

Mark Schweizer*

Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
II.	Voraussetzungen der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR	3
	A. Beweisnot bezüglich der Höhe einer Geldforderung	3
	B. Nicht aber: Schaden im Sinne von Art. 41 ff. OR	5
	C. Substanziierung der Schätzungsgrundlagen	7
	D. Beweislast und Beweismass für den Beweis des Vorliegens der Anwendungsvoraussetzungen	9
III.	Rechtsfolgen der (analogen) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR	9
	A. Pflicht zur Schätzung, aber keine eigenen Beweiserhebungen durch das Gericht	9
	B. Keine Notwendigkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens	10
	C. Beweismassreduktion	12
	D. Beweislast	13
	E. Schätzung «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge»	14
IV.	Kognition des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren	20
	A. Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR als Billigkeitsentscheidung oder Sachverhaltsfeststellung?	20
	B. Überprüfung von Erfahrungssätzen im Beschwerdeverfahren	22

I. Einleitung

Ursprünglich war als Titel für diesen Beitrag «Verfahrensrechtlichen Aspekte der richterlichen Schadensschätzung im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR» vorgesehen. Art. 42 Abs. 2 OR ist aber, trotz seiner formellen Stellung im Obligationenrecht, eine ausschliesslich prozessuale Norm.¹ Sie bestimmt, wie Beweis zu

* PD Dr. iur., LL. M., Zürich.

¹ FLAVIO PERINI, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung. Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 1994, 27; SABINE BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Zürich 2013, Rz. 224.

führen ist und wann der Beweis als erbracht gilt und gehört damit zum «Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln»².

Damit beschlagen die «verfahrensrechtlichen» Aspekte von Art. 42 Abs. 2 OR die gesamte Anwendung dieses Artikels. Und während SIDLER 2005 noch schreiben konnte, dass sich die Literatur nicht vertieft mit der Schätzung des ziffernmässig nicht nachweisbaren Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR auseinandergesetzt habe,³ trifft dies heute nicht mehr zu. Die Probleme der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR sind Dauerthema bei den Tagungen des Vereins HAVE - Haftung und Versicherung⁴ und 2014 erschien PASQUIERS Dissertation zur Schätzung nach gerichtlichem Ermessen.⁵ Ein weiterer Beitrag zu Art. 42 Abs. 2 OR birgt daher die Gefahr, Bekanntes zu wiederholen. Ganz wird sich dies auch hier nicht vermeiden lassen. Um die Überschneidungen mit bereits Gesagtem zu beschränken, werde ich mich im Folgenden auf die Methode der «Schätzung

- ² WOLFRAM HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, 24 f. In der Schweiz zustimmend zitiert von ISAAK MEIER, *lura novit curia. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich 1975, 9; DERS., *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, 5; kritisch STEPHEN V. BERTI, *Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht*, in: Berti et al. (Hrsg.), *Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts. Professor Walther J. Habscheid zum Anlass seiner Emeritierung dargeboten*, Zürich 1991, 9-43, 13 ff.
- ³ MAX SIDLER, *Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot - oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden*, *AJP* 2005, 535-546, 535.
- ⁴ MARCEL SÜSSKIND, *Nachweis des Personenschadens*, in: *Verein Haftung und Versicherung* (Hrsg.), *Personen-Schaden-Forum 2005*, Zürich, Basel, Genf 2005, 113-133; WALTER FELLMANN, *Substanziierung und Beweis*, in: *Fellmann/Weber* (Hrsg.), *Der Haftpflichtprozess 2007. Taktik, Tücken, Vergleich und Rechtsmittel*; *Beiträge zur Tagung vom 19. Juni 2007*, Zürich, Basel, Genf 2007, 36-74; JEAN B. HUBER, *Statistische Schadensberechnung und Schadenregulierung. Die Bestimmung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Statistiken*, in: *Verein Haftung und Versicherung* (Hrsg.), *Personen-Schaden-Forum 2009*, Zürich 2009, 121-141; ISAAK MEIER, *Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos*, in: *Fellmann* (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2010. Unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung*; *Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010*, Zürich/Basel/Genf 2010, 11-37; VOLKER PRIBNOW/YVES GOGNIAT, *Substanziierung im Haftpflichtprozess*, in: *Fellmann/Weber* (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2013*, Zürich 2013, 107-126; ANDREAS GALLI, *Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR. Mut zur Lücke!*, in: *Fellmann/Weber* (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2015. Prozesskosten, Schadensschätzung, Verfahrens- und Beweisfragen bei Personenschäden: Beiträge zur Tagung vom 6. Mai 2015 in Luzern*, Zürich 2015, 207-223.
- ⁵ BRUNO PASQUIER, *Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen - unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR*, Zürich 2014. Die Dissertation BAUMANN WEY (Fn. 1), Rz. 224 ff., enthält ebenfalls eine Auseinandersetzung mit Art. 42 Abs. 2 OR.

nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge» und die «besonders verfahrensrechtlichen» Aspekte von Art. 42 Abs. 2 OR konzentrieren, namentlich die Fragen, ob Art. 42 Abs. 2 OR eine Grundlage für eine unbezifferte Forderungsklage bildet und wie weit die Kognition des Bundesgericht im Beschwerdefahren bei der Überprüfung der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geht. Vorab jedoch werden die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR kurz dargestellt.

II. Voraussetzungen der Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR

A. Beweisnot bezüglich der Höhe einer Geldforderung

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. Lehre und Praxis haben beide Anwendungsvoraussetzungen ausdehnend interpretiert (zur Voraussetzung des «Schadens» gleich nachstehend unter B).

Gemäss herrschender Lehre und Praxis setzt die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nur, aber immerhin, voraus, dass der (angebliche) Gläubiger die Höhe einer Geldforderung nicht so nachweisen kann, dass beim Gericht der für die Erfüllung des Regelbeweismasses notwendige Überzeugungsgrad entsteht, wobei der Nachweis der entsprechenden Tatsache nicht nur im Einzelfall, sondern *nach der Natur der Sache* unmöglich oder unzumutbar⁶ ist.⁷ 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 sind, die in allen gleichgelagerten Fällen vorliegen.⁸ Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten

⁶ Unzumutbar kann der strikte Nachweis des Schadens sein, wenn die Kosten dafür den (mutmasslichen) Schaden übersteigen, Urteil des BGer 4C.184/2005 vom 4. Mai 2006 E. 4.2.1; 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/Zürich/Bâle 2005, 39-61

⁷ BGE 140 III 610 E. 4; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

⁸ ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Bern 2008, Rz. 7.06; PASQUIER (Fn. 5), Rz. 173.

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.⁹

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.¹⁰

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.¹¹ 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. Wer aufgrund eines schädigenden Ereignisses einen Verdienstausschlag behauptet, behauptet, er hätte ohne das schädigende Ereignis einen höheren Verdienst erzielt – eine Behauptung, die sich nie an der Wirklichkeit messen lässt, weil das schädigende Ereignis ja gerade verhindert, dass der Verdienst erzielt wird. Ganz ähnlich beim entgangenen Gewinn. Auch wenn es sich dabei um eine in der Vergangenheit liegende Grösse handelt, behauptet der Geschädigte, er hätte einen höheren Gewinn erzielt, wenn ein bestimmtes Ereignis nicht der Fall gewesen wäre; er behauptet also einen Sachverhalt, der sich notwendigerweise so nicht ereignet hat.

⁹ BGE 130 III 321 E. 3.2.

¹⁰ BGE 130 III 321 E. 3.3.

¹¹ PASQUIER (Fn. 5), Rz. 68 ff.

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 Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs,¹² des Eintritts des Versicherungsfalls bei Entwendversicherungen,¹³ des Mangels eines Produkts,¹⁴ der Urteilsunfähigkeit¹⁵ und ganz allgemein, wenn der Beweis nur mittelbar, d.h. durch Indizien, erbracht werden kann.¹⁶ Als gesetzliche Grundlage wird dabei teilweise die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR gesehen,¹⁷ teilweise fehlt ein Hinweis auf die gesetzliche Grundlage für die Beweismassreduktion vollständig.¹⁸ In der neueren Lehre spricht sich *Pasquier* dafür aus, Beweismasssenkungen bei typischer Beweisnot generell auf eine analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu stützen, unabhängig davon, ob es sich um den Beweis einer ziffernmässig bestimmbar Grösse handelt.¹⁹ *Pasquier* verweist auf die «verallgemeinerungsfähige Wertung» von Art. 42 Abs. 2 OR, gemäss der das Beweismass zu senken ist, wenn ansonsten regelmässig der Beweis misslingen würde. 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.²⁰

B. Nicht aber: Schaden im Sinne von Art. 41 ff. OR

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der

¹² BGE 128 III 271 E. 2b/aa. Die Frage, ob Art. 42 Abs. 2 OR auf den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang anwendbar ist, ist daher von geringer praktischer Bedeutung, SÜSSKIND (Fn. 5), 122 f.

