter dem Gesichtspunkt des Kommerzialisierungs- und Frustrationsgedankens s. PROBST, 34. mit weiteren Hinweisen. S. auch nachfolgend Kap. II.C.3.

¹²⁵ Urteil des BGER 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019 (zur Publikation vorgesehen).

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Bei *Motorfahrzeugen* stellt der Schaden aus merkantilem Minderwert regelmässig eine bleibende Vermögensverminderung dar. Dabei sei eine abstrakte Schadensberechnung zulässig.¹²⁶

Demgegenüber können gemäss Bundesgericht *Immobilien* infolge eines schadensstiftenden Ereignisses nicht langfristig als minderwertig angesehen werden. Beim Verkauf wie auch bei einer Enteignung oder einer Zwangsverwertung kann gemäss Bundesgericht ein solcher konkret bleibender Schaden nachgewiesen werden, so dass für den Ersatz eines merkantilen Minderwertes bei Immobilien nur eine konkrete Schadensberechnung zulässig ist.¹²⁷

Aufgrund der Möglichkeit, den Schaden konkret zu berechnen, sieht das Bundesgericht keine Veranlassung, eine Beweiserleichterung gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR bzw. eine abstrakte Schadensberechnung zuzulassen.

c) *Nutzungsausfall*

Wenn die beschädigte Sache der Erzielung eines Einkommens dient, entsteht zusätzlich zum Sachschaden regelmässig auch der mittelbar aus dem Schadereignis entstehende Nutzungsausfall (bei Fahrzeugen auch als Chômage bezeichnet) als Vermögensschaden.¹²⁸ Dies ist beispielweise der Fall bei Beschädigung von *Nutzfahrzeugen*, von Lokomotiven oder Zugkompositionen. Auch für den reparaturbedingten Ausfall von *Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs* stellt sich die Frage der Ersatzpflicht und der Berechnung des Ausfallschadens.¹²⁹

Bei einer kommerziellen Nutzung sind finanzielle Auswirkungen bei einer fehlenden resp. verzögerten Nutzungsmöglichkeit die Regel.¹³⁰ Der Vermögensschaden, der entsteht, wenn der Ausfall einer solchen Maschine durch zahlreiche betriebliche Dispositionsmassnahmen kompensiert werden muss, kann oft nicht oder höchstens mit unzumutbarem Aufwand berechnet werden. Infolgedessen ist die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu bejahen.

Die Frage der Ersatzpflicht bei reparaturbedingtem Ausfall von Nutzfahrzeugen sowie Fahrzeugen eines Unternehmens des öffentlichen Verkehrs wurde bisher

¹²⁶ Urteil des BGer 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019 E. 4.2.2 (zur Publikation vorgesehen) mit Bestätigung der älteren Rechtsprechung BGE 64 II 137 und 84 II 158.

¹²⁷ Urteil des BGer 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019 E. 4.2.3 (zur Publikation vorgesehen).

¹²⁸ BGE 97 II 221 E. 6.; BSK OR-I-LANTER, Art. 42 N 37.

¹²⁹ Dazu KLETT, HAVE 2012, 383 f.; RUSCONI, 55 f.; SCHAER, Rz. 206.

¹³⁰ Urteil des BGer 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 5.3.

noch nie vom Bundesgericht beurteilt. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass derartige Schadensfälle normalerweise aussergerichtlich zwischen den Geschädigten und den Haftpflichtversicherungen beigelegt werden. Dazu besteht eine langjährige aussergerichtliche Schadenerledigungspraxis, welche den Nutzungsausfall als ersatzfähige Schadensposition anerkennt. Verschiedene Branchenorganisationen haben in diesem Zusammenhang Regelwerke erlassen sowie mit den Schadensversicherern Vereinbarungen getroffen, welche die Ersatzfähigkeit solcher Ausfallschäden ausdrücklich festhalten und deren Berechnung regeln.¹³¹ Die entwickelten Modelle für die Berechnung des Nutzungsausfalls von Fahrzeugen, die kommerziell eingesetzt werden, berücksichtigen die Fixkosten wie Systemkosten (Anschaffungskosten), Amortisationszeit, Amortisationskosten, Kapitalzinsen, Garage-/Depotkosten, Versicherungsprämien, Verkehrssteuer, Reklamekosten und administrative Kosten.

