

Beweismass und Beweiserleichterung im Privatversicherungsrecht

Alexander Brunner*

Die Herleitung der Regeln zu Beweismass und Beweiserleichterung aus den Methoden der Erkenntnistheorie bilden die Grundlage dieses Beitrages. Der Autor ordnet diese zunächst in die aktuelle Diskussion über «Facts» und «Fakes» ein und zeigt dann am Beispiel verschiedener Entscheide auf, dass sich Gesetz, Rechtsprechung und Lehre an objektiven Erkenntnissen orientieren müssen und die Zivilprozessordnung mit den Mitteln der Substanziierung, des Vollbeweises und der Beweiserleichterung geeignete Werkzeuge vorhält, die von den Rechtsanwendern entsprechend beachtet werden sollten.

Cette contribution traite des règles sur le degré et l'allègement de la preuve, dérivées des méthodes de l'épistémologie. L'auteur les classe tout d'abord dans la discussion actuelle sur les «facts and fakes». Il montre ensuite, à l'aide de diverses décisions judiciaires, que la loi, la jurisprudence et la doctrine doivent se baser sur des conclusions objectives et que le Code de procédure civile fournit à cet égard les instruments appropriés que sont les règles sur le bien-fondé des allégations, la preuve intégrale et l'allègement de la preuve qui doivent être observées par les usagers du droit.

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag will keine umfassende Analyse und Einordnung des *Beweisrechts* als wichtiger Teil des Verfahrensrechts vorlegen. Dazu finden sich bereits umfangreiche Kommentare und spezialisierte Monografien. Vielmehr sollen die Rechtsfragen von *Beweismass und Beweiserleichterung*, denen sich die Streitparteien im *Privatversicherungsrecht* vor den Gerichten stellen müssen, in einen grösseren, auch kulturellen Kontext eingebettet werden. Eine solche Standortbestimmung ermöglicht es, gewisse Erscheinungen verständlich zu machen und einzuordnen, die in letzter Zeit immer wieder auch zu intensiven Auseinandersetzungen in den Medien¹ (bis hin zu «Shitstorms» in einzelnen Fällen) geführt haben und überdies Anlass zum Eingreifen des Gesetzgebers gaben.

So sind die Methoden zu beleuchten, die von den Gerichten als selbstverständliche *Bedingung der Wahrheitsfindung* angewendet werden müssen. Dabei wird kurz darauf hinzuweisen sein, dass diese Methoden nicht in erster Linie in der Rechtswissenschaft als solcher wurzeln, sondern zum *unbestreitbaren Kanon* gehören, der seit der Aufklärung die geistige Grundlage unserer wissenschaftlich-technischen Zivilisation aus-

macht. Dieser Kanon ist unverzichtbar, weil er die Anmassung von Macht in der Gesellschaft in die Schranken verweist und die Freiheit des Einzelnen garantiert.

Nach einer Einblendung konkreter Beispiele soll kurz auf die Grundlagen der Wahrheitsfindung eingegangen werden, um das Verständnis zu wecken für die hernach zu diskutierenden Gerichtsfälle, die unsere Thematik plastisch werden lassen. Es versteht sich dabei von selbst, dass der Autor des vorliegenden Beitrags auf seine langjährige Praxis als Richter zurückgreifen wird.

A. Facts and Fakes – The Fortune Cookie!

Beginnen wir mit einer kleinen Geschichte, das heisst mit dem schönen Film von BILLY WILDER mit dem Titel «The Fortune Cookie». Die Kurzfassung der Geschichte beschreibt einen im Privatversicherungsrecht eher seltenen Fall:²

Harry Hinkle (gespielt von JACK LEMMON) wird als Kameramann bei einem Football-Spiel vom Schwerkewicht Luther «Boom Boom» Jackson über den Haufen geworfen. Harry Hinkle geht k.o. und landet im Krankenhaus. Sein Schwager, der clevere Anwalt Willie Gingrich (gespielt von WALTER MATTHAU), wittert seine Chance, denn er verdient sein Geld mit dem Einklagen von Schadenersatzforderungen. Willie überredet Harry, den teilweise Gelähmten zu spielen, um damit eine hohe Entschädigung von der Versicherung zu ergattern.

* Prof. Dr. iur., Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich, CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor em. für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen und ständiger Lehrbeauftragter für Wirtschafts- und Konsumrecht an der Universität Zürich.

¹ ALEXANDER BRUNNER, Geforderte Justiz, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, 835 ff.

² Wikipedia, The Fortune Cookie, besucht im Juni 2019. Im folgenden Text wurden zur besseren Lesbarkeit Anpassungen und Kürzungen vorgenommen und auch die Namen der beiden Hauptdarsteller eingesetzt.

Harry ist zuerst dagegen, bis er vom Schwager erfährt, dass seine *Ex-Frau Sandy*, eine wenig erfolgreiche Darstellerin von Werbespots, ihn besuchen will. So simuliert er eine schwere Verletzung, nicht zuletzt deshalb, um seine Ex-Frau wieder für sich zu gewinnen.

Die Versicherungsgesellschaft vermutet Täuschung auf der ganzen Linie. Sie setzt den Detektiv Purkey auf Harry an, der dessen Wohnung verwandt und vom Nachbarhaus aus beobachtet und filmt. Doch Harry spielt die Rolle des Gelähmten perfekt, übersteht sogar ärztliche Untersuchungen, bis er sich immer mehr mit seinem angeblichen Schädiger, dem Footballer Luther «*Boom Boom*» Jackson, anfreundet und den Fake schliesslich – zur Verblüffung der Detektive – selber auffliegen lässt. Soweit die Geschichte des Films von WILDER.

Im vorliegenden Kontext der Thematik «Beweismass und Beweiserleichterung im Privatversicherungsrecht» werden wir auf die sogenannten «*Facts and Fakes*» noch näher einzugehen haben. Die Unterscheidung von «*Facts*» und «*Fakes*» ist in der heutigen Gesellschaft zu einem Generalthema geworden. Es geht um das (subjektive) Meinen und das (objektive) Wissen. Bei der *Übernahme von fremden Meinungen als eigene Meinung* stehen alle immer wieder vor der gleichen Frage: Sollen wir eine andere Meinung einfach *glauben*, oder wollen wir doch lieber *wissen*? Auf den unterschiedlichen Zugang zur Wahrheit ist nachfolgend kurz einzugehen, denn die klassische Erkenntnistheorie ist auch die reale und oft ignorierte Grundlage des ganzen Zivilprozessrechts. Aber wird dieser *fundamentale Unterschied* zwischen Meinen und Wissen heute nicht einer Relativierung unterzogen? Und können wir dies im Rahmen der Rechtswissenschaft überhaupt zulassen?