¹³ BGE 130 III 321 E. 3.3.

¹⁴ BGE 133 III 81 E. 4.2.2; 137 III 226 E. 3.2.

¹⁵ BGE 74 II 202 E. 1; Urteil des BGer 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 5.2.

¹⁶ BGE 130 III 321 E. 3.2; 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; BERGER-STEINER (Fn. 9), Rz. 7.06; ALFRED BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten - unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter vom 21. Juni 2010, Rz. 11; kritisch PASQUIER (Fn. 5), Rz. 74.

¹⁷ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

¹⁸ BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 133 III 81 E. 4.2.2.

¹⁹ PASQUIER (Fn. 5), Rz. 272, 358 ff.

²⁰ Der Autor hat anderswo argumentiert, dass sich im Zivilprozessrecht generell ein tieferes Beweismass der überwiegenden Überzeugung aus dem Zweck des Zivilprozesses herleiten lässt, MARK SCHWEIZER, Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition, Tübingen 2015, 482 ff., dies soll hier nicht vertieft werden.

Schadenshöhe anwendbar, sondern auch dann, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist, d.h. auch auf die Existenz des Schadens.²¹ Das bedeutet aber gleichzeitig, dass die Existenz eines Schadens keine Anwendungsvoraussetzung von Art. 42 Abs. 2 OR sein kann.²²

Nach hier vertretener Auffassung lässt sich Schaden und Schadenshöhe nicht trennen. Schaden ist – abgesehen vom Spezialfall des normativen Schadens²³ – definiert als Differenz des aktuellen Vermögensstandes des Geschädigten und des hypothetischen Vermögensstandes ohne das schädigende Ereignis.²⁴ Die Existenz eines Schadens bedingt daher immer auch eine ziffernmässige Höhe, wo diese gleich Null ist, gibt es keinen Schaden.²⁵ Nach einer anderen Auffassung wird zwischen Substanz- und Ersatzschaden unterschieden.²⁶ Nur letzterer ist einer ziffernmässigen Bestimmung zugänglich. Der Substanzschaden wird in der Rechtsgutverletzung gesehen.²⁷ Meines Erachtens werden damit Widerrechtlichkeit und Schaden unnötigerweise vermischt.

Ebenfalls keine Voraussetzung für die (analoge) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ist, dass sich die zu schätzende Geldforderung aus der deliktischen Haftung im Sinne von Art. 41 ff. OR ergibt. Im Sinne der «traditionellen Analogiefreund-

²¹ BGE 95 II 481 E. 12a; 132 III 379 E. 3.1; PERINI (Fn. 1), 24; CHAIX (Fn. 6), Rz. 23; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. 1, Bern 2012, Rz. 1458; PASQUIER (Fn. 5), Rz. 155; a.M. BERGER-STEINER (Fn. 8), Rz. 3.30; BÜHLER (Fn. 16), Rz. 26 f.; BK-ZGB-WALTER Art. 8 N 525; HANS P. WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann, Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, 47-68, 61.

²² BGE 81 II 50 E. 5 (die Rüge, die Höhe des Schadens könne nur geschätzt werden, wenn sein Eintritt bewiesen wurde, geht fehl).

²³ Dazu VITO ROBERTO, Schadensrecht, Basel, Frankfurt am Main 1997, 38 ff.; WALTER FELLMANN, Die Normativierung des Personenschadens - der Richter als Gesetzgeber?, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2005, 13-38. In der Schweiz spielt der normative Schaden in der Praxis fast ausschliesslich bei Haushalt- und Pflegegeschäden eine (dort allerdings wichtige) Rolle, BGE 132 III 379 E. 3.3.2 («Milchschäumer»).

²⁴ BGE 129 III 331 E. 2.1;

²⁵ HEINRICH HONSELL, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, Juristische Schulung 1973, 69-75, 72; SÜSSKIND (Fn. 4), 125; PASQUIER (Fn. 5), 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.

²⁶ HANS GIGER, Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden. Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung, in: Peter/Stark/Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg, Schweiz 1982, 369-396, 381; PETER GOTTWALD, Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensercht und im Schadenersatzprozess, München 1979, 43; PERINI (Fn. 1), 4.

²⁷ GIGER (Fn. 26), 43; PERINI (Fn. 1), 4.

lichkeit des schweizerischen Privatrechts»²⁸ hat das Bundesgericht Art. 42 Abs. 2 OR analog angewendet auf die Schätzung vertraglicher Forderungen,²⁹ güterrechtlicher Ausgleichsansprüche³⁰ und des Nettogewinns des bösgläubigen Geschäftsführers ohne Auftrag.³¹

C. Substanziierung der Schätzungsgrundlagen

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.³² 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].»³³ Es ist dieser Punkt, der in der Praxis bei den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR zu den grössten Schwierigkeiten führt. Prozessanwälte beklagen, dass die Anforderungen der Gerichte an die Substanziierung kaum vorhersehbar und oft überzogen seien.³⁴ Richter haben das Gefühl, dass sie, wenn sie aufgrund bloss allgemein gehaltener Angaben einen Schaden schätzen sollen, bloss raten, was nicht ihrem Berufsethos entspricht, ein richtiges Urteil zu fällen.

Das Bundesgericht hält fest, dass bei der Behauptung hypothetischer Sachverhalte tiefere Anforderungen an die Substanziierung zu stellen sind.³⁵ So kann der klagenden Partei nicht der Vorwurf gemacht werden, sie mache mehrere ver-

²⁸ HANS P. WALTER, Zur Rechtsnatur des Ermessensbegriffs in Art. 42 Abs. 2 OR, in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen. Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances - mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire, Zürich 2010, 677-687, 678.

²⁹ Insbesondere im Arbeitsrecht, BGE 116 II 225 E. 3b (geleistete Überstunden), 128 III 271 E. 2b (bezogene Ferientage), 131 III 439 E. 5.1 (Auslagen), und beim Nachweis des Minderwerts, 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); und im Auftragsrecht beim Nachweis des anrechenbaren Vorteils, BGE 128 III 22 E. 2e/cc.

³⁰ BGE 116 II 225 E. 3b; 121 III 152 E. 3c; Urteil 5A_51/2014 vom 14. Juli 2014 E. 2.3.

³¹ BGE 134 III 306 E. 4.1.2 - «Resonanzetikette II».

³² BGE 122 III 219 E. 3a; 128 III 271 E. 2b/aa; 140 III 409 E. 4.3.1.

³³ BGE 122 III 219 E. 3a.

³⁴ PRIBNOW/GOGNIAT (Fn. 4), 123; MARKUS SCHMID, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, 13-27, 27.

³⁵ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

schiedene hypothetische Kausalverläufe geltend – die alle zu einem (unterschiedlich hohen) Schaden geführt hätten – womit erstellt sei, dass keiner der Kausalverläufe überwiegend wahrscheinlich sei.³⁶ Andererseits stützt das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz, das eine Klage abweist, weil die klagende Partei nicht ausreichend substantiiert habe, welche Vermögensanlage sie bei pflichtgemässer Aufklärung getätigt hätte. Es genüge nicht, einfach zu behaupten, sie hätte eine Anlage gewählt, die ihr (wenigstens) die Rückzahlung des investierten Kapitals gewährleistet hätte, vielmehr müsse sie behaupten und soweit möglich belegen, welche konkrete(n) Festgeldanlage(n) sie damals getätigt hätte.³⁷ Hingegen genügt die klägerische Behauptung, bei korrekter steuerlicher Beratung eine Tochtergesellschaft gegründet und dieser die Liegenschaft vor Verfall des Verlustvortrages verkauft zu haben, den Substanziierungsanforderungen, und die Vorinstanz verletzt Bundesrecht, wenn sie verlangt, dass die Klägerin Angaben zur Höhe des Aktienkapitals, des Zwecks der Tochtergesellschaft, der Finanzierung des Kaufpreises und des betriebswirtschaftlichen Hintergrunds der Transaktion mache.³⁸

Die Anforderungen an den Grad der Substanziierung können nicht bestimmt werden, ohne dass man den Zweck der Substanziierung kennt.³⁹ Die Zwecke der Substanziierung sind durchaus vielseitig, entsprechend können auch die Anforderungen an den Grad der Substanziierung variieren.⁴⁰ Solange das Bundesgericht auch im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR vom herkömmlichen (konkreten) Schadensbegriff ausgeht⁴¹ – Art. 42 Abs. 2 OR also als eine reine Beweis(erleichterungs)norm betrachtet – wird die klagende Partei nicht umhinkommen, alle Schätzungsgrundlagen substantiiert zu behaupten und insbesondere statistische Daten frühzeitig in den Prozess einzuführen.