Die branchenanerkannten Modelle zeigen einerseits die Komplexität der Berechnungsgrundlage und der Berechnung und liefern andererseits die Rechtfertigung für die Beanspruchung der Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR bzw. für eine abstrakte Schadenberechnung.

D. Arzthaftung

1. Beweis des ärztlichen Behandlungsfehlers

Die Rechtsprechung in Zusammenhang mit der Arzthaftung ist facettenreich.

Als Beauftragter schuldet der Arzt dem Patienten nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern lediglich eine darauf ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst (Art. 394 Abs. 1 OR). Beim Behandlungsfehler geht es um die Frage, ob ein widerrechtliches Verhalten im Sinne einer Vertragsverletzung vorliegt. Das blosses Ausbleiben des Behandlungserfolgs stellt nicht per se eine Vertragsverletzung dar, da medizinische Behandlungen und Eingriffe in einem gewissen Mass mit Risiken verbunden sind, die trotz Anwendung aller notwendigen Sorgfalt nicht vermeidbar sind.¹³² Der Nachweis des Behandlungsfehlers obliegt dem geschädigten Patienten.¹³³

¹³¹ Zum Beispiel: Vereinbarung zwischen dem Verband öffentlicher Verkehr (VöV) und dem Schweizerischen Versicherungs-Verband (SVV) zur Festlegung der Tagesansätze für Chömarge-Entschädigungen und Kalkulation der Chömarge-Entschädigung des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes ASTAG.

¹³² BGE 120 II 47 E. 2c = Pra 84 (1995) Nr. 141; 113 I b 423 E. 2.

¹³³ BGE 133 III 121 E. 3.1 = Pra 96 (2007) Nr. 105.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Für den Nachweis eines Behandlungsfehlers gilt das Regelbeweismass, wonach der Richter am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.¹³⁴ Ausnahmsweise kann der Geschädigte aber eine Beweiserleichterung für sich in Anspruch nehmen:

a) *Natürliche Vermutung der Sorgfaltspflichtverletzung*

Das Bundesgericht erkennt in BGE 120 II 248 eine Beweiserleichterung für den Nachweis der ärztlichen Unsorgfalt bei Behandlungen, die mit besonderen Risiken verbunden sind. Konkret oblag dem Bundesgericht die Beurteilung der Infektionsgefahr bei Verwendung von Injektionen. Es führt dazu aus, dass insoweit die Möglichkeit von negativen Auswirkungen der Behandlung erkennbar seien, der Arzt alle Vorkehren treffen müsse um deren Eintritt zu verhindern. Treten negative Auswirkungen ein, greife eine *tatsächliche Vermutung*, dass nicht alle gebotenen Vorkehrungen getroffen worden seien und damit eine *objektive Sorgfaltspflichtverletzung* vorliege.¹³⁵ Gemäss Bundesgericht dient diese Vermutung der Beweiserleichterung und hat keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Die natürliche Vermutung kann vom Arzt erschüttert werden, indem er beispielsweise darlegt, welche konkreten Vorkehren er im Einzelnen getroffen hat, und nachweist, dass nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft auch bei Anwendung aller Sorgfalt ein nicht beherrschbares Restrisiko verbleibt oder eine ernstzunehmende konkrete Möglichkeit eines atypischen Kausalverlaufs besteht.¹³⁶

Diese Rechtsprechung wurde in der Lehre wiederholt kritisiert,¹³⁷ vom Bundesgericht jedoch im Grundsatz bestätigt.¹³⁸ In einem späteren Urteil präzisiert das Bundesgericht die mit Entscheid 120 II 248 aufgestellte Vermutung und hält fest, dass die Vermutung sich ausdrücklich auf die in Frage stehende konkrete Art der Injektion beschränkte und damit eine spezifische Behandlung betrifft. Die aufgestellte natürliche Vermutung kann daher nicht ohne Weiteres auf eine andere Behandlung übertragen werden.¹³⁹ In BGE 133 III 121 liess es schliesslich offen,

¹³⁴ HAUSHEER/JAUN, HAP, Rz. 19.81; BÜHLER, Jusletter, Rz. 42.

¹³⁵ BGE 120 II 47 E. 2c = Pra 84 (1995) Nr. 141.

¹³⁶ BGE 120 II 47 E. 2c = Pra 84 (1995) Nr. 141; BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 389.

¹³⁷ HAUSHEER/JAUN, HAP, Rz. 19.82; BÜHLER, Jusletter, Rz. 42.