B. Meinen und Wissen – Relativierung der Erkenntnistheorie?

Die Globalisierung hat eine multikulturelle Gesellschaft geschaffen. In diesem Kontext werden auch die seit der europäischen Aufklärung erreichten *Methoden der Wissenschaft infrage gestellt* und es wird versucht, deren allgemeine Akzeptanz zu relativieren. Damit soll Meinen und Wissen bzw. *Behaupten und Beweisen* neu verortet werden. Ein aktuelles Beispiel für diese Entwicklung des Zeitgeistes konnten die Besucher dem Programmheft des Zürcher Theaterspektakels entnehmen; Zitat:³

³ FELWINE SARR, Das westliche Archiv ist erschöpft. Für eine Ökologie des Wissens, in: Zürcher Theater Spektakel 15.8.–1.9.2019, Programm, 10–11 (SARR lehrt als Professor für Wirtschaftswissenschaften an der Universität Gaston Berger in Saint-Louis, Senegal); Hervorhebungen nicht im Original.

«Es geht mir um die Idee, einen *erkenntnistheoretischen Pluralismus* zu erkennen, der die Besonderheit der Wissenschaft in einigen Bereichen anerkennt, jedoch *ihren Anspruch auf ein Wahrheitsmonopol anfechtet*. Was lehren uns die nicht-diskursiven Denkweisen über die Realität? Können wir uns eine *Erkenntnistheorie der Sinne* vorstellen? Können wir unser Wahrnehmungsvermögen erweitern?»

Wir stehen damit mitten in einem Grundproblem einer Gesellschaft, in der sich «*Facts and Fakes*» verwischen könnten und in vielen Bereichen ambivalent bleiben. Diese Ambivalenz und das Spiel mit Fakten und Fiktionen war und ist seit jeher im *Bereich der Künste* anerkannt nach dem Sprichwort «*quot capita tot sensus*» – so viele Meinungen wie Personen oder: «Über den Geschmack lässt sich nicht streiten.»

Aber im Bereich des Rechts, insb. in den gerichtlichen Beweisverfahren – was gilt hier für die Würdigung und Beurteilung von Meinungen und Behauptungen? Diese Frage drängt sich deshalb gebieterisch auf, da Gerichtsverfahren heute vielfach durch einen öffentlichen Diskurs begleitet werden. Medien übernehmen einseitig die Sichtweise einer Streitpartei. Deren umfassende «*Litigation PR*» kann gelegentlich als Druckmittel auf die Gegenpartei und das Gericht gedeutet werden.⁴

Soll unter solchen Umständen einfach der *subjektive Zugang* einer geschädigten und versicherten Person *als Methode der Wahrheitsfindung anerkannt* werden, auch dann, wenn Beweismittel für ihre Behauptungen schlicht fehlen, ungenügend sind und/oder objektivierbare Befunde sich nicht nachweisen⁵ lassen? Mit dieser Zuspitzung, die sich in vielen *Versicherungsprozessen* in Abstufungen zeigt, sind wir bei unserer Thematik angekommen. Das soll anhand eines ersten Falles exemplarisch aufgezeigt werden.

C. Fallbeispiel – Der arbeitsfähige Taxifahrer

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 4. September 2014, HG090055:

In der Nacht des 11. November 2005 ereignete sich in der Stadt Zürich eine Kollision zwischen dem Taxifahrer des Klägers und dem Fahrzeug eines Dritten, der dem Kläger den Vortritt nicht gewährt hatte. Die Beklagte war die Haftpflichtversicherung des unfallverursachenden Dritten. Umstritten war, ob der Kläger infolge des Unfalls gesundheitliche Beeinträchtigungen erlitt, für deren Folgen die Beklagte haftete.

⁴ BRUNNER (Fn. 1), 835 ff., insb. 839–842. Vgl. auch Anm. unten IV.B.1.

⁵ Vgl. zu dieser Thematik für viele: ULRICH MEYER, Schleudertrauma, anders betrachtet, in: Festschrift für Erwin Murer, Bern 2010, 473 ff.; bei den thematisierten und analogen Problemlagen zeigen sich fundamentale Unterschiede in der Einschätzung der Erkenntnistheorie als Grundlage von Beweisverfahren. Vgl. daher nachfolgend: II. Erkenntnistheorie und Wahrheitsfindung.

In einem fünfjährigen und umfangreichen Verfahren mit Beweiserhebung von Urkunden, Zeugen und mehreren Expertisen wies das Handelsgericht die Klage mit einem 160 Seiten umfassenden Urteil ab.

Das Handelsgericht ging zwar mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts davon aus, dass eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich von Halswirbelsäule (HWS) und Kopf – *auch ohne organisch nachweisbare bzw. objektivierbare Funktionsausfälle* – zu länger andauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann. In diesem Kontext gewährte das Handelsgericht dem Kläger denn auch für seine subjektiv geklagten und nicht objektivierbaren Schmerzen die *Beweiserleichterung* einer nur überwiegenden *Wahrscheinlichkeit* für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs. Seine Meinungen und Behauptungen im Prozess wurden aber u.a. durch sein Verhalten unfreiwillig selbst widerlegt.

Die Haftpflichtversicherung hatte mehrere *Filmaufnahmen aus dem Berufsalltag des Taxifahrers* in Form von DVD-Urkunden zu den Akten eingereicht. Das Handelsgericht visionierte während vieler Stunden in Anwesenheit eines medizinischen Experten und der Parteien diese Filmaufnahmen. Auf den Filmaufnahmen war zu sehen, wie der Taxifahrer seinen Kopf problemlos bewegen und dem Verkehr zuwenden sowie auch schwere Koffer von Klienten mühelos ein- und ausladen konnte. Zu den fachkundigen Kommentaren des Experten zu vielen solchen Filmsequenzen erhob das Gericht ein Protokoll von rund 50 Seiten.

Dieser Fall zeigt auf, dass selbst die Gewährung der *Beweiserleichterung gegenüber dem Regelbeweis* dann nicht zielführend sein kann, wenn behauptete Meinungen einer Streitpartei durch Verifikation und Falsifikation widerlegt werden.