³⁶ Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4.

³⁷ Urteil des BGer 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.7.

³⁸ Urteil des BGer 4A_144/2009 vom 6. Oktober 2009 E. 3.4.

³⁹ MARK SCHWEIZER, Substanziieren - wozu?, Schweizerische Juristenzeitung 2012, 557-569, 558.

⁴⁰ SCHWEIZER (Fn. 398), 561 ff.

⁴¹ 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. (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, 291-299; MARC SCHAEZLE, Damnum futurum abstractum, in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, 507-518; siehe jedoch SÜSSKIND (Fn. 4), 245.

D. Beweislast und Beweismass für den Beweis des Vorliegens der Anwendungsvoraussetzungen

Die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR bewirkt eine Herabsetzung des Beweismasses (siehe gleich nachstehend), die sich zugunsten des Gläubigers auswirkt. Entsprechend trägt der Gläubiger nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Beweislast für das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen.⁴² Sind die Anwendungsvoraussetzungen nicht nachgewiesen, erfolgt entsprechend keine Schätzung des nicht ziffermässig nachweisbaren Schadens.⁴³ Dem widerspricht das Bundesgericht nicht, wenn es ausführt, dass Art. 42 Abs. 2 OR von Amtes wegen anzuwenden ist, auch wenn sich der Gläubiger nicht darauf beruft (*iura novit curia*),⁴⁴ denn wenn der Nachweis der Anwendungsvoraussetzungen gelungen ist, hat die Beweislastverteilung keine Bedeutung mehr.⁴⁵

Die Anwendungsvoraussetzungen müssen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bloss glaubhaft gemacht werden.⁴⁶ Eine überzeugende Begründung dafür fehlt allerdings. Das Beweismass für das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen bleibt grundsätzlich das Regelbeweismass.⁴⁷ In der Praxis dürfte sich das unterschiedliche Beweismass hier allerdings kaum auswirken, da der Nachweis einer Beweisnot meist nicht von schwer zu beweisenden Tatsachenbehauptungen abhängt.

III. Rechtsfolgen der (analogen) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR

A. Pflicht zur Schätzung, aber keine eigenen Beweiserhebungen durch das Gericht

Wo Art. 42 Abs. 2 OR anwendbar ist, ist das Gericht verpflichtet, eine Schätzung des nicht ziffermässig nachweisbaren Anspruchs nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vorzunehmen. Ein «Ermessen» im Sinne eines Rechtsfolgeermessens

⁴² PASQUIER (Fn. 5), Rz. 108.

⁴³ Urteil des BGer 4A_309/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 4.3.

⁴⁴ BGE 136 III 322 E. 3.4.5.

⁴⁵ BGE 130 III 591 E. 5.4.

⁴⁶ Urteil des BGer 4A_309/2009 vom 27. Oktober 2009 E. 4.3; FELLMANN (Fn. 4), 62.

⁴⁷ PASQUIER (Fn. 5), Rz. 114.

hat es nicht, Art. 42 Abs. 2 OR ist keine «Kann» Vorschrift. Andererseits führt Art. 42 Abs. 2 OR nicht die Untersuchungsmaxime ein; es obliegt nach wie der beweisbelasteten Partei, die für die Schätzung notwendigen Grundlagen beizubringen.⁴⁸

B. Keine Notwendigkeit der Bezifferung des Rechtsbegehrens

In der Lehre ist umstritten, ob Art. 42 Abs. 2 OR die klagende Partei davon entbindet, ihr Rechtsbegehren zu beziffern.⁴⁹ Die unbezifferte Forderungsklage wird in Art. 85 Abs. 1 ZPO geregelt, wobei diese Bestimmung sowohl die unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne als auch die Stufenklage erfasst.⁵⁰ Die Stufenklage ist dadurch charakterisiert, dass ein materiellrechtlicher Hilfsanspruch auf Rechnungslegung mit einer unbezifferten Forderungsklage verbunden wird.⁵¹ Eine Stufenklage liegt somit definitionsgemäss nicht vor, wenn kein selbständiger Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung besteht, der mit der unbezifferten Forderungsklage verbunden werden kann.⁵² Art. 42 Abs. 2 OR begründet keinen Anspruch auf Auskunftserteilung; ohne einen entsprechenden Anspruch aus einer anderen Norm kann die klagende Partei daher keine Stufenklage einreichen.

Bei der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne kann die klagende Partei auf eine Bezifferung ihres Rechtsbegehrens verzichten, wenn es ihr unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis, dass eine Bezifferung vor Abschluss des Beweisverfahrens aus objektiven Gründen unmöglich oder unzumutbar ist, obliegt der klagenden Partei; es genügt nicht, einfach zu behaupten, die notwendigen Informationen zur Bezifferung lägen nicht vor.⁵³ Es ist offensichtlich, dass der Wortlaut und der gesetzgeberische Gedanke, der hinter Art. 85 ZPO steht, nicht auf die Fälle der Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR passt. Bei Art. 42 Abs. 2 OR ist der Schaden dauerhaft nicht ziffernmässig nachweisbar, nicht nur vorübergehend bis zum Abschluss des Beweisverfahrens.

⁴⁸ SIDLER (Fn. 3), 540.

⁴⁹ Übersicht zum Meinungsstand bis 2010 bei MEIER (Fn. 4), 18 f.; aus der neueren Lehre bejahend GALLI (Fn. 4), 220 f.; ablehnend BAUMANN WEY (Fn. 1), Rz. 328 ff.

⁵⁰ Statt aller BK-ZPO-MARKUS, Art. 85 N 1.

⁵¹ BGE 123 III 140 E. 2b.

⁵² Urteil des BGer 4A_93/2014 vom 4. Juli 2014 E. 4.3.

⁵³ Urteil des BGer 4A_93/2014 vom 4. Juli 2014 E. 4.3.2.

Das bedeutet aber nicht notwendigerweise, dass sich eine unbezifferte Forderungsklage nicht direkt auf Art. 42 Abs. 2 OR stützen könnte.⁵⁴ Das wäre nur ausgeschlossen, wenn Art. 85 ZPO eine abschliessende Regelung der unbezifferten Forderungsklage enthalten würde. Dies tut sie aber schon vom Wortlaut her nicht – Art. 85 ZPO sagt nur, dass eine unbezifferte Forderungsklage zulässig ist, wenn die Bezifferung vorübergehend, bis zum Abschluss des Beweisverfahrens, unmöglich oder unzumutbar ist. Er besagt nicht, dass eine unbezifferte Forderungsklage *nur* unter dieser Voraussetzung zulässig ist.⁵⁵ Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung vor In-Kraft-Treten der schweizerischen Zivilprozessordnung festgehalten, kantonales Prozessrecht müsse unbezifferte Rechtsbegehren zulassen, wenn das Bundesrecht das Gericht auf sein Ermessen verweise, wie beispielsweise in Art. 42 Abs. 2 OR. Allerdings verbiete Art. 42 Abs. 2 OR den Kantonen nicht, aus formellen Gründen eine rahmenmässige Bezifferung der Klageforderung zu verlangen.⁵⁶ Es gibt keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber der schweizerischen Zivilprozessordnung von dieser Praxis abweichen wollte. Der Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR im Urteil 4A_93/2014 vom 4. Juli 2014 deutet darauf hin, dass das Bundesgericht eine unbezifferte Forderungsklage auch unter der schweizerischen Zivilprozessordnung für zulässig hält, wenn die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR gegeben sind; wenn die beweisbelastete Partei also namentlich die Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar behauptet und beweist.

Nach hier vertretener Meinung bietet Art. 42 Abs. 2 OR eine eigenständige Grundlage für eine unbezifferte Forderungsklage, die neben Art. 85 Abs. 1 ZPO steht,⁵⁷ denn es wäre widersinnig, von der klagenden Partei die Bezifferung der Klage zu verlangen, wenn die genaue Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist.⁵⁸ Hingegen darf gestützt auf Art. 85 Abs. 1 ZPO die Angabe eines Mindeststreitwerts verlangt werden,⁵⁹ was im Wesentlichen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor In-Kraft-Treten der schweizerischen ZPO entspricht, die den Kantonen erlaubte, eine «rahmenmässige» Bezifferung zu verlangen.

⁵⁴ MEIER (Fn. 4), 22; a.M. BAUMANN WEY (Fn. 1), Rz. 328 ff.

⁵⁵ MEIER (Fn. 4), 22.

