

Mark Schweizer*

Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	1
II.	Beweismassenkung	3
	A. Schätzung nicht ziffernmässig nachweisbarer Schäden	3
	B. Schätzung anderer nicht ziffernmässig nachweisbarer Forderungen	5
	C. Bei «typischer Beweisnot»	6
	D. Immer beim mittelbaren Beweis?	8
	E. Rechtsfolge: Beweismass der überwiegenden (besser: hohen) Wahrscheinlichkeit	10
III.	Sekundäre Behauptungslast	12
IV.	Beweislastumkehr	13
V.	Tatsächliche Vermutungen	19
VI.	Fazit	24
VII.	Literaturverzeichnis	27

I. Einführung

Das im schweizerischen Recht in Zivilsachen geltende Regelbeweismass – verstanden als der Grad der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit beweisbedürftiger Tatsachenbehauptungen¹ – ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung erfüllt, «wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.»² Wenn auch die Umschreibungen des Bun-

* PD Dr. iur., LL. M., Zürich.

¹ Das Bundesgericht spricht vom «gebotenen Überzeugungsgrad», BGE 130 III 113 E. 3.4.

² BGE 130 III 321 E. 3.2, zuletzt bestätigt in Urteil des BGer 4A_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.1.1.

desgerichts nicht immer einheitlich sind,³ so ist doch klar, was in der Sache gemeint ist. Der Richter kann erst dann für die beweisbelastete Partei entscheiden, wenn er nicht völlig, aber annähernd sicher ist, dass die strittige Tatsache der Fall ist. Will man das so verbal umschriebene Beweismass auf einer prozentualen Skala von 0% bis 100% ausdrücken, was in der neueren Literatur eine gewisse Beliebtheit erlangt hat, so wird von einer Überzeugung von mindestens 90% oder gar 95% gesprochen.⁴

Das Problem ist, dass eine solche «an Sicherheit grenzende» Überzeugung in der Praxis oft nicht erreicht werden kann. Nicht nur abstrakte erkenntnistheoretische Bedenken verhindern, dass der Richter (voll) überzeugt ist, sondern schlicht das Fehlen oder die Unzuverlässigkeit von Beweismitteln – Beweisschwierigkeiten eben. Würde die Justiz strikt auf dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung beharren, würde dies in zahlreichen Fällen dazu führen, dass ein von der Privatrechtsordnung gewährter Anspruch nicht durchgesetzt werden kann. Der primäre Zweck des Zivilprozesses, die Durchsetzung des materiellen Privatrechts im Interesse der Parteien,⁵ würde illusorisch. Die Praxis – und es war wirklich die Praxis, die Lehre hat hier weitgehend nur die Entwicklungen der Rechtsprechung nachvollzogen – hat daher zahlreiche Ausnahmen vom Regelbeweismass entwickelt, die verhindern sollen, dass der Zivilprozess statt der Rechtsdurchsetzung der Rechtsverhinderung dient.

Rechtstechnisch wird dabei mit verschiedenen Methoden gearbeitet, um der nach allgemeiner Regel beweisbelasteten Partei den ihr obliegenden Beweis zu er-

³ ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008, Rz. 3.93 ff.; ebenso DANIEL SUMMMERATTER / CLAUDIA JACOBBER, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang. Versuch einer begrifflichen Klärung anhand der jüngeren Rechtsprechung im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsrecht, HAVE 2012, 136–149, 142 f.

⁴ Für 90% BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 6.81; ihr folgend HANS P. WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, 47–68, 53; ALFRED BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 9; KuKo-ZPO-SCHMID, Art. 157 N 13; DIKE-ZPO-LEU, Art. 157 N 52; für 95% SUMMMERATTER / JACOBBER (Fn. 3), 142.

⁵ BGE 116 II 215 E. 3; ISAAK MEIER, Privatrecht und Prozessrecht - eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung, Bielefeld 1992, 1–112, 30; Botschaft ZPO, BBI 2006 7221, 7230; OSCAR VOGEL u. a., Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 9. Aufl., Bern 2010, § 1 Rz. 1; STEPHEN V. BERTI, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 27.

leichtern: einerseits mit Beweismassenkungen (z.B. beim Beweis des natürlichen oder hypothetischen Kausalzusammenhangs⁶), «sekundärer Behauptungslast» der nicht beweisbelasteten Partei (vor allem bei unbestimmten Negativa), tatsächlichen Vermutungen (z.B. der Vermutung, dass eine Zahlung in Fremdwährung unmittelbar nach Eingang in die Landeswährung konvertiert worden wäre⁷) und mit Beweislastumkehr (z.B. für den Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung einer Kapitalgesellschaft bei unterlassener Aufbewahrung von Buchhaltungsunterlagen⁸). Nicht weiter eingegangen wird im Folgenden auf das im vorsorglichen Massnahmeverfahren anwendbare Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 261 Abs. 1 ZPO).⁹ Abschliessend wird die ketzerische Frage gestellt, ob das gleiche Ziel der optimalen Rechtsdurchsetzung nicht besser mit einer generellen Beweismassenkung statt mit immer neuen Ausnahmen vom Regelbeweismass erreicht werden könnte.

II. Beweismassenkung

A. Schätzung nicht ziffernmässig nachweisbarer Schäden

Gemäss dem Wortlaut von 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 also gemäss Wortlaut einerseits, dass ein Schaden vorliegt, und andererseits, dass dieser nicht ziffernmässig nachweisbar ist.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist Art. 42 Abs. 2 OR allerdings nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch dann anwendbar, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist, d.h. auch auf die Existenz des Schadens.¹⁰ Das bedeutet aber gleichzeitig, dass die Existenz eines

⁶ BGE 132 III 715 E. 3.2.

⁷ BGE 109 II 440 E. 2; 117 II 256 E. 2b.

⁸ Kantonsgericht Zug, Urteil vom 22. Februar 1996, in GVP ZG 1996, 57 = SJZ 1998 366 Nr. 28.

⁹ Dazu MARK SCHWEIZER, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2015, 1–15.

¹⁰ BGE 95 II 481 E. 12a; 132 III 379 E. 3.1; FLAVIO PERINI, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung. Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 1994, 24; FRANÇOIS CHAIX, La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO), in: Chappuis / Winiger (Hrsg.), Le préjudice. Une notion en devenir ; Journée de la Responsabilité Civile 2004, Genève 2005, 39–61, Rz. 23; WALTER FELLMANN / ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. 1, Bern 2012, Rz. 1458; BRUNO PASQUIER, Die

Schadens keine Anwendungsvoraussetzung von Art. 42 Abs. 2 OR sein kann.¹¹ Folgt man allerdings der Differenztheorie, die den Schaden definiert als Differenz des aktuellen Vermögensstandes des Geschädigten und des hypothetischen Vermögensstandes ohne das schädigende Ereignis,¹² so kann Eintritt und Höhe des Schadens nicht auseinanderfallen. Die Existenz eines Schadens bedingt immer auch eine ziffernmässige Höhe, wo diese gleich Null ist, gibt es keinen Schaden.¹³

Weitere Voraussetzung für eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR ist, dass der Gläubiger die Schätzungsgrundlagen, die dem Gericht die Schätzung erst ermöglichen, substantiiert behauptet und nachweist.¹⁴ Das Bundesgericht umschreibt dies in ständiger Rechtsprechung mit der Formulierung, der Gläubiger müsse «alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar behaupt[e]n und beweis[en].»¹⁵ Bei der Behauptung hypothetischer Sachverhalte sind geringere Anforderungen an die Substanziierung zu stellen.¹⁶

Solange das Bundesgericht auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR vom herkömmlichen (konkreten) Schadensbegriff ausgeht¹⁷ – Art. 42 Abs. 2 OR also als eine reine Beweis(erleichterungs)norm betrachtet – wird die klagende

Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2014, Rz. 155; a.M. BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 3.30; BÜHLER (Fn. 4), Rz. 26 f.; BK-ZGB-WALTER Art. 8 N 525; WALTER (Fn. 4), 61.

¹¹ BGE 81 II 50 E. 5 (die Rüge, die Höhe des Schadens könne nur geschätzt werden, wenn sein Eintritt bewiesen wurde, geht fehl).

¹² BGE 129 III 331 E. 2.1;

¹³ HEINRICH HONSELL, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, Juristische Schulung 1973, 69–75, 72; MARCEL SÜSSKIND, Nachweis des Personenschadens, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich, Basel, Genf 2005, 113–133, 125; PASQUIER (Fn. 10), Rz. 152. Ähnlich BGE 127 III 403 E. 4a: eine Körperverletzung an sich ist kein Schaden im Rechtssinne, erst die daraus resultierenden wirtschaftlichen Folgen sind u.U. Schaden im Rechtssinn.

¹⁴ BGE 122 III 219 E. 3a; 128 III 271 E. 2b/aa; 140 III 409 E. 4.3.1; MARK SCHWEIZER, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, 163–188, 170 ff.

¹⁵ BGE 122 III 219 E. 3a.

¹⁶ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

¹⁷ Ob dies vernünftig ist, will ich hier nicht vertiefen. Kritisch ROLAND BREHM, Die problematische Berechnung des Dauerschadens, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich 2008, 223–230; STEPHAN WEBER, Vereinfachungen, Visionen und Illusionen, in: DERS. (Hg.), Personen-Schaden-Forum 2008, 291–299; MARC SCHÄTZLE, Damnum futurum abstractum, in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 507–518; siehe jedoch SÜSSKIND (Fn. 13), 245.

Partei nicht umhinkommen, alle Schätzungsgrundlagen substantiiert zu behaupten und insbesondere statistische Daten frühzeitig in den Prozess einzuführen.