Aber was ist nun eigentlich das **Beweismass** und ein **Regelbeweis** im Rahmen der Erkenntnistheorie? Und lässt sich auch die **Ausnahme** vom Regelbeweis, die Beweiserleichterung für eine der Streitparteien, erkenntnistheoretisch begründen und einordnen? Die Reflexion über die theoretischen Grundlagen des Beweisrechts ist für die Gerichtspraxis von allergrösster Bedeutung. Was ist Beweiswürdigung und mit welchen Methoden kommt ein Gericht zu einem zutreffenden Urteil? Darauf soll in einer kurzen Übersicht eingegangen werden.

II. Erkenntnistheorie und Wahrheitsfindung

A. Kritische Ontologie und kritischer Rationalismus

Wissenschaftliches Denken⁶ fordert einen allgemeinen Zugang zur Wahrheit. Leitbild sind daher nicht die individuelle Meinung und das persönliche Vorurteil, sondern die allgemein überprüfbareren Aussagen (Urteile). *Die allgemeine Überprüfbarkeit von Aussagen (Urteilen) ist der Kernpunkt des wissenschaftlichen Wahrheitsbegriffs und damit der Wissenschaft überhaupt.* Damit ist aber auch ein weiterer Zusammenhang gegeben. Wissenschaftliches Denken erhält wegen der allgemeinen Überprüfbarkeit seiner Aussagen eine massgebende Bedeutung auch für das Recht, da Entscheide und Handlungen auf wissenschaftlich überprüfbar und auf diese Weise anerkannte Aussagen abgestützt werden. Die wissenschaftliche Aussage, das *Wissen*, tritt an die Stelle der blossen *Meinung*.

1. Kritische Ontologie – Relevanz für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen

Wie lassen sich nun aber Aussagen allgemein überprüfen? Das ist die Frage nach den wissenschaftlichen Wahrheitskriterien und Methoden. Die Wissenschaft arbeitet mit Empirie und Logik. (Natur-)Wissenschaftliche Aussagen sind wegen des *logisch-empirischen Wahrheitskriteriums*, d.h. wegen ihrer Verifizierbarkeit, allgemein überprüfbar. Die *kritische Ontologie*⁷ als Grundlegung wissenschaftlichen Denkens gibt sich indessen keiner Illusion hin. Vielmehr verweist sie einerseits auf die *Unabschliessbarkeit* der Erkenntnisvorgänge und zeigt andererseits die *grundsätzliche Beschränktheit* der menschlichen Erkenntnis auf. Die Einsicht in die Beschränktheit des menschlichen Verstandes ist von entscheidender Bedeutung. Einerseits ist die menschliche Erkenntnis *a priori* an die Verstandeskategorien gebunden, andererseits *a posteriori* durch Ausschnitthaftigkeit der Anschauungen und Vorstellungen einer Person gekennzeichnet. Der endliche menschliche Verstand vermag jeweils nur Ausschnitte aus der Realität zu erfassen. Ein Anspruch auf den «Besitz der Wahrheit» wäre daher vermessen.

Dies gilt auch für die Bildung von Begriffen, womit der Verstand versucht, reale Gegenstände zu erfassen. Die Begriffe sind die logischen Bestandteile der Urteile und Schlüsse. Der Bezug zur Realität und damit zur Wahrheit erfolgt daher nicht in erster Linie über die Urteile und Schlüsse, sondern primär über die Bildung

⁶ Der Verfasser setzte nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der UZH die Studien in Philosophie und Politologie (postgraduate) fort, u.a. bei den Professoren RUDOLF MEYER, HERRMANN LÜBBE und GEORG KOHLER.

⁷ NICOLAI HARTMANN, *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 5. Aufl., Berlin 1965.

der Begriffe. Die *Begriffsbildung* ist sowohl für die perspektivische Erkenntnistheorie als auch für die konsensuale Erkenntnistheorie (vgl. nachfolgend) von Bedeutung, weshalb kurz darauf einzugehen ist. Erklärt wird die Entstehung von Begriffen nach der Logik von IMMANUEL KANT⁸, da sie allgemein verständlich ist.

KANT spricht dann von Erkenntnis (*cognitio*), wenn eine Vorstellung (*repraesentatio*) mit Bewusstsein (*perceptio*) gegeben ist, die sich nicht bloss auf eine Empfindung des Subjekts (*sensatio*), sondern auf einen Gegenstand bezieht. Die Erkenntnis (*cognitio*) im Sinne einer Vorstellung mit Gegenstands-Bewusstsein ist ihrerseits entweder Anschauung (*intuitus*) oder Begriff (*conceptus*). Die *Anschauung* bezieht sich *unmittelbar auf den Gegenstand* und ist einzeln. Der Begriff bezieht sich mittelbar auf Gegenstände, das heisst mittels eines *Merkmals*, das mehreren Dingen gleichermassen gegeben ist.

Es ist demnach die Anschauung und der Begriff und die Zusammenfassung von *mehreren Anschauungen* zu einem Begriff, die den *Realbezug* und damit die Wahrheit der Erkenntnis ausmachen. Entscheidend ist daher die Anschauung (*intuitus*), die dem Menschen die *empirische Erkenntnis von Gegenständen a posteriori* verschafft. Die Bildung von Begriffen selbst erfolgt über Synthese und Analyse mit Komparation, Reflexion und Abstraktion, womit auch Ober- und Unterbegriffe gebildet werden können. Im Kontext des Beweisrechts der Zivilverfahren lassen sich damit präzise Einsichten ableiten. *Damit zeigt sich auch die Relevanz der kritischen Ontologie für die Rechtswissenschaft.*

Erstens: Eine Person, die behauptet, sie leide unter starken Schmerzen, macht primär nur, aber immerhin (!), ihre persönliche und unmittelbare Anschauung (*intuitus*) über ein mögliches Krankheitsbild geltend. Im Kontext von «Facts and Fakes» kann ihre persönliche Anschauung entweder ein Faktum oder eine Fiktion sein.

Zweitens: Andere Personen, denen diese Anschauung mitgeteilt wird, haben davon naturgemäss *keine unmittelbare* Vorstellung (*repraesentatio*). Mit anderen Worten können diese sich im wahrsten Sinne des Wortes *überhaupt keinen Begriff* von den Schmerzen machen. Daraus folgt im Kontext von «Facts and Fakes», dass den anderen Personen betreffend den Erkenntnisgegenstand einer Krankheit nur zwei Möglichkeiten offenstehen: *Glaube oder Zweifel*. Beide Varianten aber *sind keine wissenschaftliche Erkenntnis*.