⁵⁶ BGE 131 III 243 E. 5.1; 116 II 215 E. 4a. Kritik bei BAUMANN WEY (Fn. 1), Rz. 320 ff.

⁵⁷ Ebenso MEIER (Fn. 4), 21; GALLI (Fn. 4), 221.

⁵⁸ MEIER (Fn. 4), 21.

⁵⁹ BAUMANN WEY (Fn. 1), Rz. 475 m.w.H.

Verzichtet die klagende Partei auf die Bezifferung ihres Rechtsbegehrens und kommt das Gericht in der Folge zum Schluss, dass sie nicht nachgewiesen hat, dass eine Bezifferung aus objektiven Gründen unmöglich oder unzumutbar ist, handelt es sich bei der fehlenden Bezifferung allerdings nicht um einen behebbaren Mangel i. S. v. Art. 132 Abs. 1 ZPO. Es stellt auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn das Gericht ohne Möglichkeit der nachträglichen Bezifferung der Klage auf diese nicht eintritt.⁶⁰

C. Beweismassreduktion

In Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ist der Schaden «nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen.» Die herrschende Lehre und Rechtsprechung sehen darin eine Senkung des Beweismasses.⁶¹ Das Bundesgericht umschreibt dieses reduzierte Beweismass «eher sybillinisch und schillernd»⁶². Der Schaden «gilt als erwiesen, wenn sich genügend Anhaltspunkte ergeben, die geeignet sind, auf seinen Eintritt zu schliessen.»⁶³ Eintritt und Höhe des Schadens müssen sich «mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen.»⁶⁴ Andererseits wird betont, der Eintritt des Schadens dürfe nicht bloss im Bereich des Möglichen liegen, sondern müsse als «annähernd sicher» erscheinen.⁶⁵

Heute ist man sich einig, dass das Beweismass nach Art. 42 Abs. 2 OR dasjenige der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ist.⁶⁶ Darin wird aber nicht etwa eine Wahrscheinlichkeit von gerade über 50% gesehen,⁶⁷ also eine Überzeugung, dass etwas eher wahr als falsch sei, sondern – in Abgrenzung zur Glaubhaftmachung – mehr als eine bloss überwiegende Überzeugung. Nach der Umschreibung im Leiturteil BGE 130 III 321 liegt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erst vor,

⁶⁰ Urteil des BGer 4A_93/2014 vom 4. Juli 2014 E. 4.3.2.

⁶¹ FELLMANN (Fn. 4), 55.

⁶² WALTER (Fn. 28), 683.

⁶³ BGE 132 III 379 E. 3.1 «Milchschaumer».

⁶⁴ BGE 122 III 219 E. 3a; BGE 132 III 379 E. 3.1 «Milchschaumer».

⁶⁵ BGE 122 III 219 E. 3a.

⁶⁶ PASQUIER (Fn. 5), Rz. 47 mit zahlreichen Hinweisen.

⁶⁷ So aber das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht, Urteil des BGer 9C_717/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.3; DANIEL SUMMERMATTER/CLAUDIA JACOBET, 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.

wenn die Möglichkeit, dass die Tatsachenbehauptung falsch ist, weder eine massgebende Rolle spielt noch vernünftigerweise in Betracht fällt.⁶⁸ In der Lehre wird dies mit einem numerischen Wert von 75% umschrieben, der sozusagen auf halbem Weg zwischen den 50% der Glaubhaftmachung und den annähernd 100% des Regelbeweismasses liegt.⁶⁹

Eine überzeugende Begründung dafür, warum deutlich mehr als eine bloss überwiegende Überzeugung verlangt wird, fehlt aber. Zwar gibt es zahlreiche psychologische Gründe dafür, dass ein Beweismass von «nur» 50% als zu tief empfunden wird.⁷⁰ Aber normativ lässt sich nicht einleuchtend begründen, warum mehr als eine bloss überwiegende Überzeugung verlangt wird.⁷¹ 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 vom Geschädigten getragen werden sollen, leuchtet nicht ein. So betont das Bundesgericht, dass eine «verbleibende Ungewissheit» bei der Schätzung des Schadens sich nicht zu Ungunsten des Geschädigten auswirken dürfe.⁷² Dasselbe sollte für das Risiko eines Fehlurteils gelten. Bei einem Beweismass von gerade über 50% Überzeugung irrt sich das Gericht auf lange Sicht im gleichen Mass zu Gunsten des Geschädigten wie des Haftpflichtigen, was das materielle Recht – unter Bedingungen der Unsicherheit – am besten durchsetzt.

D. Beweislast

Das Bundesgericht betont, Art. 42 Abs. 2 OR ziele nicht darauf ab, dem Geschädigten «die Beweislast generell abzunehmen»⁷³. In der Lehre ist umstritten, ob sich Art. 42 Abs. 2 OR auf die objektive Beweislast auswirkt.⁷⁴ Meines Erachtens ist zwischen dem Beweis der Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR und dem Beweis des Schadens zu unterscheiden. Die objektive Beweislast regelt bekanntlich, wer die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Lassen sich die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht beweisen, so führt

⁶⁸ BGE 132 III 321 E. 3.3.

⁶⁹ BERGER-STEINER (Fn. 8), Rz. 6.117 f.; BÜHLER (Fn. 16), Rz. 13; BK-ZGB-WALTER Art. 8 N 138.

⁷⁰ SCHWEIZER (Fn. 20), 508 ff.

⁷¹ Ausführlich DERS. (Fn. 20), 482 ff.

⁷² BGE 100 II 298 E. 4a; Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.2. Die Fälle, in denen das Bundesgericht diese Aussage gemacht hat, betrafen immer Kinderschäden.

⁷³ BGE 121 III 219 E. 3a; anders aber Urteil des BGer 4C.184/2005 vom 4. Mai 2006 E. 4.2.1.

⁷⁴ Siehe die Nachweise bei PASQUIER (Fn. 5), Rz. 93.

dies dazu, dass die Bestimmung nicht angewendet wird, was sich zu Ungunsten des Gläubigers auswirkt. Insofern trägt er die objektive Beweislast für die Anwendungsvoraussetzungen. Findet Art. 42 Abs. 2 OR jedoch Anwendung, so muss das Gericht einen Schaden schätzen. Dadurch wird die Frage, wer die Folge der unterlassenen Schätzung zu tragen hat, gegenstandslos.⁷⁵

Aus der Formulierung der Schätzung «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» folgt allerdings, dass der Schuldner, der geltend macht, dass aussergewöhnliche Umstände *in casu* dazu geführt hätten, dass kein oder ein geringerer Schaden eingetreten wäre, dies nachweisen muss. Gelingt ihm das nicht, bleibt es beim «gewöhnlichen» Schaden; dieser ist sozusagen die «Einsatzstrafe». Insofern trägt der Schädiger die objektive Beweislast für aussergewöhnliche Umstände, die sich zu seinen Gunsten auswirken. Das Beweismass für den tieferen Schaden ist – wie für die Anrechnung eines subjektiven Vorteils des Geschädigten⁷⁶ – dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

E. Schätzung «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge»

Nach dem Gesetzeswortlaut hat das Gericht den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden nach Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Der Teilsatz «mit Rücksicht auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen» wird vom Bundesgericht ignoriert. In der Lehre ist umstritten, was er bedeutet.⁷⁷ Ein Teil der Lehre sieht darin einen Verweis auf die Schadenminderungsobliegenheit des Geschädigten,⁷⁸ andere einen Verweis auf Massnahmen des Geschädigten, die zu einem aussergewöhnlich hohen (entgangenen) Gewinn geführt hätten.⁷⁹ Praktische Bedeutung hat er keine.⁸⁰

⁷⁵ BGE 128 III 271 E. 2b/aa; SIDLER (Fn. 3), 139; a.M. PASQUIER (Fn. 5), Rz. 95.

⁷⁶ BGE 122 III 61 2c/bb.

⁷⁷ Siehe die Nachweise bei BK-OR-BREHM, Art. 42 N 55 f.

⁷⁸ HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER, *La responsabilité civile*, Bern 1975, 210. CHAIX (Fn. 6), Rz. 26 weist zu Recht darauf hin, dass eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit nicht bei der Bestimmung des Schadens, sondern bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen ist. Art. 42 Abs. 2 OR betrifft nach einhelliger Auffassung die Bestimmung des Schadens, nicht die Bemessung des Schadenersatzes.

⁷⁹ HUBER (Fn. 4), 127; CHAIX (Fn. 6), Rz. 26.

⁸⁰ SIDLER (Fn. 3), 539.