B. Schätzung anderer nicht ziffernmässig nachweisbarer Forderungen

Nach der Rechtsprechung ist die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nicht auf Forderungen aus Delikt im Sinne von Art. 41 ff. OR beschränkt. Im Sinne der «traditionellen Analogiefreundlichkeit des schweizerischen Privatrechts»¹⁸ hat das Bundesgericht Art. 42 Abs. 2 OR analog angewendet auf die Schätzung ziffernmässig nicht oder nur sehr schwer nachweisbarer Forderungen aus Arbeitsvertrag (geleistete Überstunden,¹⁹ bezogene Ferientage²⁰ oder Auslagenersatz²¹), aus Kauf- und Werkvertrag (Minderwert²²), im Auftragsrecht beim Nachweis des anrechenbaren Vorteils,²³ güterrechtlicher Ausgleichsansprüche²⁴ und des Nettogewinns des bösgläubigen Geschäftsführers ohne Auftrag.²⁵

Die beweisbelastete Partei sollte sich aber nicht leichtfertig darauf verlassen, dass das Gericht die ihr zustehende Forderung schätzen wird. Das Bundesgericht verlangt, dass alles unternommen wird, die Forderung möglichst genau zu bestimmen.²⁶ Erst wenn dies ohne Verschulden der beweisbelasteten Partei nicht möglich oder unzumutbar²⁷ ist, ist das Gericht verpflichtet, die Forderung in (analoger) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. So kann der Arbeitnehmer nicht einfach behaupten, die Höhe seiner Auslagen liesse sich nicht genau nachweisen, und eine Schätzung verlangen. Grundsätzlich trägt der Arbeitnehmer die Beweislast für die Notwendigkeit wie auch die Höhe der einzelnen

¹⁸ HANS P. WALTER, Zur Rechtsnatur des Ermessensbegriffs in Art. 42 Abs. 2 OR, in: FUHRER (Hg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 677–687, 678.

¹⁹ Urteil des BGer 4C.381/1996 vom 20. Januar 1997 E. 4.

²⁰ BGE 128 III 271 E. 2b.

²¹ BGE 131 III 439 E. 5.1.

²² Urteil des BGer 4A_65/2012 vom 21. Mai 2012 E. 12.6 (Werkvertrag), Urteil des BGer 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 E. 3.2.6 (Kaufvertrag).

²³ BGE 128 III 22 E. 2e/cc.

²⁴ BGE 116 II 225 E. 3b; 121 III 152 E. 3c; Urteil des BGer 5A_51/2014 vom 14. Juli 2014 E. 2.3.

²⁵ BGE 134 III 306 E. 4.1.2 – «Resonanzetikette II».

²⁶ BGE 128 III 271 E. 2b.

²⁷ Unzumutbar kann der strikte Nachweis sein, wenn die Kosten dafür die (mutmassliche) Forderung übersteigen, Urteil des BGer 4C.184/2005 vom 4. Mai 2006 E. 4.2.1

Auslagen.²⁸ BGE 131 III 439 lag insofern ein Spezialfall zugrunde, als die Parteien eine Pauschalvergütung vereinbart hatten, die ungültig war, weil sie die tatsächlichen Auslagen nicht deckte (Art. 327a Abs. 2 OR). Weil beide Parteien anfänglich annahmen, die Spesen seien mit der Pauschalen abgegolten, traf den Arbeitnehmer zunächst keine Obliegenheit, eine monatliche Spesenabrechnung zu erstellen.²⁹ Unter den spezifischen Umständen des Einzelfalles war die Unmöglichkeit des exakten Nachweises der in der Vergangenheit angefallenen notwendigen Auslagen daher nicht durch den Arbeitnehmer verschuldet.

C. Bei «typischer Beweisnot»

Das Bundesgericht gesteht Beweiserleichterungen durch Reduktion des Beweismasses auf die «überwiegende Wahrscheinlichkeit» auch in Fällen zu, in denen es nicht um den Beweis einer ziffernmässigen Grösse geht, so beim Eintritt des Versicherungsfalls bei Entwendeversicherungen,³⁰ des Mangels eines Produkts³¹ oder der Urteilsunfähigkeit.³² Als gesetzliche Grundlage wird dabei teilweise die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR gesehen,³³ teilweise fehlt ein Hinweis auf die gesetzliche Grundlage für die Beweismassreduktion vollständig.³⁴ In der neueren Lehre spricht sich PASQUIER dafür aus, Beweismassenkungen bei typischer Beweisnot generell auf eine analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu stützen, unabhängig davon, ob es um den Beweis einer ziffernmässig bestimmbar Grösse geht.³⁵

Die Rechtfertigung für die Beweismassenkung wird in diesen Fällen darin gesehen, dass der Nachweis der entsprechenden Tatsache nicht nur im Einzelfall, sondern *nach der Natur der Sache* unmöglich oder unzumutbar ist.³⁶ Die Lehre spricht von einer «typischen» Beweisnot, die dann vorliegt, wenn die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des strikten Beweises einer Tatsachenbehauptung auf sachimmanente bzw. regeltypische Beweisschwierigkeiten zurückzuführen

²⁸ BGE 131 III 439 E. 5.1.

²⁹ BGE 131 III 439 E. 5.3.1.

³⁰ BGE 130 III 321 E. 3.3.

³¹ BGE 133 III 81 E. 4.2.2; 137 III 226 E. 3.2.

³² BGE 74 II 202 E. 1; Urteil des BGer 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 5.2.

³³ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

³⁴ BGE 130 III 321 E. 3.3; 133 III 81 E. 4.2.2.

³⁵ PASQUIER (Fn. 10), Rz. 272, 358 ff.

³⁶ BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 130 III 321 E. 3.2; 132 III 715 E. 3.1; 140 III 610 E. 4.

sind, die in allen gleichgelagerten Fällen vorliegen.³⁷ Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können hingegen nicht zu einer Beweiserleichterung führen. Eine Beweisnot liegt nicht «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.³⁸

Diese Einschränkung auf Fälle der «typischen» Beweisnot ist richtig: Dort, wo das Vorhandensein von Beweismitteln zu erwarten ist, wenn die behauptete Tatsache der Fall ist, stellt deren Fehlen einen Hinweis auf das Nicht-der-Fall-Sein der Tatsache dar. Behauptet jemand, einen Parkschaden erlitten zu haben, kann aber keine Delle am Auto nachweisen, dann deutet das darauf hin, dass das Auto keinen Parkschaden erlitten hat. Ist jedoch nicht zu erwarten, dass Beweismittel vorhanden sind, so stellt deren Fehlen auch kein Indiz dafür dar, dass sich die behauptete Tatsache nicht verwirklicht hat. Wer einen Diebstahl behauptet, muss zwar mit dem Regelbeweismass nachweisen, dass er die angeblich gestohlene Sache einmal besessen hat, aber nur mit «überwiegender Wahrscheinlichkeit», dass sie gestohlen wurde, denn typischerweise gibt es keine Beweismittel für einen Diebstahl.³⁹

Fallgruppen von Beweisnot sind namentlich Behauptungen zu in der Zukunft liegenden Sachverhalten und Behauptungen zu hypothetischen oder kontrafaktischen Sachverhalten, wie die Folgen einer Unterlassung oder der Wert eines zerstörten oder verlorenen Gegenstandes.⁴⁰ Ihnen gemein ist, dass sich ihre Wahrheit nicht an der Übereinstimmung der Aussage mit der Wirklichkeit messen lässt – soweit man das wissenschaftstheoretisch überhaupt für möglich hält – weil es gar keine Wirklichkeit gibt, mit der sie verglichen werden könnten.

Eine weitere Fallgruppe von Beweisnot ist der Kausalbeweis, der häufig als eigene Kategorie genannt wird. Auch Kausalität kann man nicht beobachten – man kann nur aus Beobachtungen auf Kausalität (im naturwissenschaftlichen Sinne) schliessen. Das Regelbeweismass der vollen Überzeugung kann beim Beweis des Kausalzusammenhangs oft nicht erreicht werden, und ein Beharren darauf würde die Rechtsdurchsetzung in vielen Fällen illusorisch machen. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist das Beweismass für den Beweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs denn auch «wegen der oft

³⁷ BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 7.06; PASQUIER (Fn. 10), Rz. 173.

³⁸ BGE 130 III 321 E. 3.2.

³⁹ BGE 130 III 321 E. 3.3.

⁴⁰ PASQUIER (Fn. 10), Rz. 68 ff.

bestehenden Beweisschwierigkeiten»⁴¹ auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt.⁴²

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.⁴³

D. Immer beim mittelbaren Beweis?

Relativ beiläufig erwähnt das Bundesgericht, dass eine Beweismassenkung immer dann angezeigt ist, «wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können.»⁴⁴

Dies ist eine sehr weitgehende Aussage.⁴⁵ Indizien, Indizientatsachen oder Hilfstatsachen sind Tatsachen, die selbst nicht unter ein Tatbestandsmerkmal subsumiert werden können, die aber einen Schluss darauf erlauben, ob die Haupttatsachenbehauptung wahr ist.⁴⁶ Nach richtiger Auffassung ist fast jeder Beweis ein mittelbarer Beweis; nur dort, wo der Richter die Haupttatsache durch eigene Beobachtung (Augenschein) feststellen kann, liegt ausnahmsweise ein direkter Beweis vor.⁴⁷ Bestätigt hingegen ein Zeuge, die Haupttatsache liege vor, so han-

⁴¹ BGE 128 III 271 E. 2b.

⁴² BGE 107 II 269 E. 1b; 121 III 358 E. 5; 132 III 715 E. 3.2.

⁴³ HARDY LANDOLT, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in: Fellmann / Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Zürich 2011, 81–120, 111. Heute in Deutschland gesetzlich geregelt durch § 630h Abs. 5 BGB, siehe dazu auch den Beitrag von ANDREAS SPICKHOFF in diesem Tagungsband.

⁴⁴ BGE 130 III 321 E. 3.2 (zuletzt bestätigt in Urteil des BGer 4A_223/2015 vom 17. August 2015 E. 3.4.4); die Formulierung geht zurück auf FABIENNE HOHL, Le degré de la preuve, in: Schwander / Stoffel (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg/Schweiz 1991, 125–159, 151.

⁴⁵ Kritisch denn auch PASQUIER (Fn. 10), Rz. 74.

⁴⁶ CHRISTOPH LEUENBERGER / BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 9.150; ROGER GRONER, Beweisrecht. Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, 2. Nach einer anderen Auffassung wird zwischen Indizien und Hilfstatsachen unterschieden: Hilfstatsachen sind nur solche Tatsachen, welche die Beweiskraft oder Zulässigkeit eines Beweismittels oder Indizes betreffen; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 3. Aufl. 1979, 319; BK-ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 157 N 7.