Drittens: Unter solchen Umständen sind die Rollen in Zivilverfahren wertungsfrei und klar verteilt. Der klä-

gerische Anwalt der versicherten Person muss vorerst Zuflucht nehmen beim *Glauben*. Der Anwalt der belangten Person dagegen hegt vorerst seine *Zweifel*.

Viertens: Das der Neutralität und Objektivität verpflichtete Gericht wird beim Eingang einer solchen Klage beide Möglichkeiten offenhalten und sich für seine *richterliche Überzeugung* den wissenschaftlichen Methoden mit Verifikation und Falsifikation des Beweisrechts zuwenden. Auf den Grad der erreichbaren richterlichen Überzeugung ist nachfolgend noch zurückzukommen.

2. *Kritischer Rationalismus – Relevanz für das Beweisrecht im Besonderen*

Ziel des wissenschaftlichen Denkens ist auch in der Rechtswissenschaft die Suche nach *allgemein überprüfbareren Aussagen*. Allgemein überprüfbar sind Aussagen durch das logisch-empirische Wahrheitskriterium, das heisst durch ihre Verifikation. Was bedeutet dies? Es handelt sich um den *Begriff der Forschung*. Forschen ist nur durch Fragen möglich. Fragen ergeben sich durch das Bewusstsein des Nichtwissens; es ist der Zustand des *Wissens des Nichtwissens*. Wie kommt aber eine Person zu diesem Problembewusstsein?

Es ist die kritisch-ontologische Unterscheidung zwischen Wahrheit und Adäquatheit, die zu einer Klärung beiträgt.⁹ Vorstellungen sind dann wahr, wenn sie den Erkenntnisgegenstand *zutreffend* erfassen und damit im *Bewusstsein repräsentieren*. Vorstellungen sind dann unwahr, wenn sie den Erkenntnisgegenstand *unzutreffend* erfassen und daher im Bewusstsein nicht wirklich repräsentieren.¹⁰ Der *Begriff der Wahrheit* misst sich somit am Gegenstands-Bewusstsein des Subjekts, das heisst am phänomenologisch gegebenen Objekt.

Etwas anderes ist der *Begriff der Adäquatheit*, der sich auf das phänomenologisch noch nicht gegebene oder unvollständig gegebene Objekt (das «Ding an sich») bezieht. Vorstellungen sind dann adäquat, wenn sie den Erkenntnisgegenstand in seiner Totalität, das heisst vollständig, erfassen und im Bewusstsein repräsentieren, was für die menschliche Erkenntnis unmöglich ist.¹¹ Vorstellungen sind dann inadäquat, wenn sie den Erkenntnisgegenstand nur als Ausschnitt aus seiner Totalität, das heisst nur partial beziehungsweise unvollständig erfassen und im Bewusstsein repräsentieren, was für die menschliche Erkenntnis die Regel ist. Das Bewusstsein der Inadäquatheit der Erkenntnis ist das

⁹ HARTMANN (Fn. 7), 444–471.

¹⁰ Dazu gehören vor allem fiktive Vorstellungen einer Person im Bereich der Fantasie und der kreativen Kunst. Eine besondere und irrationale Konnotation erhalten Fiktionen im Bereich der forensischen Psychiatrie und der Psychologie.

¹¹ Das wäre die Erkenntnismöglichkeit eines hypothetischen «intellectus infinitus», womit sich traditionsgemäss die Theologie befasst.

⁸ IMMANUEL KANT, Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl., Riga 1787), Hamburg 1971 (Nachdruck), B 377.

Problembewusstsein (Wissen des Nichtwissens), das die Forschung in Bewegung hält.

Die klassische Erkenntnistheorie verwies dabei schon immer auf die grundsätzliche Unabschliessbarkeit der menschlichen Erkenntnis und damit auf das *prinzipiell Hypothetische aller Wahrheit*. Es ist das Verdienst des *kritischen Rationalismus*, diese Einsicht vertieft zu haben.¹² «Wahrheit» kann in diesem grundsätzlichen Sinn immer nur «*Wahrscheinlichkeit*» sein. Der kritische Rationalismus geht davon aus, dass Hypothesen und Theorien niemals endgültig bestätigt werden können.¹³ Das Wahrheitskriterium des kritischen Rationalismus ist daher nicht nur die logisch-empirische Verifikation einer Aussage, sondern auch die Möglichkeit ihrer Falsifikation.¹⁴ Vernünftig und wissenschaftlich, das heisst rational, sind daher nur jene Begriffe und die darauf abgestützten Urteile, Hypothesen und Theorien, für die sich eine Tatsache (Anschauung, vgl. vorstehend) denken lässt, die sie falsifiziert.¹⁵

Diese kurzen Hinweise zeigen eine bedeutende Relevanz des kritischen Rationalismus auch für die Rechtswissenschaft. Es geht um das Fundament der richterlichen Beweiswürdigung. Der erfahrene Richter weiss, dass seine Erkenntnis stets unvollständig und von Zweifeln durchsetzt bleibt. Er muss naturgemäss vom Hypothetischen des Beweises ausgehen, aber das Beweisergebnis in seiner Wahrscheinlichkeit so weit absichern, dass für sein Urteil «keine vernünftigen Zweifel» bleiben.

B. Perspektivische Erkenntnistheorie und Hermeneutik

1. Erweiterung der Wahrheitsfindung – Relevanz der Kommunikation

Mit Bezug auf die Methoden der Wahrheitsfindung durch überprüfbare Fakten ist bis hierher vor allem die *Subjekt-Objekt-Relation* thematisiert und nach der Bedingung der Möglichkeit der Erkenntnis gefragt worden. Neuere Erkenntnistheorien haben jedoch gezeigt, dass die Wahrheitsfindung damit unvollständig bleibt. Damit rückt die *Relation der Intersubjektivität* ins Blickfeld, d.h. die Kommunikation zwischen mehreren Subjekten über ihr naturgemäss unterschiedliches Meinen und Wissen. Wahrheitsfindung in der Wissenschaft geschieht nicht nur durch solitäre Erkenntnis einzelner Personen, sondern im ständigen Austausch ihrer Erkenntnisse in einer Forschergemeinschaft. Solche Personengruppen finden gemeinsam eine vorläufige hypo-

thetische Wahrheit. *Das ist auch die Grundlage für die Prozessbeteiligten im Verfahrensrecht. Streitparteien und ihre Anwälte, Zeugen, Experten und Richter kommunizieren gemeinsam über den Erkenntnisgegenstand des Prozesses.*

Neben die Bedingung der Möglichkeit des *Erkennens* tritt zwingend die Bedingung der Möglichkeit des *Verstehens*. Beide Methoden der Wahrheitsfindung sind notwendige Korrelate. Die Personen als solche mit ihren Standorten und möglichen Sichtweisen schaffen ihre je *eigene Wirklichkeit*.¹⁶ Ihre dabei gefassten Meinungen sind Gegenstand der perspektivischen Erkenntnistheorie.