Von grösster praktischer Bedeutung ist hingegen, wie das Gericht den Schaden «nach Ermessen» und «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge» schätzen soll. Ziel ist dabei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, den entstandenen Schaden, oder die geleisteten Überstunden oder die nicht bezogenen Ferientage so genau wie möglich zu bestimmen, was in der Lehre oft als «konkrete» Schadensberechnung bezeichnet wird, der eine «abstrakte» Berechnung gegenübergestellt wird. Tatsächlich ist diese Gegenüberstellung wenig erhellend, da jede Beweiswürdigung, die nicht auf direkter Sinneswahrnehmung des Richters beruht – und demnach alles, was nicht durch Augenschein nachgewiesen werden kann – auf einem Schliessvorgang beruht, der seine Rechtfertigung aus der Einordnung eines Einzelfalls in eine Kategorie bezieht. Denklogisch liegt kein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Schluss von der Aussage eines Zeugen, X habe den Unfallwagen gefahren, darauf, dass X den Unfallwagen gefahren hat, und dem Schluss, dass ein 14-monatiges Kleinkind, das durch einen Unfall an der späteren Aufnahme jeder Erwerbstätigkeit gehindert wird, den durchschnittlichen Verdienst einer diplomierten Pflegefachfrau erzielt hätte.

In beiden Fällen schliesst die tatsachenfeststellende Instanz von einer Behauptung, die als wahr unterstellt wird – der Zeuge hat eindeutig gesagt, dass X den Unfallwagen gefahren hat, die ältere Schwester der Verunfallten hat unstreitig das Diplom Pflegefachfrau HF erworben⁸¹ – auf die Wahrscheinlichkeit, dass eine nicht durch eigene Beobachtung verifizierbare Aussage wahr ist. Dieser Schluss ist nicht wahrheitserhaltend wie ein Schluss der klassischen Logik – obwohl die Aussage, dass der Zeuge gesagt hat, X habe den Unfallwagen gefahren, sicher wahr ist, ist die Aussage, dass X den Unfallwagen gefahren hat, möglicherweise falsch. Es handelt sich um einen Schluss, der auf induktiver Logik beruht.⁸²

Eine Form induktiver Logik, die solchen Schlüssen eine Rechtfertigung verleihen kann, ist die Wahrscheinlichkeitstheorie.⁸³ Sie erlaubt unter bestimmten Randbedingungen einen Schluss von der relativen Häufigkeit eines Merkmals in

⁸¹ So der Sachverhalt gemäss Urteil des BGER 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.4.1. «HF» steht für «Höhere Fachschule», eine dreijährige Ausbildung der Stufe «Tertiär B», siehe www.sbk.ch/bildung/pflegeausbildung/pflegefachfrau-hf.html, besucht am 16. November 2015.

⁸² Schlüsse gestützt auf induktive Logik können falsch sein, WESLEY C. SALMON, Logik, Stuttgart 1997, 169, dafür sind sie wahrheitserweiternd.

⁸³ ELENA BOURMISTROV-JÜTTNER, Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis, München 1987, 23; E. T. JAYNES, Probability Theory. The Logic of Science, Cambridge u. a. 2003, XII f.

einem Kollektiv auf die persönliche Überzeugung, dass ein beliebiges Mitglied des entsprechenden Kollektivs dieses Merkmal aufweist.⁸⁴ Die kritische Randbedingung ist dabei, dass für den Entscheider die Wahrscheinlichkeit, dass das fragliche Mitglied die Eigenschaft aufweist, gleich gross ist wie für jedes andere Mitglied der Klasse. Diese Annahme trifft in Wirklichkeit nie zu, aber es kann epistemisch gerechtfertigt sein, so zu tun, als würde sie zutreffen.

Nehmen wir an, der Richter müsste eine Aussage zur Wahrscheinlichkeit treffen, dass ein berufstätiger 55-jähriger Mann die nächsten fünf Jahre überlebt. Im Jahr 2000 starben 3'838 von 142'148 berufstätigen Männern in der Altersgruppe von 55 bis 59 innerhalb der nächsten fünf Jahre.⁸⁵ Der spezifische Mann gehört in diese Gruppe (auch «Referenzklasse»)⁸⁶ Die relative Häufigkeit, binnen der nächsten fünf Jahre abzuleben, beträgt $3'838/142'148 = 0,027$. Der Schluss, dass der Mann mit einer Wahrscheinlichkeit von 97,3% die nächsten fünf Jahre überlebt, scheint naheliegend.

Jetzt weiss der Richter auch noch, dass der Mann Professor ist. Nur 106 von 7'066 55- bis 59-jährige Lehrer und Professoren starben zwischen 2000 und 2005.⁸⁷ Dies entspricht einer relativen Häufigkeit von $106/7'066 = 0,015$ oder 1,5%. Entsprechend beträgt die Überlebenswahrscheinlichkeit 98,5%. Es scheint einleuchtend, diese Wahrscheinlichkeit zur persönlichen Überzeugung zu machen, dass der spezifische Mann die nächsten fünf Jahre überlebt, denn diese Referenzklasse ist enger – durch mehr Eigenschaften definiert – und der Mann ist ein Mitglied dieser Klasse.

Jetzt ist der Mann aber Professor und die relative Häufigkeit wird nur für die Referenzklasse der «Lehrer und Professoren» angegeben. Möglicherweise ist die Sterbewahrscheinlichkeit für die beiden Berufsgattungen jedoch unterschiedlich. Angenommen, man würde erfahren, dass 500 der 7'066 «Lehrer und Professoren» Professoren und von diesen fünf zwischen 2000 und 2005 gestorben sind, was einer relativen Häufigkeit von 1% entspricht.⁸⁸ Wäre es jetzt sinnvoll, von einer Wahrscheinlichkeit von 99% auszugehen, dass der Mann die nächsten fünf

⁸⁴ FRANCO TARONI u. a., *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*, Chichester 2006, 21 f.

⁸⁵ PHILIPPE WANNER/MATHIAS LERCH, *Mortalité différentielle en Suisse 1990-2005. Rapport de recherche no 10/12*, Bern 2012, Tabelle 4.9.

⁸⁶ Da er an der unteren Grenze der Altersklasse ist, ist seine Sterbewahrscheinlichkeit geringer als der Durchschnitt der 55 bis 59-jährigen, da die Sterblichkeitswahrscheinlichkeit mit dem Alter steigt.

⁸⁷ WANNER/LERCH (Fn. 85), Tabelle 4.9.

⁸⁸ Die Zahlen habe ich erfunden.

Jahre überlebt? Zweifel schleichen sich ein, weil fünf eine sehr geringe Zahl ist, die leicht zufälligen Schwankungen unterliegen kann. Wenn nur ein einziger Professor mehr stirbt, beträgt die Sterbewahrscheinlichkeit bereits 1,2%.

Wenn man die persönliche Überzeugung auf eine relative Häufigkeit stützen will, kommt man nicht umhin, zu sagen, relativ zu was die Häufigkeit festgestellt wird. Ein Vorschlag ist, die engste Klasse, für die verlässliche Statistiken vorhanden sind, zu verwenden.⁸⁹ Eine andere Auffassung ist, dass der Einzelfall der weitesten *homogenen* Klasse zugeordnet werden soll, der er angehört.⁹⁰ Homogen ist eine Klasse, wenn ihre Mitglieder keine Eigenschaften haben, die statistisch relevant sind für die relative Häufigkeit des interessierenden Attributs. Homogenität vermag die Annahme zu rechtfertigen, dass für den Entscheider die Wahrscheinlichkeit, dass das fragliche Mitglied die Eigenschaft aufweist, gleich gross ist wie für jedes andere Mitglied der Klasse. Das Problem ist, dass keine Klasse tatsächlich homogen ist. *Salmon* schlägt daher vor, Klassen, die zwar heterogen sein mögen, über die man aber (mit zumutbarem Aufwand) keine weiteren Informationen erlangen kann, als «epistemisch homogen» zu bezeichnen.⁹¹ Sie werden, aus pragmatischen Gründen, als homogen behandelt, bis man mehr weiss und sinnvolle Unterklassen bilden kann.

Die beiden Ansätze können zu unterschiedlichen Resultaten führen.⁹² Im vorliegenden Fall würde sie jedoch beide dazu führen, dass man für den spezifischen Professor von der relativen Sterbehäufigkeit in der Klasse «Lehrer und Professoren» ausgeht. Man vermutet zwar, dass diese Klasse inhomogen ist – Lehrer und Professoren scheinen eine unterschiedliche Sterbewahrscheinlichkeit zu haben – aber für die Professoren gibt es keine verlässliche Statistik. *Angesichts der vorliegenden Informationen* ist es daher das Beste, die Klasse der «Lehrer und Professoren» für massgeblich zu erklären – in vollem Bewusstsein, dass man, wenn man mehr wüsste, anders entscheiden würde.