¹³⁸ BGE 133 III 121 E. 3.1; 130 I 337 E. 5.3.

¹³⁹ Urteil des BGer 4C.53/2000 vom 13. Juni 2000 E. 2 b = Pra 89 (2000) Nr. 155; bestätigt in BGE 133 III 121 E. 3.1 = Pra 96 (2007) Nr. 105.

ob die Geschädigte (Verletzung eines Nervs durch einen Wundhaken) von einer solchen Tatsachenvermutung profitieren könnte.¹⁴⁰

Das Bundesgericht präzisiert anschliessend, dass eine tatsächliche Vermutung einer sorgfaltspflichtwidrigen Rektaluntersuchung auf jeden Fall auszuschliessen ist, wenn alternative Erklärungen möglich sind, wenn beispielsweise Fachgutachten auf die Möglichkeit eines okkulten Dammrisses hinwiesen.¹⁴¹

b) *Beweismassreduktion bei fehlender ärztlicher Dokumentation*

Bei Arzthaftungsprozessen bildet die Krankengeschichte ein wichtiges Beweismittel zum Nachweis des Behandlungsfehlers und des Kausalzusammenhangs. Sie darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Lücken aufweisen und muss so geführt sein, dass über die wirklichen Gegebenheiten informiert wird und Irreführungen oder Missverständnisse vermieden werden.¹⁴² Bei fehlender oder mangelhafter Dokumentation können erhebliche Schwierigkeiten zur Feststellung des Sachverhalts entstehen. Ist dies der Fall gewährt das Bundesgericht eine Beweiserleichterung für den Nachweis eines Behandlungsfehlers und des Kausalzusammenhangs in Form einer Herabsetzung des Regelbeweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit.¹⁴³ Das Bundesgericht präzisiert allerdings, dass ärztliche Dokumentationspflicht als auftragsrechtliche Nebenpflicht nicht über die medizinisch begründete Dokumentationspflicht hinausgehen kann.¹⁴⁴ Die Dokumentationspflicht geht nur soweit, als sie dem medizinischen Zweck dient, und bezweckt nicht, dem Patienten die Beweisführung zu sichern.¹⁴⁵

2. Beweis der natürlichen Kausalität des Behandlungsfehlers

Angesichts der typischen Beweisschwierigkeiten für den Nachweis der natürlichen Kausalität genügt auch im Bereich der Arzthaftung das Beweismass der

¹⁴⁰ BGE 133 III 121 E. 3.4

¹⁴¹ BGE 141 III 363 E. 6.3.1. (4A_137/2015 vom 19. August 2015 nicht publiziert).

¹⁴² Urteil des BGER 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.3.

¹⁴³ Urteil des BGER 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.2, 7.4, 9, Herabsetzung des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit infolge Dokumentationsmangel aufgrund falschem, lückenhaftem und irreführendem OP Bericht und vernichteter Videokassetten der OP; vgl. Kritik dazu BÜHLER, Jusletter, Rz. 42, der vermerkt, dass bei Beseitigung der Dokumentation eigentlich eine Beweisvereitelung vorliege.

¹⁴⁴ BGE 141 III 363 E. 5.2.

¹⁴⁵ Sinngemäss auch SCHWEIZER, 136.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

überwiegenden Wahrscheinlichkeit zwischen dem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden.¹⁴⁶ Eine Beweislastumkehr für den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und körperlicher Beeinträchtigung bei grober Sorgfaltspflichtverletzung des behandelnden Arztes wird in der Schweiz, anders als in Deutschland, abgelehnt.¹⁴⁷

3. Beweis der Aufklärung

Gemäss Lehre und Rechtsprechung gehört sodann zu den vertraglichen Pflichten des Arztes eine Aufklärungspflicht.¹⁴⁸ Die Aufklärungspflicht umfasst gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Risiken eines Eingriffs, damit der Patient seine Zustimmung in Kenntnis der Sachlage abgeben kann.¹⁴⁹ Bei der Frage, ob eine hinreichende Aufklärung des Patienten über den vorzunehmenden medizinischen Eingriff erfolgt ist, geht es um einen Rechtfertigungsgrund. Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung obliegt es dem Arzt, die gehörige Aufklärung und die Einwilligung des Patienten nachzuweisen.¹⁵⁰ Dasselbe gilt für den Nachweis der hypothetischen Einwilligung, d.h. der Nachweis, dass der Patient auch bei hinreichender Aufklärung in den vorgenommenen Eingriff einwilligt hätte bzw. bei einem zulässigen Aufklärungsverzicht.¹⁵¹