2. Hermeneutik – Grundlage der Rechtswissenschaft

Die Hermeneutik¹⁷ ist die *Wissenschaft des Verstehens*. Als perspektivische Erkenntnistheorie fragt sie nach der Bedingung der Möglichkeit von Verständigung der Personen untereinander. Die Hermeneutik ist daher auch für das Recht von entscheidender Bedeutung. Die neuere Entwicklung der Hermeneutik ist denn auch massgebend mit der *juristischen Auslegungslehre* verbunden.¹⁸

Es sind nun zwei Fragen der Hermeneutik, die im Verhältnis zur Erkenntnistheorie des kritischen Rationalismus herausgearbeitet werden müssen: die Frage nach dem Stellenwert der Meinung (als Vor-Urteil) und die Frage nach dem Stellenwert der raum- und zeitbedingten, individuell-konkreten Identität der Person. Beide Fragen sind eng miteinander verbunden, da *die persönliche Identität nichts anderes ist als die Gesamtheit der persönlichen Meinungen*. Im vorliegenden Kontext sind es die Personen, die sich am Zivilprozess beteiligen: Kläger, Beklagte, Zeugen, Experten und Richter.

Die Idee der Aufklärung war und ist es nun, alle Vorurteile aus der Welt zu schaffen. Diese Idee ist nicht aufzugeben, aber zu relativieren. Schon der kritische Rationalismus zeigt in seiner Erkenntnistheorie, dass der menschliche Verstand streng genommen nur vorläufige Meinungen hervorbringen kann, da alle wissenschaftlichen Aussagen nur hypothetisch gemacht werden können. Bei der Würdigung von Gutachten irritiert das zuweilen auch die Streitparteien und die Gerichte, die gerne klare und eindeutige Aussagen von Experten erwarten.

Die Hermeneutik hat den Schluss gezogen, Denken ausschliesslich in (verifizierten) Urteilen sei für den

¹² KARL R. POPPER, *Logik der Forschung*, 8. Aufl., Tübingen 1984.

¹³ POPPER (Fn. 12), 199.

¹⁴ POPPER, (Fn. 12), 198–225.

¹⁵ Im Kontext der Rechtswissenschaft wäre daher ein Gesetz und dessen generell-abstrakte Normen unvernünftig bzw. irrational, wofür sich kein einziger individuell-konkreter Fall denken liesse.

¹⁶ Diese Tatsache zeigt sich täglich in der Gerichtspraxis.

¹⁷ HANS-GEORG GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 5. Aufl., Tübingen 1986.

¹⁸ HANS-GEORG GADAMER, Einführung, in: Hans-Georg Gadamer/Gottfried Boehm (Hrsg.), *Seminar: Philosophische Hermeneutik*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1979, 7–40, insb. 29.

menschlichen Verstand unmöglich. Das führt zu einer *Rehabilitation der Meinung*. Es ist dies keine Resignation des wissenschaftlichen Denkens, sondern eine agnostische Einsicht der Kritik. Die Hermeneutik geht davon aus, dass Denken stets und unaufhebbar zwischen Meinung und Urteil verläuft. Das Meinen rückt damit – neben dem wissenschaftlichen Wissen – in das Zentrum des Interesses. Dieses Interesse ergibt sich daraus, dass Personen einander verstehen wollen und sollen, und zwar hier und jetzt und im Meinungsstreit. Voraussetzung ist, dass sie sich verstehen können.

Eine Person versteht eine andere Person nur dann, wenn sie deren Standort kennt und die darauf beruhenden Vorurteile (Meinungen) und Urteile. Das Verstehen ist zugleich an den eigenen Standort gebunden und die darauf beruhenden Vorurteile (Meinungen) und Urteile. Ihre Gesamtheit wird daher in der Hermeneutik als *Vorverständnis der Person* bezeichnet.

Die Interpretation anderer Meinungen ist stets an dieses standortbedingte Vorverständnis der eigenen Meinungen gebunden. Es erscheint als unmöglich, sich daraus durch monologisches Denken zu befreien. Die Person befindet sich im Denken des *hermeneutischen Zirkels*. Eine *Befreiung* daraus ist nur durch *dialogisches Denken* möglich. Damit befasst sich die konsensuale Erkenntnistheorie.

C. Konsensuale Erkenntnistheorie und Dialogik

1. Sprachphilosophie – Grundlage der Interpretation

Die Einsichten der Hermeneutik und der Sprachphilosophie¹⁹ in die Bedingungen des Verstehens begründen schliesslich den Stellenwert der *Interpretation*. Mit der Sprachphilosophie wird neben der Logik und Empirie eine dritte Ebene eingeführt. Damit sind die folgenden drei Ebenen gegeben: sprachliche Ebene (Sprache),

logische Ebene (Logik) und ontologische Ebene (Realität). Die Realität betrifft das Objekt, die Logik das Subjekt und die Sprache die Intersubjektivität. Damit ist Interpretation die Methode zur Ermittlung von Sinn und Bedeutung eines Textes (*Sprache*), das heisst die Vergegenwärtigung von dessen Inhalt (*Logik*), der sich «zutreffend» auf einen Sachverhalt bezieht (*Realität*). Diese erkenntnistheoretischen Ebenen können mit der Tabelle 1 (unten) veranschaulicht werden.

Wie aber erhalten bestimmte Worte bzw. Zeichen (und insbesondere die *Termini* der Wissenschaftssprache, auch der Rechtswissenschaft) ihre Bedeutung?