⁸⁹ HANS REICHENBACH, *The Theory of Probability*, Berkeley 1949, 374 («the narrowest class for which reliable statistics can be compiled»). Ähnlich auch HANS-JOACHIM MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin 1975, 93; HANS-JOACHIM KOCH/HELMUT RÜSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982, 305 f.

⁹⁰ WESLEY C. SALMON, *The Foundations of Scientific Inference*, Pittsburgh 1967, 91.

⁹¹ DERS. (Fn. 90), 92. Auch BRUNO DE FINETTI, *Wahrscheinlichkeitstheorie. Einführende Synthese mit kritischem Anhang*, Wien [u. a.] 1981, 256, geht davon aus, dass «für denjenigen, der nicht fähig ist, bezeichnende Merkmale festzustellen, jede Menge von Fällen automatisch gleichförmig erscheint».

⁹² SCHWEIZER (Fn. 20), 364 f.

Übertragen auf das im Alter von 14 Monaten verunfallte Mädchen und dessen mutmassliches zukünftiges Einkommen kann man sagen: wir wissen, dass die ältere Schwester des Mädchens erfolgreich eine Ausbildung zur Pflegefachfrau HF absolviert hat. Die Referenzklasse «Frauen, deren Schwester eine Ausbildung zur Pflegefachfrau absolviert haben» ist offensichtlich enger («konkreter») als die Referenzklasse aller Frauen, und wir wissen, dass Geschädigte in diese Klasse gehört. Wir haben allerdings keine Angaben zum Durchschnittsverdienst der Angehörigen dieser Klasse, weshalb es epistemisch gerechtfertigt sein mag, auf den Durchschnittslohn aller Frauen abzustellen.⁹³

Unbefriedigend an dieser Antwort ist, dass sich der Mangel an empirischen Daten strikt zu Lasten der Geschädigten auswirkt. Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass der Durchschnittslohn von Frauen, deren Geschwister eine Höhere Fachschule abgeschlossen haben, höher liegt als der Durchschnittslohn aller Frauen.⁹⁴ Eine Studie aus Deutschland zeigt, dass die Einkommen von Geschwistern relativ stark korrelieren. *Schnitzlein* berichtet einen Korrelationskoeffizienten von knapp 0,4 für das Einkommen von Geschwistern;⁹⁵ d.h. 40% der Varianz des Einkommens von Frauen wird durch das Einkommen ihrer Schwestern erklärt. Verdient eine Frau überdurchschnittlich, ist es daher wahrscheinlich, dass auch ihre Schwester ein überdurchschnittliches Einkommen erzielt. Wegen der relativ grossen länderspezifischen Unterschiede zwischen den Korrelationskoeffizienten für Geschwistereinkommen⁹⁶ kann jedoch nicht ohne weiteres auf die Situation in der Schweiz geschlossen werden. Für die Schweiz gibt es allerdings Studien, die zeigen, dass die Bildung der Kinder stark von der Bildung der Eltern abhängt. Deutschschweizer Töchter von Müttern mit hoher Bildung (Fachhochschul- oder Hochschulabschluss) besuchen im Alter von 17 Jahren mit einer Wahrscheinlichkeit von 59% eine Mittel- oder Hochschule, während nur 7% der Töchter von Müttern mit geringer Bildung in diesem Alter überhaupt (noch) eine Ausbildung absolvieren.⁹⁷ Da Bildung wiederum stark mit Einkommen korreliert,

⁹³ Keinen Sinn ergibt es jedoch, auf den Medianlohn der Frauen abzustellen, wie dies das Bundesgericht gebilligt hat, Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 4. Der Medianlohn liegt regelmässig tiefer als der Durchschnittslohn. Der Durchschnitt ist die beste Schätzung des erwarteten Verdienst; auf den Median abzustellen, schliesst ohne Begründung die Möglichkeit aus, dass die Geschädigte zu den Spitzenverdienerinnen gehört hätte.

⁹⁴ Dies anerkennt das BGer auch in dem Urteil 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.3, 3.4.4.

⁹⁵ DANIEL D. SCHNITZLEIN, How important is the family? Evidence from sibling correlations in permanent earnings in the USA, Germany, and Denmark, *Journal of Population Economics* 2014, 69-89, 80.

⁹⁶ SCHNITZLEIN (Fn. 95), 80.

⁹⁷ PHILIPP BAUER/REGINA T. RIPHAHN, Heterogeneity in the intergenerational transmission of educational attainment. Evidence from Switzerland on natives and second-generation immigrants, *Journal of Popula-*

ist es überwiegend wahrscheinlich, dass ein Kind von Eltern mit hoher Bildung ebenfalls eine höhere Bildung genießt, und deshalb überdurchschnittlich verdienen wird.

Wie hätte das Gericht in Anbetracht der Datenlage im Fall der 14-monatigen Geschädigten entscheiden sollen? Der Rechtsvertreter der Klägerin trug vor, es sei vom Durchschnittslohn einer Pflegefachfrau HF auszugehen, da die ältere Schwester diese Ausbildung abgeschlossen habe.⁹⁸ Wenn man «überwiegende Wahrscheinlichkeit» als eine Überzeugung (im Einzelfall) von mehr als 50% versteht und den Schluss von der relativen Häufigkeit in der Referenzklasse auf den Einzelfall akzeptiert, müsste die Klägerin daher nachweisen, dass mehr als 50% aller jüngeren Geschwister von Geschwistern mit einer Ausbildung zur Pflegefachfrau HF ebenfalls eine solche Ausbildung (erfolgreich) abschliessen, damit der Beweis erbracht ist. Dies ist ihr nicht gelungen und dürfte auch nicht gelingen, weil es wahrscheinlich nicht zutrifft.

Bei der Schätzung der Schadenshöhe ist dieser «alles oder nichts» (hier: Durchschnittslohn aller Frauen versus Durchschnittslohn einer Pflegefachfrau) Ansatz allerdings weder gesetzlich geboten noch einleuchtend.⁹⁹ Das Bundesgericht stellt bei der Schätzung des Einkommensausfalls seit jeher auf Durchschnittslöhne ab,¹⁰⁰ die sich zusammensetzen aus überdurchschnittlich hohen und tiefen Löhnen. Der Durchschnittslohn ist der empirische Erwartungswert; was abgegolten wird, ist die Chance, diesen zu erzielen.¹⁰¹ Die Wahrscheinlichkeit, dass genau der Durchschnittslohn erzielt worden wäre, ist verschwindend gering. Aufgrund der familiären Umstände der Klägerin liegt der Erwartungswert des von ihr erzielbaren Einkommens klar über dem durchschnittlichen Einkommen für Frauen. M.E. wäre es daher gerechtfertigt gewesen, von einem erzielbaren Einkommen auszugehen, dass über dem Durchschnittslohn liegt, aber unter dem Lohn einer Pflegefachfrau HF.

Es wird dem Leser nicht entgangen sein, dass der Schluss von der Referenzklasse auf den Einzelfall strukturell nichts anderes ist als der Schluss von einem

tion Economics 2007, 121-148, 133. Der Einfluss der Bildung der Mutter ist dabei leicht höher als der Einfluss der Bildung des Vaters.

⁹⁸ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.4.1.

⁹⁹ PASQUIER (Fn. 5), Rz. 124. Bei der haftungsausfüllenden Kausalität (Schadenshöhe) ist die «perte d'une chance» wenn nicht explizit, so doch implizit, weitgehend anerkannt, BK-OR-BREHM, Art. 42 N 56a.

¹⁰⁰ Bereits Pra 1960 Nr. 67, 194.

¹⁰¹ BK-OR-BREHM, Art. 42 N 56a.

Erfahrungssatz auf den Einzelfall. Der Erfahrungssatz, dass die meisten Zeugen, die kein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses haben, die Wahrheit sagen, kann die Überzeugung begründen, dass der Zeuge im konkreten Fall die Wahrheit sagt. Es ist daher richtig, dass die Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR auf Erfahrungssätzen beruht,¹⁰² es ist allerdings generell so, dass fast alle Beweiswürdigung auf Erfahrungssätzen beruht, nur werden diese meist nicht explizit formuliert. Dies hat Auswirkungen auf die Kognition des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren, die im nachstehenden Abschnitt untersucht wird.

IV. Kognition des Bundesgerichts im Beschwerdeverfahren

Vor Bundesgericht kann im Beschwerdeverfahren die Feststellung des Sachverhalts bekanntlich nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Bundesrechtsverletzung beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). «Wie eine Rechtsverletzung» wird praxisgemäss auch die Verletzung eines qualifizierten Erfahrungssatzes, der «einen solchen Abstraktionsgrad erreicht hat, dass er normativen Charakter trägt»¹⁰³, behandelt.