Für den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes (Aufklärung/Einwilligung) gilt das Regelbeweismass. Der Richter darf also am Vorliegen der behaupteten Aufklärung und (hypothetischen) Einwilligung keine ernsthaften Zweifel mehr haben.¹⁵² Für die Annahme des Einwandes der hypothetischen Einwilligung des Patienten ist der Wille des betroffenen Patienten in der konkreten Situation massgebend. Diesen trifft bei der Abklärung des hypothetischen Willens eine *Mitwirkungspflicht*. Nur wenn der Patient keine persönlichen Gründe geltend macht, die ihn zur Ablehnung der vorgeschlagenen Operation geführt hätten, ist nach

¹⁴⁶ BGE 113 Ib 420 E. 3; allg. zum Beweismass der Kausalität vgl. BGE 107 II 2 E. 5.2.69, E. 1b; 128 III 271 E. 2b/aa, 275 f.; Urteile des BGer 4C.222/2004 vom 14. September 2004 E. 2; 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1; BÜHLER, Jusletter, Rz. 43.

¹⁴⁷ SCHWEIZER, 128.

¹⁴⁸ BGE 133 III 121 E. 4.1.2 mit Hinweisen.

¹⁴⁹ BGE 113 Ib 420 E. 6.

¹⁵⁰ BGE 117 Ib 197 E. 2d; 115 Ib 181 E. 2b und 113 Ib 425 E. 4.

¹⁵¹ BGE 117 Ib 197 E. 5c.

¹⁵² HAUSHEER/JAUN, HAP, Rz. 19.81.

objektivem Massstab zu prüfen, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverständlich gewesen wäre.¹⁵³

E. Produkthaftpflicht

Gemäss Produkthaftpflichtgesetz haftet ein Hersteller im Falle eines Schadens durch ein Produkt, wenn dieses fehlerhaft ist, d.h. nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 PrHG).

In BGE 133 III 81 präzisiert das Bundesgericht diesen Fehlerbegriff und äussert sich zur Beweislastverteilung und den Beweisanforderungen. Das Bundesgericht hält dabei hinsichtlich der Beweiserbringung fest, dass ein Anspruchsteller nicht die Ursache des Mangels zu beweisen habe, sondern es genügt, wenn er aufzeigt, dass das Produkt die *berechtigten Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit* nicht erfüllt. Anders gesagt, wenn es im Zusammenhang mit dem Gebrauch eines Produktes zu einem Unfall kommt, ist der Geschehensablauf, der zum Unfall geführt hat, grundsätzlich mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.¹⁵⁴

Der Beweis des Produktfehlers umfasst den Nachweis der Umstände des Unfalls. Wer deshalb in einem Produkthaftpflichtfall Schadenersatzansprüche erhebt, ist vorab für den Hergang des Schadenereignisses behauptungs- und beweisbelastet. Soweit dieser Beweis nur durch Indizien oder aufgrund der Aussagen des Geschädigten erbracht werden kann, geniesst der beweisbelastete Anspruchsberechtigte eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Schadenereignisses mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen vermag. Gelingt es dagegen dem Hersteller im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert und die Klage abzuweisen.

Der Entscheid richtet sich auf den verpönten Beweisgrundsatz «post hoc ergo propter hoc» und wurde in der Lehre dogmatisch kritisiert, im Ergebnis jedoch anerkannt.¹⁵⁵

¹⁵³ BGE 133 III 121 E. 4.1.3; Urteil des BGer A_353/2018 vom 1. April 2019 E. 2.1.

¹⁵⁴ BGE 133 III 81 E. 4.