Die Sprachphilosophie als konsensuale Erkenntnistheorie stellt folgenden Grundsatz auf: Die *Bedeutung eines Wortes* ergibt sich aufgrund einer intersubjektiven *Konvention über den Gebrauch* dieses Wortes. Nur durch solche intersubjektiven Konventionen wird Sprechen und Verstehen in der Gegenwart in der Form der Vergangenheit, das heisst mit Bezug auf vergangene Situationen überhaupt möglich. Ein Wort (Sprache), das im Bewusstsein der beteiligten Personen durch eine Vorstellung (Logik) «re-präsentiert», das heisst «ver-gegenwärtigt» wird, bezeichnet daher einen Gegenstand (Realität) nur mittelbar und nicht unmittelbar wie in einer gegenwärtigen Situation. Abkürzend kann daher mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Sprache und Logik auch die folgende Aussage gemacht werden: *Die Bedeutung eines Wortes (eines Terminus) ist sein Begriff*. Es erscheint als einleuchtend, dass auch bei einer solch verkürzten Aussage der Bereich der Realität nicht ausser Acht zu lassen ist. Die Frage der Verifikation bzw. Falsifikation betrifft das Verhältnis zwischen Logik und Realität und damit die Methoden der Forschung. Forscher sind darauf angewiesen, sich zu verständigen, wenn sie ihre Forschungsergebnisse mitteilen wollen. Aus diesem Grund schaffen sie eine künstliche Sprache, die Wissenschaftssprache. *Das gilt*

Realität (Objekt)	Logik (Subjekt)	Sprache (Intersubjektivität)
Gegenstand → dessen «Erscheinung» Schmerzpatient Peter → Patient →	← Vorstellung → ist «zutreffend» auf ← Anschauung → ← Begriff →	← Wort/Zeichen «bezeichnet» Vorstellung ← Eigenname ← Prädikator/Terminus
Sachverhalt → (Faktum/Fiktion) → 20% aller registrierten Patienten sind Schmerzpatienten (wie Peter)	← Aussage (Urteil) → ← Meinung → unaufhebbare Mischung «zutreffender» und «unzutreffender» Aussagen	← Satz/Text ← Äusserung/Kundgabe Verstehen im Dialog ist Meinungs- erkenntnis

Tabelle 1

¹⁹ WILHELM KAMLAH/PAUL LORENZEN, *Logische Propädeutik. Vorschule des vernünftigen Redens*, Mannheim 1967. Noch heute gültiges Grundlagenwerk der Sprachphilosophie und des Konstruktivismus.

auch für die Sprache der Rechtswissenschaft. Auslegung ist daher das Ermitteln von Sinn und Bedeutung eines Textes.

Im Kontext der Gerichtsverfahren können wir demnach als Ergebnis festhalten: Die Beweiswürdigung der Urkunden, der Zeugenaussagen und der Gutachten ist die Ermittlung ihrer Bedeutung und damit die Verifikation oder Falsifikation der Behauptungen und Bestreitungen im Prozess über die Streitgegenstände bzw. Sachverhalte.

2. Diskurstheorie und Dialogik – Grundlage für Verfahrensgerechtigkeit

Abschliessend ist kurz auf die Diskurstheorie²⁰ hinzuweisen, da diese ausgehend von der Erkenntnistheorie in eine Gerechtigkeitstheorie mündet. Es geht um die Diskursethik (Fairness) der Sprachgemeinschaft in der Kommunikation (Dialogik). Es ist der unverzichtbare Anspruch des Einzelnen, in einem herrschaftsfreien Raum (der durch Staat und Gerichte garantiert wird) im prozessualen Diskurs Meinungen zu behaupten und Meinungen zu bestreiten.

Es ist dabei Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachenbehauptungen des Meinungsstreites darzulegen. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben sich zudem die richterliche Fragepflicht und der Anspruch auf rechtliches Gehör. Beides ist erkenntnistheoretisch begründet, denn die offene Kommunikationsgemeinschaft ist die Voraussetzung eines jeden rationalen Dialoges. Im prozessualen Meinungsstreit erarbeiten sich die Parteien und das Gericht im Rahmen der bestehenden Gesetze eine gemeinsame Wirklichkeit. Zur Fairness innerhalb der Sprachgemeinschaft gehört schliesslich das fundamentale Prinzip, wonach ein Beweis von der Streitpartei zu führen ist, die aufgrund ihrer behaupteten Meinung Vorteile für sich reklamiert.

In diesem Kontext der Erkenntnistheorie lässt sich die *richterliche Methode der Beweiswürdigung* im Rahmen der Abstufungen der Beweisgrade sowohl für die richterliche Überzeugung als auch für die prozessualen Obliegenheiten der Parteien betreffend das Beweismass und die Beweiserleichterung einordnen.

III. Wahrheitsfindung im Zivilprozess

A. Objektiv – Wahrheit und Wahrscheinlichkeit

Zusammenfassend ist zunächst festzuhalten, dass in einer offenen und aufgeklärten Gesellschaft die Erwartung berechtigt ist, wonach gewählte staatliche Gerichte mit den Grundkenntnissen wissenschaftli-

chen Denkens vertraut sind. Die Gerichte sind in allen Zivilverfahren mit vorgelegten Beweismitteln befasst (Art. 168 ZPO), die sie verstehen, einordnen und frei würdigen müssen (Art. 157 ZPO). Vielfach haben Gerichte auch Expertisen (Art. 183 ff. ZPO) aus unterschiedlichen Wissensbereichen zu interpretieren. Die Wahrheitsfindung durch das Gericht besteht dabei aus zwei Elementen, der objektiven Beweiswürdigung und der subjektiven Überzeugung.

Die *objektive Beweiswürdigung* stellt anhand der gegebenen Beweise in Abstufungen (Beweisgraden) fest, in welchem Umfang Parteibehauptungen, d.h. *Meinungen, auf Sachverhalte zutreffen*. Die Feststellung der **Wahrheit** (vgl. vorne II.A.1.) einer Behauptung wird als *striktes Beweismass (Regelbeweis)* bezeichnet und bedeutet, dass die Behauptung auf den Sachverhalt wirklich zutrifft, und zwar im Sinne von *«nahezu absolut zutreffend»*. Die gesetzten Anführungszeichen erinnern dabei an die prinzipielle Unabschliessbarkeit jeder Wahrheitsfindung auch an den Gerichten. Aus der Sicht der beweisbelasteten Partei handelt es sich jedoch um eine erfolgreiche (strikte) Beweisführung (Vollbeweis).

Die Feststellung der **Wahrscheinlichkeit** (vgl. vorne II.A.2.) einer Behauptung wird als *weniger striktes Beweismass (Beweiserleichterung)* bezeichnet und bedeutet, dass die Behauptung auf den Sachverhalt möglicherweise zutrifft, und zwar im Sinne von *«relativ zutreffend»*. Die gesetzten Anführungszeichen erinnern auch hier an die prinzipielle Unvollständigkeit jeder Wahrheitsfindung auch an den Gerichten. Aus der Sicht der beweisbelasteten Partei handelt es sich jedoch um eine weniger strikte, aber ausreichende Beweisführung im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Die Feststellung der **Unwahrscheinlichkeit** einer Behauptung schliesslich wird als *fehlendes Beweismass* bezeichnet und bedeutet, dass die Behauptung auf den Sachverhalt nicht zutrifft und zwar im Sinne von *«unzutreffend»*. Es ist der Tatbestand der Beweislosigkeit, die nicht vom Gericht, sondern von der beweisbelasteten Partei zu vertreten ist (erfolglose Beweisführung).