Die Kognition des Bundesgerichts bei der Überprüfung der vorinstanzlichen Schätzung einer nicht ziffernmässig nachweisbaren Forderung in (analoger) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR hängt daher davon ab, ob diese Schätzung Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung ist, und wenn sie Sachverhaltsfeststellung ist, ob sie auf qualifizierten Erfahrungssätzen beruht.

A. Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR als Billigkeitsentscheidung oder Sachverhaltsfeststellung?

Für das Bundesgericht handelt es sich bei der Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR gemäss ständiger Rechtsprechung um «Tatbestandsermessen»¹⁰⁴, das zur Sach-

¹⁰² SIDLER (Fn. 3), 545.

¹⁰³ BGE 117 II 256 E. 2b.

¹⁰⁴ WALTER (Fn. 28), 686, kritisiert diesen Begriff zu Recht als missverständlich und entbehrlich. «Tatbestandsermessen» im Sinne des Bundesgerichts ist Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe.

verhaltensfeststellung gehört und nur auf Willkür überprüfbar ist.¹⁰⁵ Eine Mehrheit der Lehre folgt dieser Auffassung,¹⁰⁶ während eine Minderheit vertritt, dass Ermessensentscheide immer Billigkeitsentscheide im Sinne von Art. 4 ZGB und deshalb Rechtsanwendung seien.¹⁰⁷

Art. 42 Abs. 2 OR bringt gewisse Beweiserleichterungen mit sich, namentlich die Herabsetzung des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit, aber auch, mit der Formulierung der «Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge», dass der Erwartungswert der Forderung massgeblich ist und es dem Schuldner obliegt, darzulegen, dass aussergewöhnliche Umstände zu einem geringeren Schaden geführt hätten. Hingegen ändert Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich nichts am Schadensbegriff.¹⁰⁸ Wendet das Gericht Art. 42 Abs. 2 OR falsch an, oder geht es von falschen Anwendungsvoraussetzungen aus, so liegt eine Rechtsverletzung vor. So kann das Bundesgericht auf Beschwerde hin frei überprüfen, ob das vorinstanzliche Gericht, das eine Schadensschätzung verweigert hat, weil der Beschwerdeführer nicht «alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern»¹⁰⁹ nachgewiesen habe, die Anforderungen an den Nachweis der Schätzungsgrundlagen überspannt hat. Wendet ein Gericht Art. 42 Abs. 2 OR jedoch an und schätzt es den Schaden unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge, so stellt es den Sachverhalt fest, der dem Urteil zugrunde liegt. Art. 42 Abs. 2 OR ändert nichts daran, dass dem Geschädigten nur ein Anspruch zusteht, wenn er tatsächlich einen Schaden erlitten hat. Er regelt nur, wie das Gericht mit dem Problem umzugehen hat, dass sich dieser Schaden nicht auf Franken und Rappen genau feststellen lässt. Die Verwendung des Begriffs «Ermessen» in Art. 42 Abs. 2 OR ist richtigerweise als Verweis auf die freie Beweiswürdigung zu sehen.¹¹⁰ Entsprechend bleibt es dabei, dass die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zur Sachverhaltsfeststellung gehört.

¹⁰⁵ Urteil des BGE 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.3, unter Hinweis auf BGE 131 III 360 E. 5.1; 122 III 61 E. 2c/bb.

¹⁰⁶ Siehe die Nachweise bei PASQUIER (Fn. 5), Rz. 204.

¹⁰⁷ BERGER-STEINER (Fn. 8), Rz. 3.79 ff.; BÜHLER (Fn. 16), Rz. 26; WALTER (Fn. 28), 685 f.

¹⁰⁸ WALTER (Fn. 28), 680.

¹⁰⁹ BGE 122 III 219 E. 3a.

¹¹⁰ BK-OR-BREHM, Art. 42 N 53; FELLMANN (Fn. 4), 59; PASQUIER (Fn. 4), Rz. 211.

B. Überprüfung von Erfahrungssätzen im Beschwerdeverfahren

Die schweizerische Lehre ist sich einig, dass «freie» Beweiswürdigung nicht bedeutet, dass der Richter bei der Sachverhaltsfeststellung völlig beliebig vorgehen darf. Seine Überzeugung bildet er zwar frei, aber sie muss rational begründbar sein und ist grundsätzlich zu begründen (Art. 239 Abs. 1 ZPO regelt die Ausnahmen).¹¹¹ Insbesondere ist der Richter bei der Beweiswürdigung an Denkgesetze und Erfahrungssätze gebunden.¹¹²

In seiner älteren Rechtsprechung hat das Bundesgericht, trotz Bindung an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz und obwohl Beweiswürdigung als Domäne des kantonalen Rechts betrachtet wurde,¹¹³ die Verletzung von Erfahrungssätzen in Anlehnung an die reichsgerichtliche Praxis frei geprüft.¹¹⁴ Da Erfahrungssätze die Funktion von Normen für die rechtliche Beurteilung der im Prozess festgestellten Tatsachen hätten, also sogleich den Rechtssätzen eine Entscheidungsquelle darstellten, seien sie berufsrechtlich den Rechtssätzen gleichzustellen.¹¹⁵ Dies wurde auch mit dem Hinweis auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung begründet: Es könne nicht sein, dass je nach Anwendung des gleichen Erfahrungssatzes das Bundesgericht mal in dem einen, mal in dem anderen Sinne gebunden sei. Das Bundesgericht sei demnach «zur Überprüfung des Inhalts von Erfahrungssätzen befugt, soweit es sich dabei um Erkenntnisse handelt, die durch allgemeine Lebenserfahrung vermittelt werden und nicht etwa um ausgesprochene Fachfragen, zu deren Entscheidung spezielle Fachkenntnisse erforderlich sind.»¹¹⁶

In seiner späteren Rechtsprechung schränkte das Bundesgericht seine Überprüfung der Erfahrungssätze ein. Zu dieser neueren Praxis wird in BGE 117 II 256 E. 2b ausgeführt, Erfahrungssätze seien in der Berufung nicht schlechthin als Normen zu behandeln; diese Funktion komme einem Erfahrungssatz «bloss zu,

¹¹¹ ALFRED BÜHLER, Die Beweiswürdigung, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess. La preuve dans le proces civil, Bern 2000, 72-92, 89; ROGER GRONER, Beweisrecht. Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, 105.

¹¹² MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, 5; DERS., Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 3. Aufl. 1979, 322; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 9.145; GRONER (Fn. 111), 106.

¹¹³ BGE 109 II 26 E. 3b; 107 II 426 E. 3b; 106 III 49, 51; 102 II 170 E. 3. Nachweise für die Lehre bei BÜHLER (Fn. 111), 74.

¹¹⁴ BERGER-STEINER (Fn. 8), Rz. 2.18.

¹¹⁵ BGE 69 II 202 E. 5, unter Hinweis auf RGZ 91, 71.

¹¹⁶ BGE 69 II 202 E. 5.

wenn das in ihm enthaltene hypothetische Urteil, welches aus den in andern Fällen gemachten Erfahrungen gewonnen wird, in gleich gelagerten Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft beansprucht [...], wenn der Erfahrungssatz einen solchen Abstraktionsgrad erreicht hat, dass er normativen Charakter trägt [...].»¹¹⁷ Wo sich der Tatrichter hingegen bloss auf die allgemeine Lebenserfahrung stütze, um aus den bewiesenen Indizien auf einen unbeobachteten Sachverhalt zu schliessen, liege unüberprüfbare Beweiswürdigung vor. Dass diese auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhe, führe nicht dazu, dass die gesetzliche Kognitionsbeschränkung in der Berufung entfalle.¹¹⁸ Trotz dieser Einschränkung findet sich allerdings auch in neueren Urteilen die Bemerkung, dass Schlussfolgerungen, die «ausschliesslich auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen»¹¹⁹, in der Berufung frei überprüft werden können. Diese Rechtsprechung ist alles andere als klar und widerspruchsfrei.¹²⁰

Seitdem die Beweiswürdigung durch die schweizerische Zivilprozessordnung bundesrechtlich geregelt ist, braucht es den Kunstgriff nicht mehr, Erfahrungssätze zu Rechtsnormen («Normhypothesen»¹²¹) zu erklären, um deren Überprüfung im Beschwerdeverfahren zu rechtfertigen. Vielmehr ist Beweiswürdigung unter Verletzung von Erfahrungssätzen eine Verletzung von Art. 157 ZPO und damit eine Verletzung von Bundesrecht. Da allerdings, wie vorne gezeigt wurde, jede Feststellung einer Tatsache, die nicht auf unmittelbarer Sinneswahrnehmung des Richters beruht, nur durch einen auf einem Erfahrungssatz beruhenden Schluss möglich ist, stellt sich umso dringender das Problem, eine tragfähige Abgrenzung von überprüfbaren und nicht überprüfbaren Erfahrungssätzen zu finden.