⁴⁷ EDGAR SIEGRIST, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Bern 1938, 203 f.; KARL ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 3. Aufl. 1963, 81; ARMIN NACK, Der Indizienbeweis, MDR 1986, 366–371, 367; EGON SCHNEIDER, Beweis und Beweiswürdigung. Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, München 5. Aufl. 1994, 99; ROLF BENDER / ARMIN NACK / WOLF-DIETER TREUER,

delt es sich entgegen der herrschenden Lehre um einen mittelbaren Beweis, denn die Zeugenaussage ist nur ein Indiz für das Vorliegen der Haupttatsache.⁴⁸ Die heute noch übliche Terminologie geht auf die historische Unterscheidung zwischen natürlichem (direkten) und künstlichem (indirektem oder «circumstantiellen») Beweis zurück. Der natürliche Beweis wird begründet durch Beweismittel, die auf sinnlicher Wahrnehmung beruhen.⁴⁹ Allerdings wird dazu auch das Zeugnis gezählt, es wird also nicht unterschieden zwischen der eigenen sinnlichen Wahrnehmung des Richters und der sinnlichen Wahrnehmung Dritter.⁵⁰ Beide begründen den natürlichen Beweis, soweit sie sich auf die Haupttatsache beziehen.

Da der mittelbare Beweis nach richtiger Auffassung die Beweisführung mittels aller Beweismittel ausser dem Augenschein umfasst, führt eine generelle Beweismasssenkung beim Indizienbeweis dazu, dass dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung in Zivilsachen ein geringer Anwendungsbereich verbleibt. Selbst wenn man mit der herrschenden Lehre den Zeugenbeweis, soweit sich die Aussage des Zeugen auf seine Wahrnehmung der Haupttatsache bezieht, zum unmittelbaren Beweis zählt, bedeutet die Formulierung des Bundesgerichts eine Beweismasssenkung in weiten Bereichen des Zivilprozesses. Der Autor begrüsst dies grundsätzlich, allerdings bleibt die gesetzliche Grundlage für die Beweismasssenkung unklar. PASQUIER verweist auf die «verallgemeinerungsfähige Wertung» von Art. 42 Abs. 2 OR, gemäss der das Beweismass zu senken sei, wenn ansonsten regelmässig der Beweis misslingen würde.⁵¹ Der Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 OR, der einen nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden verlangt, scheint einer Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ausserhalb des Nachweises bezifferbarer Grössen allerdings Grenzen zu setzen. Der Autor hat anderswo argumentiert, dass eine teleologische Auslegung von Art. 157 ZPO, die sich am Zweck des Zivilprozesses – der Durchsetzung des materiellen Rechts im Interes-

Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, München 3. Aufl. 2007, Rz. 578.

⁴⁸ CARL J. A. MITTERMAIER, Die Lehre vom Beweise. Im Deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher, Darmstadt 1843, 134, 140, 403; ENGISCH (Fn. 47), 71; BENDER / NACK / TREUER (Fn. 47), Rz. 582.

⁴⁹ MITTERMAIER (Fn. 48), 140.

⁵⁰ DERS. (Fn. 48), 402.

⁵¹ PASQUIER (Fn. 10), Rz. 358 ff.

se der Parteien – orientiert, generell zu einem tieferen Beweismass der überwiegenen Überzeugung führt.⁵²

E. Rechtsfolge: Beweismass der überwiegenen (besser: hohen) Wahrscheinlichkeit

Das in den Fällen der «Beweisnot» und in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geltende Beweismass ist dasjenige der «überwiegenen Wahrscheinlichkeit».⁵³ Nach dem Beweismass der überwiegenen Wahrscheinlichkeit «gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.»⁵⁴ An anderer Stelle im gleichen Urteil spricht das Bundesgericht davon, dass sich «der Richter mit derjenigen Gewissheit zufrieden zu geben [hat], die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung verlangt werden kann.»⁵⁵ Letztere Formulierung scheint auf ein relatives Beweismass hinzudeuten, dass sich aus den Beweisschwierigkeiten des konkreten Falles ergibt;⁵⁶ ein relatives – das Bundesgericht spricht von «variablem» – Beweismass lehnt das Bundesgericht mit der herrschenden Lehre aber ausdrücklich ab.⁵⁷

Der Ausdruck der «überwiegenen Wahrscheinlichkeit» ist deshalb missverständlich, weil das Bundesgericht unter diesem Beweismass mehr versteht als ein blosses (noch so geringes) Übergewicht der Überzeugung zu Gunsten einer Seite.⁵⁸ Dies wird klargestellt durch die Abgrenzung zur Glaubhaftmachung. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.⁵⁹ «Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenen Wahrscheinlichkeit höher:

⁵² MARK SCHWEIZER, *Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition*, Tübingen 2015, 482 ff.

⁵³ BGE 130 III 321 E. 3.2, 3.3.

⁵⁴ BGE 130 III 321 E. 3.3; 132 III 715 E. 3.1.

⁵⁵ BGE 132 III 715 E. 3.2.1.

⁵⁶ Gemäss BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 6.90 f., bezieht sich diese Aussage nur auf die adäquate Kausalität, die eine Rechts-, keine Tatfrage ist.

⁵⁷ BGE 130 III 321 E. 3.3 unter Hinweis auf Urteil des BGE 5C.99/2002 vom 12. Juni 2002 E. 2.4.

⁵⁸ MARC AMSTUTZ / STEFAN KELLER / MANI REINERT, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, *Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht* 2005, 114–121, 117; REINHARD KINDSCHER, Eine Wahrscheinlichkeit von 51% genügt nicht, *Schweizerische Ärztezeitung* 2009, 1847–1849, 1847.

⁵⁹ BGE 88 I 11 E. 5; 104 Ia 408 E. 4; 120 II 393 E. 4c.

Die 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.»⁶⁰ In der Lehre wird das «Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit» mit einem Wahrscheinlichkeitsgrad von 75% illustriert, der sozusagen auf halbem Weg zwischen den 50% der Glaubhaftmachung und den annähernd 100% des Regelbeweismasses liegt.⁶¹ Besser würde man daher statt vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit von dem der «hohen» Wahrscheinlichkeit sprechen.⁶² Da das Bundesgericht sich in einem neueren Urteil für eine einheitliche Terminologie unter Verwendung des Begriffs der überwiegenden Wahrscheinlichkeit entschieden hat,⁶³ wird es wohl vorläufig dabei bleiben.

Eine überzeugende Begründung für die 75%, oder die «hohe» statt überwiegende Wahrscheinlichkeit, fehlt. Zwar gibt es zahlreiche psychologische Gründe dafür, dass ein Beweismass von «nur» 50% als zu tief empfunden wird.⁶⁴ Aber normativ lässt sich nicht einleuchtend begründen, warum mehr als eine bloss überwiegende Überzeugung notwendig ist.⁶⁵ Mit der Festsetzung der Entscheidungsgrenze werden die Fehlerkosten verteilt (zu Fehlern im Sinne der Nicht-Übereinstimmung der Sachverhaltsrekonstruktion mit der Wirklichkeit kann es bei Entscheidungen unter Unsicherheit immer kommen). Warum diese einseitig von der beweisbelasteten Partei getragen werden sollen, leuchtet nicht ein.⁶⁶

⁶⁰ BGE 130 III 321 E. 3.3.

⁶¹ BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 6.123; WALTER (Fn. 4), 54; BÜHLER (Fn. 4), Rz. 13; SUMMERMATTER / JACOB (Fn. 3) 144; krit. ATILAY ILERI, Die Wahrscheinlichkeit oder die normative Wahrheit, in: Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (Hrsg.), Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 273–288, 287; MAX BERGER / ROMAN NOGLER, Beweisrecht - die Last mit dem Beweis(en), recht 2012, 168–175, 173.

⁶² HOHL (Fn. 44), 154 f.; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2002, ZBJV 2003, 637–677, 653; PETER BECK, Die Beweisführung im Haftpflichtrecht, in: Murer (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen. Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts: Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, 227–252, 243; BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 6.120.

⁶³ BGE 130 III 321 E. 3.3.

⁶⁴ MARK SCHWEIZER, Loss Aversion, Omission Bias and the Civil Standard of Proof, in: Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham 2015, 125–146.

⁶⁵ Ausführlich DERS. (Fn. 51), 482 ff.

⁶⁶ DERS. (Fn. 51), 508 ff.

III. Sekundäre Behauptungslast

In Deutschland wird mit dem Begriff der «sekundären Behauptungslast» die erhöhte Substanziierungslast der nicht beweisbelasteten Parteien bezeichnet, die dann greift, wenn die beweisbelastete Partei ausserhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht, keine nähere Kenntnis der massgebenden Tatsachen besitzt und sich auch nicht verschaffen kann, während der Beweisgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.⁶⁷ Erfüllt die nicht beweisbelastete Partei die Anforderungen an die sekundäre Behauptungslast durch erhöhte Substanziierung nicht, sondern begnügt sie sich mit einfachem Bestreiten, so gelten die Behauptungen der beweisbelasteten Partei als zugestanden.⁶⁸ Gerechtfertigt wird die sekundäre Behauptungslast mit dem Informationsgefälle zwischen (angeblichem) Gläubiger und Schuldner.⁶⁹ Die sekundäre Behauptungslast greift insbesondere dort, wo das materielle Recht das Nichtvorliegen von Tatsachen zur Anspruchsvoraussetzung erhebt oder sonst nach den Gegebenheiten im konkreten Rechtsstreit das Nichtvorliegen eines Umstandes bewiesen werden muss. In diesen Fällen kann vom Beweisgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten des Nichtvorliegens unter Darlegung der für das Vorliegen sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden.⁷⁰

Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts verwendet den Begriff der «sekundären Behauptungslast» nicht, kommt aber zu sehr ähnlichen Ergebnissen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich der Beweisgegner ausnahmsweise nicht mit einfachem Bestreiten begnügen, wenn sich die beweisbelastete Partei in einer Situation der Beweisnot befindet und der Beweisgegner näher an den zu beweisenden Tatsachen ist.⁷¹ Gemäss Bundesgericht

⁶⁷ BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 1999, 579, 580; RALF ESCHELBACH / ANDREAS GEIPEL, Substanziierungslast des Beklagten im Zivilprozess, Zeitschrift für die Anwaltspraxis Fach 13 2010, 1681–1688, 1685; GERRIT M. BECKHAUS, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung. Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht, Tübingen 2010, 141.

⁶⁸ Geständnisfiktion nach § 138 Abs. 3 ZPO-DE, BGH NJW 1986, 3193, 3194.

⁶⁹ ROLF MEYKE, Plausibilitätskontrolle und Beweis, NJW 2000, 2230–2235, 2232, unter Hinweis auf GÖTZ-SEBASTIAN HÖK, Obliegenheitsverletzung durch fehlende Substantiierung zum Parteivorbringen bei Informationsgefälle, MDR 1995, 773–779, 773.

⁷⁰ BGH NJW 1999, 579, 580.