B. Subjektiv – Was ist richterliche Überzeugung?

Nach der objektiven Beweiswürdigung als erstem Element der Wahrheitsfindung kommt sodann das zweite Element ins Blickfeld, die *subjektive Überzeugung* des Gerichts. Aber was ist die «richterliche Überzeugung»? Darf der Richter bei der Feststellung des Sachverhaltes und für seine Überzeugung unvermittelt von seinem *Vorverständnis* (vgl. vorne II.B.2. am Ende) ausgehen oder gar von seinen persönlichen Meinungen zum vorgebrachten Sachverhalt?

²⁰ JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992. Vgl. insb. das VI. Kapitel: Justiz und Gesetzgebung, 292–348.

Der Wortlaut des Gesetzes hält dazu lapidar fest: «Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise» (Art. 157 ZPO). Das bedeutet vorerst nur, dass die richterliche Beweiswürdigung keiner Beschränkung unterliegt und die Methode betrifft, aber nicht das Ergebnis davon, nämlich die richterliche Überzeugung. Die *freie Beweiswürdigung* bedeutet die uneingeschränkte und offene Wahrheitsfindung nach den Prinzipien der Erkenntnistheorie (vgl. vorne II.). Das ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, indem die «*richterliche Überzeugung*» bei der Feststellung des Sachverhaltes der Beschwerde unterliegt. Mit der Beschwerde kann die «*offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes*» geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO); das vom Gesetzgeber verwendete Wort «unrichtig» bezeichnet dabei den *Terminus* «unzutreffend»²¹.

Die «*richterliche Überzeugung*» beim Beweismass und bei der Beweiserleichterung ist demnach das Er-

gebnis der Beweiswürdigung durch die Interpretation der Beweismittel (Parteibehauptungen, Zeugenaussagen, Expertisen etc.). Sie kann «*zweifelsfrei*» beim Regelbeweis, «*genügend*» bei der Beweiserleichterung und «*ungenügend*» bei der Beweislosigkeit sein.

C. Synthese – Zusammenfassung der Beweisgrade

siehe Tabelle 2, unten

IV. Grundsatz – das Regelbeweismass

A. Begriff und Terminologie des Regelbeweises

Auf der Grundlage der Erkenntnistheorie (vgl. vorne II.) und den gesetzlichen Grundlagen (vgl. vorne III.) ist im Folgenden die Rechtsprechung zum Regelbeweis und zur Beweiserleichterung (vgl. nachfolgend V.) einzuordnen. Die Rechtsprechung definiert den *Regelbeweis* wie folgt:

Gericht →	Wahrheitsfindung (II. Erkenntnistheorie)	← Parteien
Ergebnis Überzeugung des Gerichts (II.B.2. Hermeneutik) (Interpretation)	Methode Beweiswürdigung Frei (ZPO 157) Experte (ZPO 175) Fachrichter (ZPO 6)	Beweismittel Beweisführung Obliegenheit der Parteien (II.C.2. Diskurstheorie) (Fairness)
Überzeugung zweifelsfrei «Nahezu sichere» Erkenntnis des Sachverhalts	Wahrheit festgestellt Beweismass Regelbeweis (II.A.1. Verifikation)	Grundsatz Beweislast (ZGB 8) Strikte Beweisführung
Überzeugung genügend Unsichere Erkenntnis, Sachverhalt aber «überwiegend wahrscheinlich»	Wahrscheinlichkeit festgestellt Beweismass Beweiserleichterung (II.A.2. Verifikation und Falsifikation)	Ausnahme vom Grundsatz Erleichterte Beweisführung (Gesetz, Rechtsprechung und Lehre)
Überzeugung ungenügend Keine Erkenntnis des Sachverhalts, «ernsthafte Zweifel»	Unwahrscheinlichkeit festgestellt Beweislosigkeit (II.A.2. Falsifikation)	Ausnahme von der Ausnahme Erfolglose Beweisführung

Tabelle 2

²¹ Vgl. dazu vorne II.C.1. «Unrichtig» ist ein Terminus für den Sprachgebrauch der Logik, bspw. «unrichtige» oder «richtige» Schlussfolgerung. «Unzutreffend» ist ein Terminus für den Sprachgebrauch der Erkenntnistheorie; so kann eine Aussage mit Bezug auf den zu beweisenden objektiven Sachverhalt «unzutreffend» oder «zutreffend» sein.

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. September 2013, HG110264, Erw. 3.1.2.1 (Hervorhebungen durch den Verfasser):

«Nach Lehre und Rechtsprechung schreibt das Bundesprivatrecht für seinen Anwendungsbereich ein bestimmtes **Regelbeweismass** vor. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Es muss nach *objektiven Gesichtspunkten* vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. *Nicht ausreichend* ist dagegen, wenn bloss *eine überwiegende Wahrscheinlichkeit* besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat. Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden (Urteil des Bundesgerichts 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003, Erw. 3).

Ein Beweis gilt demnach als erbracht, wenn das Gericht vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Sachbehauptungen überzeugt ist. Im Anwendungsbereich des Regelbeweismasses der **an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit** hat die Verwirklichung der fraglichen Tatsachen dabei derart nahe zu liegen, dass sie als *annähernd sicher* erscheint. *Absolute Sicherheit* ist demgegenüber *nicht erforderlich*. Allenfalls verbleibende Zweifel sind zulässig, soweit sie gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernst zu nehmenden Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen. Die so umschriebene, für die Einhaltung des Regelbeweismasses mindestens erforderliche *Annäherung an die Wahrheit* kann zum Zweck der Veranschaulichung mit einem numerischen Wahrscheinlichkeitswert von 90% beziffert werden (ISABELLE BERGER-STEINER, Der Kausalitätsbeweis, in: HAVE, Tagungsband «Personen-Schaden-Forum 2009», 13 ff., 24).»

Die für den *Regelbeweis* verwendeten *Termini* sind uneinheitlich. Die **Terminologie** gebraucht dafür auch die Worte «voller», «üblicher» oder «striker Beweis».