¹⁵⁵ WALTER, Haftpflichtprozess 2009, 66.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

In BGE 137 III 226 äussert sich das Bundesgericht im Fall einer vorzeitig abgenutzten implantierten Hüftgelenkprothese zum ersatzfähigen Schaden, zum Nachweis eines Fabrikationsfehlers und zur Ausnahme der Haftung bei Entwicklungsrisiken. Die fragliche Prothese wurde dem Geschädigten 1996 operativ eingesetzt und musste aufgrund einer Abreibung bereits 2002 ersetzt werden. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass eine Person, der eine Hüftprothese implantiert worden ist, grundsätzlich den Ersatz des Folgeschadens verlangen kann, der sich aus einer durch die fehlerhafte Prothese verursachten Körperverletzung ergibt. Der Geschädigte hat dabei den Fehler des Produktes zu beweisen. Auch wenn kein strikter Beweis verlangt werden kann, ist der Beweis eines Produktionsfehlers in zu beurteilendem Fall gescheitert, da die fehlerhafte Hüftgelenkprothese nicht aufbewahrt wurde und somit der Produktionsfehler nicht nachgewiesen werden konnte.¹⁵⁶

F. Haftung für Werkmangel

Die Eigentümerin eines Gebäudes oder eines anderen Werkes haftet nach Art. 58 Abs. 1 OR für den Schaden, den dieses infolge fehlerhafter Anlage, Herstellung oder mangelhaften Unterhalts verursacht. Ein Werkmangel nach Art. 58 OR liegt vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet. Ob ein Werk fehlerhaft angelegt oder mangelhaft unterhalten ist, hängt vom Zweck ab, den es zu erfüllen hat.¹⁵⁷ Das anzuwendende Beweismass in Bezug auf die Fehlerhaftigkeit des Werks ist das Regelbeweismass.¹⁵⁸

Im Zusammenhang mit Werkmangel *bei öffentlich und allgemein zugänglichen Werken* hat das Bundesgericht im Jahr 1937 die natürliche Vermutung des Bestehens eines Werkmangels als Unfallursache aufgestellt, wenn sich bei der Benutzung eines allgemein zugänglichen Werkes ein Unfall ereignet.¹⁵⁹

Diese natürliche Vermutung führt im Ergebnis zu einer Umkehrung der Beweislast, weil der Geschädigte lediglich den Unfall wie auch die Benutzung des allgemein zugänglichen Werkes nachzuweisen hat. Der Werkeigentümer hat hingegen mittels Gegenbeweis nachzuweisen, dass eine andere Schadensursache als der vermutete Werkmangel zum Schaden geführt hat.

¹⁵⁶ BGE 137 III 226 E. 3 und 4.

¹⁵⁷ BGE 130 III 736 E. 1.3; 126 III 113 E. 2a/cc.

¹⁵⁸ Urteil des BGer 4A_189/2018 vom 6. August 2018 E. 3.2.1.

¹⁵⁹ BGE 63 II 95; dazu BÜHLER, Jusletter, Rz. 36.

G. Bedeutung des Beweismasses auf die Gutachterfragen

Bei der Erledigung von Haftpflichtfällen bedarf es für die Feststellung des Sachverhalts und der rechtserheblichen Tatsachen oft eines Gutachtens. Die richterliche Würdigung des Gutachtens ist Gegenstand der freien Beweiswürdigung. Die Pflicht des Gerichts, seine Beweiswürdigung zu begründen, d.h. die Gründe darzulegen, weshalb es eine Tatsache oder einen Tatsachenkomplex oder eine gutachterliche Schlussfolgerung als richtig erachtet oder nicht, fliesst – wie die Pflicht zur Urteilsbegründung – aus dem Verfahrensgrundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Es ist keine Auseinandersetzung in allen Einzelheiten notwendig, das Gericht muss vielmehr darlegen, aus welchen Gründen ein Gutachten – durch Verständnis in seinen wesentlichen Zügen – als richtig und schlüssig erachtet wird.¹⁶⁰ Bei der Formulierung der Gutachterfragen ist das für die zu beweisende Tatsache geltende Beweismass ausschlaggebend und zwingend zu beachten. Werden die Fragen nicht in Übereinstimmung mit dem für den streitigen Sachverhalt anwendbaren Beweismass formuliert, können die Antworten der Gutachter zu falschen Beweiswürdigungen führen.

Geht es um die Feststellung eines Sachverhalts, für welchen der strikte Regelbeweis gilt, ist der Gutachter zu fragen, ob für die fragliche Tatsache eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit besteht bzw. ob keine erheblichen Zweifel daran bestehen.¹⁶¹ Eine Frage nach der blossen Wahrscheinlichkeit einer Tatsache würde den verlangten Regelbeweis möglicherweise nicht erbringen, es sei denn, der Gutachter formuliert seine Antwort nicht nach Massgabe der Fragestellung. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist der gesamte Inhalt des Gutachtens in Betracht zu ziehen.¹⁶²

Gilt für die zu erfragenden Tatsachen oder Sachverhalte das abgesenkte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, sind die Fragen entsprechend zu formulieren. D.h. es ist danach zu fragen, ob eine Tatsache oder ein Sachverhalt überwiegend wahrscheinlich ist.