⁷¹ BGE 115 II 1 E. 4; Urteil des BGer 4P.196/2005 vom 10. Februar 2006 E. 5.2 unter Hinweis auf FABIENNE HOHL, Procédure civile - Introduction et théorie générale, Bern 2001, Rz. 804; Urteil des BGer 4A.3/2011 vom 28. Februar 2011 E. 4; ANNETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: DIES. (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen. Praktische Probleme, Zürich 2013, 17–36, 24.

fliesst diese Obliegenheit aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Seit dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO findet sich die gesetzliche Grundlage in Art. 52 ZPO. Es verstösst gegen Treu und Glauben, den Gegner «auflaufen» und «dumm sterben» zu lassen.⁷² Insbesondere wo die beweisbelastete Partei das Nichtvorliegen einer Tatsache beweisen muss, folgt aus Treu und Glauben die Last des Beweisgegners, am Beweisverfahren mitzuwirken, indem er Beweismittel zum Beweis des Vorliegens der angeblich fehlenden Tatsache anbietet.⁷³ Trotzdem bewirkt die «sekundäre Behauptungslast» keine Beweislastumkehr; vielmehr ist die Weigerung des Beweisgegners, substantiiert zu bestreiten, im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.⁷⁴

Bei genauer Betrachtung beschlägt die sekundäre Behauptungslast nicht den eigentlichen Beweis, sondern die dem Beweisverfahren und der Beweiswürdigung vorgelagerte Behauptungs- respektive Substanziierungslast. Statt von Beweiserleichterung würde man in diesem Zusammenhang vielleicht besser von Beweisführungserleichterung sprechen.

IV. Beweislastumkehr

Die schweizerische Rechtsprechung ist bei der Annahme einer Beweislastumkehr traditionell eher zurückhaltend. Eine Beweislastumkehr wird in der Regel nur gewährt, wenn eine eigentliche Beweisvereitelung nachgewiesen ist,⁷⁵ aber auch dann nicht in jedem Fall.⁷⁶ In der Lehre wird argumentiert, nur die vorsätzliche Beweisvereitelung solle zur «schärfsten Sanktion» der Beweislastumkehr führen, die bloss fahrlässige Beweisvereitelung sei bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, respektive würde eine (weitere) Beweismasssenkung rechtfertigen.⁷⁷

⁷² KuKo-ZPO-OBERHAMMER Art. 52 N 6.

⁷³ BGE 119 II 305 E. 1b; Urteil des BGer 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003 E. 4; HOHL (Fn. 70), Rz. 805.

⁷⁴ Urteil des BGer 4P.196/2005 vom 10. Februar 2006 E. 5.2. Nicht zu übersehen ist, dass sie sich im Ergebnis wie eine Beweislastumkehr auswirken kann, VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 53.

⁷⁵ BGE 129 III 181 E. 2.2 (nicht publiziert); 130 III 571 E. 5.1 (nicht publiziert); Urteil des BGer 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 4.1; Urteil des BGer 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1; umfassende Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur bei BEAT JUCKER, Zur Beweisvereitelung bei Verletzung aktienrechtlicher Aufbewahrungspflichten, ZSR (NF) 2016, 169–179, 178 Fn. 79.

⁷⁶ TOM FREY, Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen, Anwaltsrevue 2012, 507–512, 509 f.

⁷⁷ Ebenda, 510 f.

Das Bundesgericht hat nie klar definiert, wann eine Beweisvereitelung anzunehmen ist. Aus Erwägung 2.3 des Urteils 4D_64/2013 vom 10. Februar 2014 könnte man ableiten, dass jedes rechtswidrige und schuldhafte Verhalten, das zum Nichtvorhandensein oder Verlust eines Beweismittels führt, als Beweisvereitelung gilt. Die Lehre verlangt für eine Beweisvereitelung in objektiver Hinsicht ein Tun oder Unterlassen, das dazu führen kann, einen an sich möglichen Beweis zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitern zu lassen, sowie in subjektiver Hinsicht, dass die Unterdrückung des Beweismittels zumindest fahrlässig erfolgt und dass die Beseitigung der Beweisfunktion zumindest in Kauf genommen wurde, d.h., dass die Beweiseignung des Beweismittels – typischerweise geht es um Urkunden – erkennbar war und die Urkunde trotzdem vernichtet wurde.⁷⁸ Als weitere Voraussetzung wird genannt, dass das Verhalten der beweisvereitelnden Person rechtsmissbräuchlich ist, denn als gesetzliche Grundlage der Beweislastumkehr bei Beweisvereitelung wird allgemein das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) angesehen.⁷⁹ Missbräuchliches Verhalten wird angenommen, wenn die beweisvereitelnde Person die durch sie geschaffene Beweisnot der beweisbelasteten Partei zu ihren Gunsten ausnutzt.⁸⁰ Damit hat diese Voraussetzung allerdings wenig praktische Bedeutung, denn die Frage, ob eine Beweiserleichterung gewährt werden soll, wird erst relevant, wenn die Gegenpartei die Behauptungen der beweisbelasteten Partei bestreitet und damit versucht, die Beweisnot auszunutzen.

Als Beweisvereitelung wurde die unterlassene Aufbewahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Buchhaltung durch den Verwaltungsrat einer zwischenzeitlich konkursiten Aktiengesellschaft betrachtet, so dass eine Überschuldung in dem vom Kläger behaupteten Zeitpunkt vermutet wurde.⁸¹ Im arbeitsvertraglichen Kontext unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Verletzung von gesamtarbeitsvertraglichen bzw. spezifischen Dokumentationspflichten und der allgemeinen Dokumentationspflicht des Arbeitgebers. Eine Missachtung von gesamtarbeitsvertraglichen bzw. spezifischen Dokumentationspflichten führt zu einer Umkehr der Beweislast zugunsten des Arbeitnehmers, während eine Verletzung

⁷⁸ MICHAEL BEGLINGER, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR (NF) 1996, 469–494, 492 f.; JUCKER (Fn. 74), 170.

⁷⁹ BEGLINGER (Fn. 77), 487 ff. m.w.H.; kritisch JUCKER (Fn. 74), 178 f. Heute ist Art. 52 ZPO der natürliche Anknüpfungspunkt, FREY (Fn. 75), 509.

⁸⁰ BEGLINGER (Fn. 77), 493; JUCKER (Fn. 74), 170.

⁸¹ Kantonsgericht Zug, Urteil vom 22. Februar 1996, in GVP ZG 1996, 57 = SJZ 1998 366 Nr. 28.

der allgemeinen Dokumentationspflicht, insbesondere derjenigen gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1,⁸² lediglich dann eine Umkehr der Beweislast bewirkt, wenn der Arbeitgeber treuwidrig gehandelt hat.⁸³ Ein treuwidriges Verhalten liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber die Beweismittel zerstört, um dem Arbeitnehmer den Beweis zu vereiteln,⁸⁴ wenn also eine *vorsätzliche* Beweisvereitelung vorliegt, während es bei der spezifischen Dokumentationspflicht nicht darauf ankommt, ob die Dokumentation gerade im Hinblick auf den Beweis der Überstunden durch den Arbeitnehmer unterlassen wurde.

Zur Beweislastumkehr kommt es regelmässig, wenn eine staatliche Behörde ihrer Aktenführungspflicht nicht ordnungsgemäss nachkommt und sich die beweisbelastete Partei deshalb in einer Beweisnot befindet, typischerweise bezüglich der rechtzeitigen Einreichung einer Rechtsschrift oder eines Rechtsmittels.⁸⁵

Keine Beweisvereitelung liegt vor, wenn ein potentiell Haftpflichtiger den Unfallwagen verschrotten lässt, wenn bis zu dem Zeitpunkt nie geltend gemacht worden war, dass ein Mangel am Auto den Unfall verursacht hat.⁸⁶ Auch der unterlassene Beizug der Polizei nach einem Sturz von einer Leiter ist keine Beweisvereitelung, wenn die Polizei nichts zur Abklärung der streitigen Unfallursache hätte beitragen können.⁸⁷

Ob die Verletzung der Dokumentationspflicht durch den behandelnden Arzt zu einer Beweislastumkehr führt, hat das Bundesgericht lange Zeit offen gelassen.⁸⁸ In einem Grundsatzurteil vom letzten Jahr hat es nun die beweisrechtlichen Folgen der Verletzung der ärztlichen Dokumentationspflicht näher umschrieben. Wegen der grundsätzlichen Ausführungen hat dieses Urteil auch ausserhalb der Arzthaftpflicht Bedeutung.

Das Bundesgericht führt aus, beweisrechtlich relevant seien nur fehlende Aufzeichnungen, die zu tätigen der Arzt verpflichtet gewesen wäre. Der Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht ergebe sich aus ihrem Zweck. Dieser sei in

⁸² Der seit dem 1. Januar 2016 in Kraft stehende Art. 73a ArGV 1 sieht unter bestimmten Voraussetzungen vor, dass durch Gesamtarbeitsvertrag auf die individuelle Arbeitszeiterfassung verzichtet werden kann.

⁸³ Urteil des BGer 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1.

⁸⁴ Urteil des BGer 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3.1.

⁸⁵ Urteil des BGer 9C.951/2011 vom 26. April 2012 E. 8.1.

⁸⁶ Urteil des BGer 4D_48/2009 vom 30. Oktober 2009 E. 2.5.4.

⁸⁷ BGE 129 III 181 E. 2.1 (nicht publiziert).