Der bundesgerichtliche Ansatz, Erfahrungssätze nach ihrem Abstraktionsgrad in überprüfbare und nicht überprüfbare zu unterteilen, überzeugt dabei nicht. Dass ein Erfahrungssatz Anwendung auf gleichgelagerte zukünftige Fälle findet, liegt in der Natur jeden Erfahrungssatzes und kann nicht als Abgrenzungskriterium taugen. Wenn das Bundesgericht im Zusammenhang mit Erfahrungssätzen von

¹¹⁷ BGE 117 II 256 E. 2b; ebenso BGE 120 II 97 E. 2b; aus der Lehre KARL SPÜHLER, Wann sind Grundsätze der Lebenserfahrung allgemeine Rechtsgrundsätze?, Schweizerische Juristenzeitung 1997, 392-394, 392; HANS P. WALTER, Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess. Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich 2006, 15-36, 34, der von «Normhypothese» spricht.

¹¹⁸ BGE 117 II 256 E. 2b.

¹¹⁹ BGE 132 III 321 E. 3.1; 130 III 182 E. 5.2.2; 126 III 10 E. 2b und Regeste.

¹²⁰ BERGER-STEINER (Fn. 8), Rz. 2.19; BK-ZGB-WALTER, Art. 8 N 103.

¹²¹ BK-ZGB-WALTER, Art. 8 N 103.

«Abstraktionsgrad» spricht, so dürfte damit gemeint sein, dass ein Erfahrungssatz einen umso höheren Abstraktionsgrad besitzt, je weniger Eigenschaften er als Geltungsvoraussetzungen nennt. Allgemeiner formuliert ist ein abstrakter Erfahrungssatz einer, bei der die Referenzklasse durch wenige Merkmale definiert ist. Zwei Probleme stechen ins Auge: erstens ist es (auch) eine Frage sprachlicher Konvention, durch wie viele Merkmale eine Referenzklasse definiert wird. Zweitens, und gewichtiger, ist der Einwand, dass das Kriterium des «Abstraktionsgrades» keine prinzipielle Abgrenzung erlaubt, sondern ein bloss graduelles Kriterium ist: Wann ist ein Erfahrungssatz so abstrakt, dass er überprüft werden darf? Liegt die Grenze bei fünf Geltungsvoraussetzungen oder bei sieben? Eine sinnvolle, auf allgemeingültigen Erwägungen beruhende Antwort auf diese Frage scheint kaum denkbar.

Nach hier vertretener Auffassung sind es zwei Kriterien, die überprüfbare Erfahrungssätze von nicht überprüfbaren unterscheiden. Erstens muss der Erfahrungssatz alleine die richterliche Überzeugung begründen, er muss also eine hohe subjektive Wahrscheinlichkeit begründet, dass das Merkmal im Einzelfall vorliegt. Hingegen muss er nicht ausnahmslos gültig sein; solche Erfahrungssätze – von der (deutschen) Lehre als «Erfahrungsgesetze» bezeichnet¹²² – sind selten. Die Beschränkung der Überprüfung von Erfahrungssätzen auf solche mit gesteigerter Beweiskraft rechtfertigt sich, weil von ihnen eine besondere Gefahr ausgeht. Die Annahme eines falschen Erfahrungssatzes alleine,¹²³ ohne weitere belastende Indizien, führt hier zu einer falschen Tatsachenfeststellung. Diese besondere Gefahr rechtfertigt eine verstärkte Überprüfung im Rechtsmittelzug.

Das zweite Kriterium ist, dass sich der Erfahrungssatz auf «allgemeine Lebenserfahrung» im Sinne von Alltagswissen, und in Abgrenzung zu Fachwissen, stützt. Solche Erfahrungssätze, die auf richterlichen Alltagstheorien oder «kulturellem Wissen» beruhen, sind für die Beweiswürdigung unverzichtbar.¹²⁴ Sie beruhen aber auf vagen Plausibilitätsüberlegungen, die vielleicht einleuchtend sind, aber vieles, was der gesunde Menschenverstand einmal für selbstverständlich gehalten hat, hat die Wissenschaft zwischenzeitlich als Aberglaube entlarvt.

¹²² MüKo-ZPO-PRÜTTING, § 286 N 57.

¹²³ Wozu auch dessen Anwendung gehört, obwohl die Anwendungsvoraussetzungen nicht gegeben sind.

¹²⁴ ROLF BENDER/ARMIN NACK/WOLF-DIETER TREUER, Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, München 3. Aufl. 2007, Rz. 605; REGINA OGOREK, Alltagstheorien/Sonntagstheorien. Zum Einsatz «ungewissen Wissens» bei der Rechtsanwendung, in: DIES., Aufklärung über Justiz, Frankfurt am Main 2008, 413-438, 435.

Nur auf Alltagstheorien gestützte Erfahrungssätze sind damit mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit falsch.

Da man auf Alltagstheorien mangels Alternativen nicht vollständig verzichten kann, sollte man den auf Alltagstheorien basierenden Erfahrungssätzen wenigstens besondere Skepsis entgegenbringen. Ein Ausdruck dieser Skepsis ist, ihre Überprüfung durch das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren zuzulassen. Dieses ist zwar nicht Kraft seiner übergeordneten Stellung im Instanzenzug fähiger als der Tatrichter, die Wahrheit zu erkennen,¹²⁵ aber die Wahrscheinlichkeit, dass alle Instanzen dem gleichen Irrtum unterliegen, ist hoffentlich geringer.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht ebenfalls davon aus, dass sich ein überprüfbarer Erfahrungssatz auf allgemeine Lebenserfahrung, und nicht spezielle Sachkunde, stützen muss.¹²⁶ Der Einwand, dass die Grenze zwischen allgemeiner Lebenserfahrung und spezieller Sachkunde nicht immer eindeutig ist,¹²⁷ ist sicherlich richtig. Die Abgrenzung ist aber m.E. in der Praxis deshalb durchführbar, weil es nicht um eine generell-abstrakte Definition geht,¹²⁸ sondern darum, ob sich der Tatrichter zutraut, den Erfahrungssatz ohne Beizug eines Experten oder statistischer Daten zu formulieren. Tut er dies, so stützt sich der Erfahrungssatz offensichtlich auf Alltagswissen oder allgemeine Lebenserfahrung.

Für unter Bezug auf empirische Daten formulierte Erfahrungssätze bedeutet dies, dass sie vom Bundesgericht im Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden können. Hingegen kann eine Annahme wie diejenige, dass es in Zukunft (nicht) zu einer generellen Reallohnsteigerung kommen wird, durch das Bundesgericht überprüft werden.¹²⁹ Die Praxis des Bundesgerichts ist allerdings nicht immer einheitlich. In BGE 132 III 321 hält es fest, dass der gestützt auf statistische Daten festgestellte (Haushalts-)Schaden vom Bundesgericht überprüft werden könne, «wobei sich das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung auferlegt». Andererseits berücksichtigte es im Urteil 4A_260/2014 vom 8. September 2014 die Rüge, die kantonale Instanz habe eine unzutreffende Statistik berücksichtigt,

¹²⁵ Wie z.B. BGE 63 II 58 E. 3 zur Reallohnentwicklung von Elektrikern zeigt.

¹²⁶ BGE 69 II 202 E. 5; siehe auch BGE 117 II 256 E. 2b («Schlüsse aus allgemeiner Lebenserfahrung»).

¹²⁷ So RAINER SCHUMACHER, Beweisprobleme im Bauprozess, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger. Zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, 157-210, 197.

¹²⁸ Eine solche kann über die Figur eines fiktiven «Normalmenschen» mit durchschnittlichem Allgemeinwissen versucht werden, ERIK KRAATZ, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung. Zum «strafprozessualen» Anscheinsbeweis, Berlin 2011, 380.

¹²⁹ BGE 132 III 321 E. 3.1.

nicht, da diese erst vor Bundesgericht und damit verspätet vorgebracht worden sei. Nicht zu übersehen ist, dass die vorgeschlagene Abgrenzung dem zweiten Ziel der Überprüfung von Erfahrungssätzen durch das höchste Gericht, der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, nur ungenügend Rechnung trägt. Wenn auf statistischen Daten beruhende Erfahrungssätze in der Beschwerde nicht überprüfbar sind, besteht die Gefahr, dass verschiedene kantonale Gerichte unterschiedliche Schätzungsgrundlagen verwenden, was der Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung abträglich ist.