Da die Gutachter oft keine Kenntnisse über die Bedeutung des Beweismasses und die gemäss Rechtsprechung festgelegten Beweismassintensitäten verfügen, ist anzuregen, im Rahmen einer Vorbemerkung zum Fragenkatalog die Wahrscheinlichkeitsgrade zu erläutern. Sinnvoll ist ebenfalls, die Fragestellung nach

¹⁶⁰ Urteil des BGer 5A_663/2015 vom 7. März 2016 E. 3.1.

¹⁶¹ Formulierungsvorschläge in BÜHLER, Jusletter, Rz. 60 ff.

¹⁶² So auch BÜHLER, Jusletter, Rz. 64.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

Massgabe einer abgestuften Wahrscheinlichkeitsskala in Prozenten zu formulieren und den Gutachter aufzufordern, den entsprechenden Wahrscheinlichkeitsgrad in Zahlen anzugeben.¹⁶³

¹⁶³ BÜHLER, Jusletter, Rz. 65 ff.

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA/JETZTER LAURA, Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht, AJP 2011, 287 ff.
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007 (Diss.)
- BERGER-STEINER ISABELLE, Der Kausalitätsbeweis, in: Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich/Basel/Genf 2009, 13 ff. (HAVE)
- BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, ZBJV 2007, 269 ff. (ZBJV)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Zum Anscheinsbeweis, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 17 ff.
- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess – Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich 2006, 38 ff. (Beweismass)
- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter vom 21. Juni 2010 (www.jusletter.ch; zit. Jusletter)
- FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: Fellmann /Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, 1 ff.
- FREY TOM, Substanziierung im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, AJP 2012, 1472 ff. (AJP 2012)
- FREY TOM, Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen, Anwaltsrevue 2012, 507 ff. (Anwaltsrevue 2012)
- GUYAN PETER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Basel 2017
- HAUSHEER HEINZ / JAUN MANUEL, § 19 Unsorgfältige ärztliche Behandlung – Arzthaftung, in: Weber/Münch (Hrsg.), HAP Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 865 ff.
- HARMS EDUARD, Chômageforderungen für öffentliche Verkehrsmittel, SJZ 1962, 332 ff.
- HERMANN JAN, Beeinträchtigung in der Haushaltsführung, in: Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 133 ff.
- JUCKER BEAT, Zur Beweisvereitelung bei Verletzung aktienrechtlicher Aufbewahrungspflichten, ZSR 2016, 169 ff.

Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtprozess

- KAUFMANN MARTIN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP 2003, Rz. 1199 ff.
- KLETT BARBARA, Der Nutzungsausfall als Schadensposition, HAVE 2012, 377 ff.
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/ZELLWEGER DEBORAH, Unterlassung als Haftungsursache, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2019, Zürich/Basel/Genf 2019, 71 ff.
- KYBURZ KARIN, Stellenwert des Haushaltassessments, in: Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Form 2013, 173 ff.
- LANDOLT HARDY, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in Fellmann/Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2011, 82 ff.
- PASQUIER BRUNO, Beweiserleichterung und Erfahrungssätze in der Berechnung des Personenschadens, in: Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 147 ff.
- PASQUIER BRUNO, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – Kritik an Art. 42 Abs. 2 OR, HAVE 2015, 235 ff.
- PROBST THOMAS, Der Ersatz "immateriellen Schadens" im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht, in: Probst/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 2010, Bern 2010, 4 ff.
- RUSCONI BAPTISTE, Le préjudice automobile, Fribourg 1966, 55 ff.
- SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel 1984
- SCHWEIZER MARK, Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 121 ff.
- SUMMERMATTER ROLAND/JACOBER CLAUDIA, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang. Versuch einer begrifflichen Klärung anhand der jüngeren Rechtsprechung im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsrecht, HAVE 2012, 136 ff.
- WALTER HANS PETER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009 – Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich 2009, 47 ff. (Haftpflichtprozess 2009)
- WALTER HANS PETER, Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht, in: Fuhrer/Chappuis (Hrsg.), Haftpflicht und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 447 ff. (Anscheinsbeweis)