⁸⁸ Urteil des BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 7.5.2 (nicht zu beanstanden, dass die unterlassene Dokumentation zu «weitergehende[n], das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit reduzierende[n] Beweiserleichterung» führt).

erster Linie darin zu sehen, die korrekte Behandlung sicherzustellen. Die Beweissicherung sei nur eine Folge davon. Deshalb bestimme sich das, was aufzuzeichnen sei, nach medizinischen Kriterien, «weshalb das Unterbleiben medizinisch nicht relevanter Aufzeichnungen in juristischen Auseinandersetzungen keine beweisrechtlichen Nachteile für den Arzt zur Folge haben kann».⁸⁹ Dies entspreche auch der deutschen Rechtslage.⁹⁰ Aus dem Fehlen eines Eintrags in der Patientenakte könne daher nur auf das Unterlassen einer Handlung geschlossen werden, wenn die Dokumentation der Handlung aus medizinischen Gründen notwendig und üblich gewesen wäre. Im beurteilten Fall war dies laut Bundesgericht nicht so, weil gemäss dem Gutachter die Dokumentation «nicht absolut üblich und gefordert» war.⁹¹

Diesen Aussagen ist grundsätzlich zuzustimmen. Aufgrund der gleichen Logik, gemäss der nur eine typische, d.h. nach allgemeiner Lebenserfahrung auch in vergleichbaren Fällen auftretende, Beweisnot zu einer Reduktion des Beweismasses führen kann, kann nur aus dem Fehlen einer Aufzeichnung, deren Vorhandensein erwartet werden kann, geschlossen werden, dass das, was nicht aufgezeichnet wurde, nicht stattgefunden hat. Stutzig macht mich die zitierte Aussage des Gutachters, die Dokumentation sei nicht *absolut* üblich und gefordert gewesen. Soweit der Gutachter damit sagen will, dass in den (aller)meisten Fällen, in denen die Untersuchung vorgenommen wurde, diese auch aufgezeichnet worden wäre, nur eben nicht in allen («absolut»), ist das Fehlen der Aufzeichnung durchaus ein Indiz für die unterlassene Vornahme der Untersuchung. Zusammen mit anderen Beweismitteln kann sich daraus eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ergeben, dass ein Behandlungsfehler vorliegt. Gerichte (und Parteivertreter) sollten in solchen Fällen nachhaken und dem Gutachter die folgenden zwei Fragen stellen: «Wenn eine solche Untersuchung bei hundert Patienten vorgenommen wurde, in wie vielen der Patientenakten dieser Patienten findet sich Ihrer Erfahrung nach eine Aufzeichnung der Untersuchung?» und «In wie vielen der Patientenakten von hundert Patienten, an denen *keine* solche Untersuchung vorgenommen wurde, findet sich Ihrer Erfahrung nach eine Auf-

⁸⁹ BGE 141 III 363 E. 5.1, unter Hinweis auf SUSANNE BOLLINGER HAMMERLE, Die vertragliche Haftung des Arztes für Schäden bei der Geburt, Bern 2004, 156.

⁹⁰ Unter Hinweis auf BGH vom 6. Juli 1999 E. II.2a., Versicherungsrecht [VersR] 30/1999, 1283; OLG Oldenburg vom 30. Januar 2008 E. 3a, VersR 15/2008, 692. Heute gesetzlich geregelt durch § 630h Abs. 3 BGB, siehe dazu den Beitrag von ANDREAS SPICKHOFF in diesem Tagungsband.

⁹¹ BGE 141 III 363 E. 5.3.

zeichnung der Untersuchung?» Diese beiden Fragen erlauben es, die Beweiskraft des Indizes der fehlenden Aufzeichnung abzuschätzen.⁹²

Mindestens ebenso wichtig sind die Ausführungen des Bundesgerichts zu den beweisrechtlichen Folgen von Dokumentationsmängeln insofern, als klar gestellt wird, dass keine eigentliche Beweisvereitelung im prozessrechtlichen Sinne verlangt wird. Es ist also nicht notwendig, dass die Bedeutung des Beweismittels für den Prozess erkennbar war und die betreffende Partei das Beweismittel gerade im Hinblick dessen Beweiseignung beseitigt hat.⁹³ Damit kann ein viel weiterer Kreis von Dokumentationspflichtverletzungen beweisrechtliche Folgen haben, als wenn die Folgen auf Fälle der Beweisvereitelung beschränkt blieben.

Unklar bleibt, ob das Bundesgericht beim Fehlen von Aufzeichnungen, die aus medizinischen Gründen notwendig und üblich sind, eine eigentliche Beweislastumkehr annehmen würde.⁹⁴ Meines Erachtens ist darin nicht unbedingt ein Nachteil dieser Rechtsprechung zu sehen. Der dogmatische Streit darüber, ob Dokumentationsmängel eine natürliche Vermutung begründen, dass das Dokument für den Dokumentationspflichtigen nachteilige Tatsachenbehauptungen stützen würde⁹⁵ – mit der Folge, dass ihm der Gegenbeweis offen steht, der bereits erfüllt ist, wenn er Zweifel an der Richtigkeit der natürlichen Vermutung weckt⁹⁶ – oder eine eigentliche Beweislastumkehr, die ihn verpflichten würde, den Hauptbeweis für das Gegenteil zu führen,⁹⁷ scheint mir wenig ergiebig. Nach richtiger Auffassung geht es bei den Schlussfolgerungen, die aus – aus welchen Gründen auch immer – fehlenden Unterlagen gezogen werden können, immer um Beweiswürdigung.

Der Schluss, dass eine nicht vorliegende Aufzeichnung darauf hinweist, dass eine bestimmte Tatsache der Fall ist, ist dann gerechtfertigt, wenn anzunehmen ist, dass die Aufzeichnung (eher) vorliegen würde, wenn die Tatsache nicht der Fall ist. Hat der Beweisgegner eine Urkunde nicht erstellt oder aufbewahrt, zu deren Erstellung oder Aufbewahrung er gesetzlich oder vertraglich verpflichtet gewesen wäre, so kann das ein Indiz dafür sein, dass die Urkunde für ihn nach-

⁹² HELMUT RÜSMANN, *Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze*, Recht und Politik 1982, 62–69, 65 f.; NACK (Fn. 47), 368; BENDER / NACK / TREUER (Fn. 47), Rz. 600; SCHWEIZER (Fn. 51), 146.

⁹³ BGE 141 III 363 E. 5.2 unter Hinweis auf FRANCESCO TREZZINI, Nota FT «caso del trimestre», SZP 2005, 168.

⁹⁴ HARDY LANDOLT, *Medizinische Dokumentationspflicht - quo vadis?*, HAVE 2016, 9–19, 18.

⁹⁵ LEUENBERGER / UFFER-TOBLER (Fn. 46), Rz. 9.22; JUCKER (Fn. 74).

⁹⁶ LEUENBERGER / UFFER-TOBLER (Fn. 46), Rz. 9.25; VOGEL u. a. (Fn. 5), § 4 Rz. 64.

⁹⁷ LANDOLT (Fn. 93), 18.

teilige Tatsachenbehauptungen beweisen würde, weil anzunehmen ist, dass er für ihn günstige Urkunden eher aufbewahrt respektive erstellt hätte.⁹⁸

Wenn das Ziel eine Sachverhaltsrekonstruktion sein soll, die möglichst mit der Wirklichkeit korrespondiert, kann es dabei keine schwarz-weissen Regeln geben. Entscheidend ist, *wie* wahrscheinlich die Aufzeichnung bei erfolgter Behandlung oder Diagnose ist; absolute Sicherheit, dass die erfolgte Behandlung aufgezeichnet worden wäre, ist nicht notwendig, um aus der fehlenden Aufzeichnung einen probabilistischen Schluss zu ziehen. Ist das Ziel die Sanktionierung materiell-rechtlicher Dokumentationspflichten, wäre eine Beweislastumkehr bei jeder schuldhaften Verletzung von Dokumentationspflichten sicherlich das richtige Mittel. Der Streit würde sich dann aber sofort auf den geschuldeten Umfang der Aufzeichnungen verlagern,⁹⁹ was für die Sachverhaltsermittlung wenig fruchtbar ist. Wenig ergiebig scheint mir auch eine Unterscheidung nach dem Zweck der Dokumentationspflicht – Beweissicherung oder andere Zwecke – weil Dokumentationen meist mehreren Zwecken dienen,¹⁰⁰ der Streit über den primären Zweck daher programmiert ist und nichts zur Sachverhaltsaufklärung beiträgt.

Geht es um die wirklichkeitsgetreue Ermittlung des Sachverhalts, ist nicht in erster Linie massgeblich, ob die Aufzeichnung gesetzlich und vertraglich geboten ist, sondern, ob sie in der Praxis *üblicherweise tatsächlich erstellt wird*. Insofern habe ich ein gewisses Verständnis für die bundesgerichtliche Praxis, bei der Verletzung von Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1 nicht automatisch eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Arbeitnehmers anzunehmen. Gemäss einer repräsentativen Befragung aus dem Jahr 2015 erfasst rund ein Drittel der Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit nicht.¹⁰¹ Man kann aus einer unterlassenen Arbeitszeiterfassung nicht ohne weiteres schliessen, dass Überstunden geleistet wurden. Angezeigt wären generell weniger überzogene Anforderungen an die Substanziierung, eine grosszügigere Anwendung der Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR und ein tieferes Beweismass der überwiegenden Überzeugung, um zu einer Sachverhaltsrekonstruktion zu gelangen, die wahrscheinlich mit der Wahrscheinlichkeit über-

⁹⁸ JUCKER (Fn. 74), 177.

⁹⁹ Der genaue Inhalt von komplexen Dokumentationen ist positivrechtlich meist nicht klar geregelt, siehe nur LANDOLT (Fn. 93), 13 ff.

¹⁰⁰ Zu den Zwecken der ärztlichen Dokumentationspflicht WALTER FELLMANN, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Poledna / Kuhn (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, 103–231, 136 f.

¹⁰¹ Umfrage durch das Marktforschungsinstitut Demoscope im Auftrag der Gewerkschaft Angestellte Schweiz, gemäss Tagesanzeiger vom 29. November 2015.

einstimmt, oder, im Falle von ziffernmässig bestimmbar Grössen, der wirklichen Grösse möglichst nahe kommt.

V. Tatsächliche Vermutungen

«Tatsächliche Vermutungen» (in der Schweiz auch «natürliche Vermutungen») werden in Deutschland auch zur Begründung einer Beweislastumkehr verwendet.¹⁰² In der Schweiz ist man sich weitgehend einig, dass tatsächliche Vermutungen (*praesumptiones hominis*) keine Beweislastumkehr bewirken, sondern im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind.¹⁰³ Der Beweisgegner kann den aus einer tatsächlichen Vermutung folgenden Schluss auf die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung entkräften, indem er den Gegenbeweis – also nicht den Beweis des Gegenteils – erbringt.¹⁰⁴ Eine Beweismasssenkung bewirken tatsächliche Vermutungen *per se* nicht,¹⁰⁵ aber sie werden häufig beim Beweis des Kausalzusammenhangs eingesetzt, für den ohnehin das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt.

Nach hier vertretener Auffassung bezeichnet «tatsächliche Vermutung» den aus einem Erfahrungssatz gezogenen Schluss, der einen Überzeugungsgrad zu begründen vermag, der über der massgeblichen Beweismassgrenze liegt, d.h. die «volle Überzeugung» oder die «überwiegende Wahrscheinlichkeit» begründet, die natürlich durch den Gegenbeweis erschüttert werden können.¹⁰⁶ Zu sagen,

¹⁰² BGH NJW 1980, 1680, 1681 (Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Vertragsurkunde); sowie bei den so genannten «GEMA-Vermutungen», BGH NJW 1986, 1247, 1249; BGH NJW 1986, 1249, 1250; BGH GRUR 1988, 373, 374.

¹⁰³ BGE 117 II 256 E. 2b (ständige Rsp.); HANS P. WALTER, Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann / Weber (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess. Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich 2006, 15–36, 34; BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 2.31 Fn. 102; VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 64; a.M. GEORGES HUGUENIN-DUMITTAN, Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast, Zürich 1980, 152. Die neuere deutsche Lehre betrachtet tatsächliche Vermutungen ebenfalls als Elemente der Beweiswürdigung, nicht Beweislastverteilung, HANNS PRÜTTING, Gegenwartsprobleme der Beweislast. Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München 1983, 54 f.; GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, «Tatsächliche Vermutung» im Zivilprozess, in: Gottwald / Prütting (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, 43–51, 47, 51.

¹⁰⁴ BGE 117 II 256 E. 2b; VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 64.

¹⁰⁵ WALTER FELLMANN / ALEXANDER WARZILEK, Anscheinsbeweis, Substantiierungspflicht des Beklagten, Aufklärungspflicht und deren Schutzbereich, HAVE 2006, 231–237, 235.

¹⁰⁶ MICHAEL NONN, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess. Unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Basel-Landschaft, Basel 1996, 60; FABIENNE HOHL, Le degré de la preuve dans les procès au fond, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess. La preuve dans le proces civil, Bern 2000, 128–138, 134;

dass ein sicherer Erfahrungssatz oder dass eine natürliche Vermutung bestehe, ist nur unterschiedlicher Ausdruck des gleichen Sachverhalts: Wenn das Bundesgericht akzeptiert, dass bei einer Infektion der Gelenkhöhle nach intraartikulärer Injektion eines Medikaments eine «natürliche Vermutung» für eine Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflichten spricht,¹⁰⁷ hätte es zum gleichen Ergebnis auch unter der Annahme eines Erfahrungssatzes, dass in den allermeisten Fällen einer Infektion nach intraartikulärer Injektion der Arzt seine Sorgfaltspflichten verletzt hat, gelangen können.¹⁰⁸ In der Praxis werden die den Schlüssen zugrundeliegenden Erfahrungssätze häufig nicht explizit genannt.¹⁰⁹ Dies ändert aber nichts daran, dass jeder natürlichen Vermutung ein Erfahrungssatz zugrunde liegt.¹¹⁰ Hingegen ist es ungenau zu sagen, dass natürliche Vermutungen Schlüsse aus der Lebenserfahrung sind:¹¹¹ Lebenserfahrung ist nur *eine* Quelle von Erfahrungssätzen, und nicht nur Erfahrungssätze, die sich auf Lebenserfahrung stützen, können eine natürliche Vermutung begründen. Nur solche Erfahrungssätze, die sich auf

im Ergebnis (trotz vorgängiger Kritik an NONN in Fn. 53) auch BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 2.29 ff., die je nach Sicherheit des Erfahrungssatzes, auf den sich die natürliche Vermutung stützt, zwischen «einfachen natürlichen Vermutungen» und «qualifizierten natürlichen Vermutungen» unterscheidet, allerdings zugeben muss, dass diese Abgrenzung «diffus» ist, a.a.O., Rz. 2.36; a.M. ADRIAN STAEHELIN / DANIEL STAEHELIN / PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2. Aufl. 2013, § 18 Rz. 11, die natürliche Vermutung als einen auf die Lebenserfahrung gestützten Schluss aus den Gesamtumständen des Einzelfalles definieren; ihnen folgend BSK-ZPO-GUYAN, Art. 157 N 4; ähnlich auch LEUENBERGER / UFFER-TOBLER (Fn. 46), Rz. 9.152, die jeden Schluss aus Indizien, der die volle richterliche Überzeugung begründet, als natürliche Vermutung bezeichnen; wiederum anders HUGUENIN-DUMITTAN (Fn. 102), 152, und HOHL (Fn. 44), 153, die tatsächliche Vermutung und (jeglichen, nicht nur den sicheren) Erfahrungssatz gleichsetzen.

¹⁰⁷ BGE 120 II 248 E. 2c. Das Bundesgericht betont zwar, es könne die natürliche Vermutung nur überprüfen, wenn sie sich ausschliesslich auf allgemeine Lebenserfahrung stütze, was i.c. nicht der Fall sei, stellt dann aber in einer Eventualbegründung fest, die natürliche Vermutung der Vorinstanz wäre selbst gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung begründet.

¹⁰⁸ Erlaubt sei die Anmerkung, dass das Gericht die Anfangswahrscheinlichkeit für die Hypothese, dass der Arzt sorgfaltswidrig gehandelt hat, hätte berücksichtigen müssen. Daraus, dass das Risiko einer Infektion hoch ist, wenn der Arzt nicht sauber arbeitet, und gering, wenn er sauber arbeitet (im Urteil wird angedeutet, dass das nicht auszuschließende Restrisiko einer Infektion selbst bei sorgfältigem Arbeiten 1:10'000 ist), folgt nicht automatisch, dass die eigentlich interessierende a-posteriori Wahrscheinlichkeit der Sorgfaltspflichtverletzung bei Vorliegen einer Infektion hoch ist. Ausführlich SCHWEIZER (Fn. 9), 132 ff.

¹⁰⁹ FRIEDRICH STEIN, Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893, 12 f.

¹¹⁰ BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 2.34 Fn. 115.

¹¹¹ So VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 63; STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND (Fn. 105), § 18 Rz. 57.

allgemeine Lebenserfahrung stützen, können aber vom Bundesgericht überprüft werden, wenn seine Kognition auf Rechtsverletzungen beschränkt ist.¹¹²

Aus der Gleichsetzung von natürlicher Vermutung und sicherem Erfahrungssatz folgt, dass ihre rechtliche Behandlung nicht unterschiedlich sein kann. Natürliche Vermutungen bewirken daher wie Erfahrungssätze keine Beweislastumkehr. Sie müssen aber, wie Erfahrungssätze, im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

Tatsächliche Vermutungen stabilisieren Erwartungen, fördern¹¹³ die rechtsgleiche Beurteilung vergleichbarer Fälle und dienen der Prozessökonomie, indem sie aufwendige Beweisverfahren entbehrlich machen. Die Gefahr einer ausgebauten «Vermutungslehre» liegt darin, dass sie – obwohl jede einzelne Vermutung geeignet ist, Komplexität zu verringern – zu dem komplexen System wird, dass die mittelalterliche Präsumtionenlehre war.¹¹⁴ Eine natürliche Vermutung wird nicht dadurch zutreffender, dass sie höchstrichterlich abgesegnet ist. Es handelt sich immer um probabilistische Schlüsse, die sich manchmal auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse, häufig aber auf nichts anderes als richterliche Alltagstheorien¹¹⁵ stützen. Beweiswürdigung in strittigen Fällen ist Entscheiden unter Unsicherheit, und Menschen streben an, Unsicherheit zu vermeiden.¹¹⁶ Höchstrichterlich abgesegnete tatsächliche Vermutungen dürfen nicht dazu verleiten, die anstrengende Denkarbeit der Beweiswürdigung abzukürzen.

Zu welchen gedanklichen Verrenkungen eine ausgebaute Vermutungslehre führen kann, kann am Beispiel von BGE 141 III 7 gezeigt werden. Ob die Fr. 150'00 in bar, die der Kläger der Beklagten in drei Briefumschlägen übergeben hat und die sein gesamtes Vermögen darstellen, schenkungshalber zu Eigentum oder nur zur Hinterlegung übergeben wurden, ist aufgrund des Sachverhalts, der BGE 141 III 7 zu Grunde liegt, nicht mit der «an Sicherheit grenzenden

¹¹² BGE 118 II 365 E. 1; 120 II 248 E. 2c.

¹¹³ Der aufmerksame Leser wird gemerkt haben, dass hier ein eher vorsichtiger Ausdruck gewählt wurde. Ich würde nicht von «Sicherstellung» oder «Gewährleistung» der rechtsgleichen Behandlung sprechen. Gleiches ist nur nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln. Bei natürlichen Vermutungen besteht die Gefahr, dass Ungleiches gleich behandelt wird.

¹¹⁴ WOLFGANG WIEGAND / CHRISTOPH HURNI, Die Vermutung kehrt zurück!, recht 2005, 205–212, 208.

¹¹⁵ Mit dem Begriff der Alltagstheorie wird in der Soziologie «ein Wissen, das handlungsleitend ist, indessen nicht nach wissenschaftlichen Kriterien überprüft ist» bezeichnet, RÜDIGER LAUTMANN, Alltagstheorie, in: Fuchs-Heinritz u.a. (Hrsg.), Lexikon zur Soziologie, 5. Aufl., Wiesbaden 2011.

¹¹⁶ DANIEL KAHNEMAN / AMOS TVERSKY, Prospect Theory: an Analysis of Decision Under Risk, *Econometrica* 1979, 263–292, 266 f.; AMOS TVERSKY / DANIEL KAHNEMAN, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science* 1981, 453–458, 455.

Wahrscheinlichkeit» festzustellen, die das Regelbeweismass der vollen Überzeugung verlangt. Die Beklagte berief sich auf die Vermutung, dass sie als Besitzerin des Geldes dessen Eigentümerin sei (Art. 930 Abs. 1 ZGB),¹¹⁷ und obsiegte vor beiden kantonalen Instanzen. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Rechtsvermutung¹¹⁸ aus Besitz nach der Praxis nur greife, wenn der Besitz so beschaffen sei, dass sich daraus wirklich auf ein entsprechendes Recht an der Sache schliessen lasse.¹¹⁹ Die natürliche Vermutung gegen die Schenkung hochwertiger Gegenstände – für die sich das Bundesgericht auf ein unveröffentlichtes Urteil berief – führe zu zweideutigem Besitz, der die Rechtsvermutung des Eigentums nicht begründe, weshalb es der Beklagten obliege, ihr Eigentum an dem Geld zu beweisen.¹²⁰ Hier wird also eine gesetzliche Rechtsvermutung durch eine richterrechtliche tatsächliche Vermutung umgestossen. Im Ergebnis würdigt das Bundesgericht schlicht die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Umwege über Rechtsvermutung und natürlicher Vermutung sind nur nötig, weil in einem System des Regelbeweismasses der vollen Überzeugung in einem zweifelhaften Fall wie dem hier beurteilten diejenige Partei verlieren wird, die den (vollen) Beweis für die für sie günstigen Sachverhaltselemente erbringen muss. Eleganter und überzeugender wäre es, zu begründen, weshalb das Geld unter Berücksichtigung aller Umstände eher zur Hinterlegung als zu Eigentum übergeben wurde. Wer einwendet, dass Art. 930 Abs. 1 ZGB der Rechtssicherheit dient, muss auch die Praxis ablehnen, die bei «zweideutigem» Besitz die Rechtsfolge von Art. 930 ZGB nicht eintreten lässt.

Es ist nicht zu übersehen, dass tatsächliche Vermutungen nicht nur der (wirklichkeitsgetreuen) Sachverhaltsrekonstruktion dienen, sondern auch andere (Steuerungs-)zwecke haben. Besonders deutlich wird dies bei der hochgradig umstrittenen «Vermutung des aufklärungsgemässen oder aufklärungsrichtigen Verhaltens». Damit wird die Vermutung bezeichnet, dass sich ein Opfer falscher oder unterlassener Beratung bei richtiger Beratung so entschieden hätte, wie ihm sein Berater empfohlen hätte. Praktisch relevant ist die Vermutung bei der Anla-

¹¹⁷ Diese Vermutung kann gemäss BGE 54 II 244 auch demgegenüber geltend gemacht werden, von dem der (unmittelbare) Besitzer den Besitz erworben hat. Kritisch ARNOLD RUSCH / PHILIP R. BORNHAUSER, Schenkung und Eigentumsvermutung. Urteilsanmerkung zum Urteil des BGE 4A_262/2014 vom 2. Dezember 2014 (zur Publikation vorgesehen), Jusletter 23. März 2015, Rz. 9. f.

¹¹⁸ Bei Rechtsvermutungen wird aus einem bestimmten Sachverhalt auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses geschlossen, während bei Tatsachenvermutungen aus einer Tatsache (Vermutungsbasis) auf eine andere Tatsache geschlossen wird, VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 59 f.

¹¹⁹ BGE 141 II 7 E. 4.3 unter Hinweis auf BGE 135 III 474 E. 3.2.1.

¹²⁰ BGE 141 II 7 E. 4.4 f.

geberatung durch Finanzdienstleister, aber auch in der Steuer- und Rechtsberatung.¹²¹ Der Kausalzusammenhang zwischen unterlassener oder unsorgfältiger Beratung und Vermögensseinbusse lässt sich kaum je beweisen, selbst nicht mit dem hier anwendbaren Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.¹²² Die deutsche Rechtsprechung hat deshalb die Vermutung geschaffen, dass sich der Beratene bei korrekter Beratung so verhalten hätte, wie ihm geraten wurde, und beispielsweise eine risikoreiche Anlage in Kenntnis der Risiken nicht getätigt hätte.¹²³

Erkenntnisse der Verhaltensökonomie wecken Zweifel, dass dies bei Anlagegeschäften tatsächlich so ist – Anleger lassen sich durch Risikoaufklärung kaum davon abhalten, riskante Geschäfte zu tätigen.¹²⁴ Soweit Ziel eine wirklichkeitstreue Sachverhaltsrekonstruktion ist, sind Zweifel an der Berechtigung der «Vermutung aufklärungsgemässen Verhaltens» angebracht. Aber das muss natürlich nicht einziges Ziel einer solchen Vermutung sein. Es ist nicht zu übersehen, dass die Sorgfaltspflichten in der Anlageberatung ohne Vermutung aufklärungsgemässen Verhaltens weitgehend sanktionslos ignoriert werden können.¹²⁵ Die Vermutung aufklärungsgemässen Verhaltens dient daher auch der Sanktionierung gesetzlicher Aufklärungspflichten.¹²⁶ Wohl dies hat den Bundesrat bewogen, im Vorentwurf zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) eine entsprechende Vermutung mit Beweislastumkehr vorzusehen, die dann aber aufgrund heftiger Kritik im Vernehmlassungsverfahren im Entwurf gestrichen wurde.¹²⁷

¹²¹ Siehe nur Urteil des BGer 4A_144/2009 vom 6. Oktober 2009 (Haftung für falsche steuerrechtliche Beratung).

¹²² Erläuterungsbericht FIDLEG/FINIG vom 25. Juni 2014, 84.

¹²³ BGHZ 61, 118, dazu CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vermutung «aufklärungsrichtigen Verhaltens» und ihre Grundlagen, in: Hadding / Häuser (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, 3–24. Ob die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens eine Beweislastumkehr oder nur einen Anscheinsbeweis (der durch Gegenbeweis erschüttert wird) begründet, ist auch innerhalb des BGH umstritten, ROLF SETHE, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 2012, 80–156, 147.

¹²⁴ CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Sethe / von der Crone / Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 213–250, 217.

¹²⁵ BGHZ 61, 118, 121 f. Aus heutiger Sicht gibt es aufsichtsrechtliche Sanktionen, die durchaus einschneidend sein können, siehe SETHE (Fn. 122), 148 ff.

¹²⁶ WIEGAND / HURNI (Fn. 113), 209.

¹²⁷ Bundesrat, Presseerklärung vom 4. November 2015, Bundesrat verabschiedet Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz und zum Finanzinstitutsgesetz.

Von den tatsächlichen Vermutungen zu unterscheiden sind die gesetzlichen Vermutungen (*praesumptiones iuris*), die eine gesetzliche Grundlage haben und, anders als tatsächliche Vermutungen, eine Beweislastumkehr bewirken.¹²⁸ Zu der «Sprachverwilderung und Begriffsverwirrung»¹²⁹ in der Vermutungslehre trägt bei, dass es gesetzliche – also eine Beweislastumkehr begründende – Vermutungen gibt, die durch die Rechtsprechung geschöpft wurden (Art. 1 ZGB).¹³⁰ VOGEL u.a. nennen als Beispiel die Rechtsprechung zum nachehelichen Unterhalt bei gefestigtem Konkubinat:¹³¹ lebt der unterhaltsberechtigter Ex-Gatte in einem gefestigten oder qualifizierten Konkubinat, ist anzunehmen, dass er oder sie vom Konkubinatspartner die gleiche Unterstützung wie von einem Ehegatten erhält, weshalb es sich rechtfertigt, die Unterhaltszahlungen einzustellen. Dafür, dass ein gefestigtes Konkubinat vorliegt, ist grundsätzlich der Unterhaltsschuldner beweispflichtig, denn er will daraus die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung ableiten. Lebt der oder die Unterhaltsberechtigte aber seit mindestens fünf Jahren in einem Konkubinat, so gilt die Vermutung, dass das Konkubinat gefestigt ist, und die unterhaltsberechtigter Partei trägt dann die Beweislast für das Gegenteil.¹³²

Unwiderlegbare gesetzliche Vermutungen (*praesumptiones iuris et de iure*) schliesslich werden als Fiktionen bezeichnet.¹³³ Sie ordnen schlicht an, dass eine Tatsache als gegeben zu betrachten ist, und machen Beweislast und Beweiswürdigkeit überflüssig.

VI. Fazit

Die Rechtsprechung hat sich der Erkenntnis nicht verschlossen, dass ein striktes Beharren auf dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung in vielen Fällen eine eigentliche Rechtsverweigerung darstellen würde. In der Schweiz hat das Bundesgericht für viele praktisch relevante Beweisfragen ein geringeres Beweismass der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» – die allerdings, wie vorne,

¹²⁸ BGE 120 II 393 E. 4; VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 56 f.

¹²⁹ LEO ROSENBERG, Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965, 199.

¹³⁰ VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 58.

¹³¹ DIES. (Fn. 5), § 43 Rz. 58.

¹³² BGE 109 II 188 E. 2; 118 II 235 E. 3a; 138 III 97 E. 3.4.2.

¹³³ VOGEL u.a. (Fn. 5), § 43 Rz. 62.

S. 10 f., gezeigt, mehr als nur überwiegend sein muss – für massgeblich erklärt. Nimmt man die in zahlreichen Urteilen zu findende Aussage, dass das Beweismass zu senken ist, «wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können»¹³⁴ ernst, so gilt sogar in fast allen praktisch relevanten Beweissituationen ein reduziertes Beweismass der überwiegenden (hohen) Wahrscheinlichkeit.

Im Gegensatz zu Deutschland wurde in der Schweiz bislang nicht ernsthaft vorgeschlagen, in Zivilsachen generell ein tieferes Beweismass der «überwiegenden Überzeugung» anzuwenden.¹³⁵ Ich habe diesen Vorschlag in meiner Habilitationsschrift gemacht und umfassend begründet.¹³⁶ Ein Beweismass der überwiegenden Überzeugung lässt sich mit dem geltenden Recht vereinbaren, da Art. 157 ZPO keine Aussage zum notwendigen Überzeugungsgrad macht, sondern nur zur Art der Beweiswürdigung, die frei von festen gesetzlichen Regeln zum Beweiswert ist. Auch eine systematische Auslegung führt nicht zu einem Regelbeweismass der vollen Überzeugung. Insbesondere verlieren gesetzlich angeordnete Beweismasssenkungen auf ein blosses «glaubhaft machen» nicht ihren Zweck, denn glaubhaft gemacht sein kann eine Behauptung, die eher falsch als wahr ist, so paradox das klingen mag.¹³⁷ Auch eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR ist bei einem Beweismass der überwiegenden Überzeugung notwendig, denn dass ein Wert mit zahlreichen Ausprägungen auf genau eine bestimmte Ausprägung fällt, ist kaum je überwiegend wahrscheinlich. Schliesslich wird auch die Beweislastverteilung nicht überflüssig – die Verteilung der subjektiven Beweislast ohnehin nicht, da auch in einem System der überwiegenden Überzeugung geregelt sein muss, wer die Beweise beibringen muss, aber auch die objektive Beweislast muss verlegt werden, denn auch bei der überwiegenden Überzeugung gibt es Fälle – wenn auch weniger häufig – bei denen sich nicht sagen lässt, welche Behauptungen eher wahr sind.¹³⁸

Der grosse Vorteil der Entscheidung für die Partei, deren (rechtlich relevante) Sachverhaltsdarstellung eher wahr ist, liegt darin, dass damit auf lange Sicht das

¹³⁴ BGE 130 III 321 E. 3.2 (zuletzt bestätigt in Urteil des BGer 4A_223/2015 vom 17. August 2015 E. 3.4.4); HOHL (Fn. 44), 151; BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 7.06; BÜHLER (Fn. 4), Rz. 11.

¹³⁵ In Deutschland wurde in den 1970er Jahren von verschiedenen Autoren für ein Überwiegensprinzip plädiert, das sich aber nie durchsetzen konnte, HANNS PRÜTTING, Beweislast und Beweismaß. Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweisrechts, Zeitschrift für Zivilprozess 2010, 135–145, 142.

¹³⁶ SCHWEIZER (Fn. 51), 482 ff.

¹³⁷ SCHWEIZER (Fn. 9), 5 f.

¹³⁸ DERS. (Fn. 51), 545 ff.

materielle Recht am besten verwirklicht wird. Irren kann man sich auf beide Seiten, aber wenn die Kosten eines Irrtums für oder gegen den Kläger gleich hoch sind, ist eine Entscheidungsgrenze der überwiegenden Überzeugung optimal. In der Schweiz kann man dafür immerhin niemand geringeren als den Vater des ZGB, EUGEN HUBER, zitieren:¹³⁹

«Da haben wir die Folge, dass mit dem Verharren des Richters bei den Grundsätzen der Beweislast aus Mangel an Beweis unter Umständen ein Resultat herbeigeführt würde, das aller billigen Beurteilung Hohn spricht. Und es ist nicht Willkür, sondern die Spur eines vollkommeneren Rechtes, wenn alsdann nicht nach den Folgen der Beweislast, sondern nach demjenigen, was nach aller Wahrscheinlichkeit dem Verhältnis in Wirklichkeit zugrunde liegt, das Urteil ausgefällt wird.»

¹³⁹ EUGEN HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1. Band. Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, Bern 1914, 28 f.; zustimmend WALTER (Fn. 4), 55; kritisch BK-ZGB-KUMMER, Art. 8 N 26 ff.; BERGER-STEINER (Fn. 3), Rz. 3.71 ff.

VII. Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ, MARC / KELLER, STEFAN / REINERT, MANI, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht 2005, 114–121.
- BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED, «Tatsächliche Vermutung» im Zivilprozess, in: Gottwald / Prütting (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, 43–51.
- BECKHAUS, GERRIT M., Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung. Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht, Tübingen 2010.
- BECK, PETER, Die Beweisführung im Haftpflichtrecht, in: Murer (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen. Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts : Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, 227–252.
- B EGLINGER, MICHAEL, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, ZSR (NF) 1996, 469–494.
- BENDER, ROLF / NACK, ARMIN / TREUER, WOLF-DIETER, Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2007.
- BERGER, MAX / NOGLER, ROMAN, Beweisrecht – die Last mit dem Beweis(en), recht 2012, 168–175.
- BERGER-STEINER, ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008.
- BERTI, STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- BOLLINGER HAMMERLE, SUSANNE, Die vertragliche Haftung des Arztes für Schäden bei der Geburt, Bern 2004.
- BREHM, ROLAND, Die problematische Berechnung des Dauerschadens, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich 2008, 223–230.
- BÜHLER, ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten - unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter 21. Juni 2010.
- CANARIS, CLAUD-WILHELM, Die Vermutung «aufklärungsrichtigen Verhaltens» und ihre Grundlagen, in: Hadding / Häuser (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, 3–24.

- CHAIX, FRANÇOIS, La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO), in: Chapuis / Winiger (Hrsg.), *Le préjudice. Une notion en devenir ; Journée de la Responsabilité Civile 2004*, Genève 2005, 39–61.
- DOLGE, ANNETTE, Anforderungen an die Substanziierung, in: DIES. (Hrsg.), *Substantiieren und Beweisen. Praktische Probleme*, Zürich 2013, 17–36.
- ENGISCH, KARL, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Heidelberg 1963.
- ESCHELBACH, RALF / GEIPEL, ANDREAS, Substanziierungslast des Beklagten im Zivilprozess, *Zeitschrift für die Anwaltspraxis* Fach 13 2010, 1681–1688.
- FELLMANN, WALTER / WARZILEK, ALEXANDER, Anscheinsbeweis, Substanziierungspflicht des Beklagten, Aufklärungspflicht und deren Schutzbereich, *HAVE* 2006, 231–237.
- FELLMANN, WALTER, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Poledna / Kuhn (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, 103–231.
- FELLMANN, WALTER / KOTTMANN, ANDREA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Bd. 1, Bern 2012.
- FREY, TOM, Beweisvereitelung und ihre Rechtsfolgen, *Anwaltsrevue* 2012, 507–512.
- GRONER, ROGER, *Beweisrecht. Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Bern 2011.
- GULDENER, MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1979.
- HOHL, FABIENNE, Le degré de la preuve, in: Schwander / Stoffel (Hrsg.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für Oscar Vogel*, Freiburg/Schweiz 1991, 125–159.
- HOHL, FABIENNE, Le degré de la preuve dans les procès au fond, in: Leuenberger (Hrsg.), *Der Beweis im Zivilprozess. La preuve dans le proces civil*, Bern 2000, 128–138.
- HOHL, FABIENNE, *Procédure civile - Introduction et théorie générale*, Bern 2001.
- HÖK, GÖTZ-SEBASTIAN, Obliegenheitsverletzung durch fehlende Substantiierung zum Parteivorbringen bei Informationsgefälle, *MDR* 1995, 773–779.
- HONSELL, HEINRICH, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, *Juristische Schulung* 1973, 69–75.
- HUBER, EUGEN, *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 1. Band. Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, Bern 1914.
- HUGUENIN-DUMITTAN, GEORGES, *Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast*, Zürich 1980.
- ILERI, ATILAY, Die Wahrscheinlichkeit oder die normative Wahrheit, in: Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (Hrsg.), *Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen*, Zürich 2010, 273–288.

- JUCKER, BEAT, Zur Beweisvereitelung bei Verletzung aktienrechtlicher Aufbewahrungspflichten, ZSR (NF) 2016, 169–179.
- KAHNEMAN, DANIEL / TVERSKY, AMOS, Prospect Theory: an Analysis of Decision Under Risk, *Econometrica* 1979, 263–292.
- KINDSCHER, REINHARD, Eine Wahrscheinlichkeit von 51% genügt nicht, *Schweizerische Ärztezeitung* 2009, 1847–1849.
- LANDOLT, HARDY, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in: Fellmann / Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2011*, Zürich 2011, 81–120.
- LANDOLT, HARDY, Medizinische Dokumentationspflicht – quo vadis?, *HAVE* 2016, 9–19.
- LAUTMANN, RÜDIGER, Alltagstheorie, in: Fuchs-Heinritz u.a. (Hrsg.), *Lexikon zur Soziologie*, 5. Aufl., Wiesbaden 2011.
- LEUENBERGER, CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2002, *ZBJV* 2003, 637–677.
- LEUENBERGER, CHRISTOPH / UFFER-TOBLER, BEATRICE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Bern 2010.
- MEIER, ISAAK, Privatrecht und Prozessrecht – eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Schlosser (Hrsg.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld 1992, 1–112.
- MEYKE, ROLF, Plausibilitätskontrolle und Beweis, *NJW* 2000, 2230–2235.
- MITTERMAIER, CARL J. A., *Die Lehre vom Beweise. Im Deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher*, Darmstadt 1843.
- NACK, ARMIN, Der Indizienbeweis, *MDR* 1986, 366–371.
- NONN, MICHAEL, *Die Beweiswürdigung im Zivilprozess. Unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Basel-Landschaft*, Basel 1996.
- PASQUIER, BRUNO, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2014.
- PERINI, FLAVIO, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung. Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 1994.
- PRÜTTING, HANNS, *Gegenwartsprobleme der Beweislast. Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, München 1983.
- PRÜTTING, HANNS, Beweislast und Beweismaß. Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweisrechts, *ZZP* 2010, 135–145.

- ROSENBERG, LEO, Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965.
- RUSCH, ARNOLD / BORNHAUSER, PHILIP R., Schenkung und Eigentumsvermutung. Urteilsanmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 4A_262/2014 vom 2. Dezember 2014 (zur Publikation vorgesehen), Jusletter 23. März 2015.
- RÜBMAN, HELMUT, Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, Recht und Politik 1982, 62–69.
- SCHAETZLE, MARC, Damnum futurum abstractum, in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 507–518.
- SCHNEIDER, EGON, Beweis und Beweiswürdigung. Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses, 5. Aufl., München 1994.
- SCHWEIZER, MARK, Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition, Tübingen 2015.
- SCHWEIZER, MARK, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2015, 1–15.
- SCHWEIZER, MARK, Loss Aversion, Omission Bias and the Civil Standard of Proof, in: Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham 2015, 125–146.
- SCHWEIZER, MARK, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, 163–188.
- SETHE, ROLF, Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage, AcP 2012, 80–156.
- SIEGRIST, EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Bern 1938.
- STAEHELIN, ADRIAN / STAEHELIN, DANIEL / GROLIMUND, PASCAL, Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013.
- STEIN, FRIEDRICH, Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893.
- SUMMERMATTER, DANIEL / JACOB, CLAUDIA, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang. Versuch einer begrifflichen Klärung anhand der jüngeren Rechtsprechung im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsrecht, HAVE 2012, 136–149.
- SÜSSKIND, MARCEL, Nachweis des Personenschadens, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, 113–133.
- TREZZINI, FRANCESCO, Nota FT «caso del trimestre», SZP 2005, 168.
- TVERSKY, AMOS / KAHNEMAN, DANIEL, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, Science 1981, 453–458.

- VOGEL, OSCAR / SPÜHLER, KARL/ DOLGE, ANNETTE / GEHRI, MYRIAM A., Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 9. Aufl., Bern 2010.
- WALTER, HANS P., Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann / Weber (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess. Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich 2006, 15–36.
- WALTER, HANS P., Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann / Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, 47–68.
- WALTER, HANS P., Zur Rechtsnatur des Ermessensbegriffs in Art. 42 Abs. 2 OR, in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 677–687.
- WEBER, STEPHAN, Vereinfachungen, Visionen und Illusionen, in: DERS. (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich 2008, 291–299.
- WIEGAND, WOLFGANG / HURNI, CHRISTOPH, Die Vermutung kehrt zurück!, recht 2005, 205–212.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT, CORINNE, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, in: Sethe / von der Crone / Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 213–250.