Die zitierten Erwägungen zeigen die Tragweite des Erkenntnisverfahrens der Gerichte mit seinen Grundlagen und Grenzen. Sie berücksichtigen sowohl die Einsichten der Erkenntnistheorie als auch die entsprechenden gesetzlichen Rahmenbedingungen des Regelbeweismasses. Das soll anhand von ausgewählten Fällen aus der Praxis illustriert werden.

B. Ausgewählte Fälle aus der Praxis

1. Fall A – Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. Juni 2008, HG040046.²²

Sachverhalt (Erw. I. – zusammengefasst): Am 19. November 2002 fuhr Frau A. am Bürkliplatz in Zürich mit der Vorderfront des von ihr gelenkten Fiat Seicento auf die hintere rechte Ecke des Fahrzeugs *Chrysler Grand Voyager* auf, den die Klägerin Frau B. am Rotlicht angehalten hatte. Wegen dieses Ereignisses verlangt Frau B. Ersatz für den entstandenen Erwerbs- und Haushaltsschaden. Die Privatversicherung von Frau A. bestreitet als Beklagte das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Vorfall vom 19. November 2002 und der geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigung der Klägerin und beantragt Klageabweisung.

Für den Regelbeweis und dessen Einschränkung relevante Sach- und Rechtsfrage: *Natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Vorfall vom 19. November 2002 und der Schädigung der Halswirbelsäule / HWS (bearbeitete Auszüge aus Erw. 2./2.1):*

«Die Haftung des eingeklagten Versicherers ist nur dann gegeben, wenn zwischen dem geltend gemachten Schaden und dem Unfallereignis vom 19. November 2002 ein *natürlicher Kausalzusammenhang* besteht.

Die Leistungspflicht eines Unfallverursachers bzw. seiner Haftpflichtversicherung setzt voraus, dass zwischen dem Unfallereignis und dem eingetretenen Schaden ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität des Geschädigten

²² Das zitierte Verfahren HG040046 war Anlass für eine mehrjährige Ausweitung der Auseinandersetzungen in allen Instanzen. Vgl. dazu die Verfahren vor Handelsgericht HG100044, HG110036 und HG110094, mit unveränderter Sach- und Rechtslage erledigt durch Beschluss vom 10. Dezember 2013 zufolge Klagerückzugs. Diese mehrjährige in der Öffentlichkeit ausgetragene Auseinandersetzung fand ihren Niederschlag in den Analysen zur «Litigation PR», vgl. BRUNNER (Fn. 1), 835 ff., insb. 844, Fn. 19. Die Umstände der Verfahren HG040046 ff. legitimieren sodann die im vorliegenden Beitrag ausnahmsweise vertiefte Darstellung der erkenntnistheoretischen und methodologischen Grundlagen der Rechtsprechung in einer offenen Zivilgesellschaft, die sich notwendigerweise am Kanon der Wissenschaft orientieren muss.

beeinträchtigt hat, der Unfall mit anderen Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfiel oder anders ausgefallen wäre (BGE 125 IV 195 S. 197, Urteil des Bundesgerichts 4C.222/2004, E. 2.1). Die Kausalität muss bezüglich aller Zwischenglieder der Kausalkette gegeben sein.

Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Die Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang obliegt somit dem Geschädigten. *Nach dem üblichen **Regelbeweismass** gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung nach objektiven Gesichtspunkten bestehen dort, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist.*

Dies gilt insbesondere für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs. Diesfalls genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs. Der Beweis gilt dann 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 (Urteil des Bundesgerichts 4C.222/2004, E. 2). Anders verhält es sich indes, wenn nach den besonderen Umständen des Falles weitere Möglichkeiten bestehen, die neben der behaupteten Ursachenfolge ebenso ernst in Frage kommen oder gar näher liegen (BGE 107 II 169, S. 272 f.). *Die Formel *post hoc, ergo propter hoc*, nach deren Bedeutung eine gesundheitliche Schädigung schon dann als durch den Unfall verursacht gilt, weil sie nach diesem aufgetreten ist, kann nicht als Beweis betrachtet werden* und erlaubt nicht, einen natürlichen Kausalzusammenhang mit der geforderten überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen (BGE 119 V 340 Erw. 2b/bb).»

Anm.: Mithin wurde der Klägerin B. nicht der Vollbeweis auferlegt, sondern die Beweiserleichterung gewährt, was indessen nicht ausreichte.

Verletzung der Obliegenheit zur Substantiierung sowie mangelhafte und erfolglose Beweisführung (stichwortartige Hinweise aus den Erw. 2.2 und 2.3).²³

– Trotz eindeutiger und klarer Beweisaufgabe – und fakultativ zusätzlicher Aufforderung gemäss rich-

terlicher Fragepflicht – erfolgte kein Antrag auf eine Expertise (aus Erw. 2.2):

«... aufgefordert, sich darüber auszusprechen, ob sie für den von ihr zu führenden Beweis ergänzend zu den von ihr bereits genannten Beweismitteln die Einholung eines medizinischen Gutachtens verlange. *In der Folge teilte die Klägerin mit, dass sie kein solches Gutachten verlange.* Mit Beschluss vom 15. März 2006 wurden deshalb zum Beweissatz 1. als Beweismittel der Klägerin lediglich deren persönliche Befragung, div. Urkunden und Zeugen abgenommen ...»

– Keine detaillierten Ausführungen zur Kollisionsgeschwindigkeit und damit zur natürlichen Kausalität (aus Erw. 2.3.1):

«Zum Unfallhergang bzw. zur Kollisionsgeschwindigkeit macht die Klägerin keine detaillierten Ausführungen. Sie behauptet hierzu lediglich, dass der Fiat Seicento mit der Vorderfront frontal auf die hintere rechte Ecke ihres Fahrzeugs aufgefahren sei. Weiter führt sie aus, dass die «Unfallanalyse» der Beklagten die Unfallbeschädigungen unvollständig wiedergeben und bagatellisieren würde. Es seien auch entscheidende Schätzungs- und Vergleichsparameter wie z.B. Eindruckstiefe etc. gar nicht eruierbar. Eine Geschwindigkeitsänderung von maximal ca. 4,5 km/h werde bestritten. Die Beklagte macht hingegen geltend, dass sich der Wagen der Klägerin nicht verschoben habe.»

– Feststellungen der durch das Gericht bestellten Experten (aus Erw. 2.3.3):

«... dass die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Fahrzeugs der Klägerin maximal 4,5 km/h betragen habe. Das Fahrzeug der Klägerin habe eine Verschiebung um nur wenige Zentimeter erfahren, es könne aber auch sein, dass gar keine Verschiebung stattgefunden und das Fahrzeug nur etwas «genickt» habe. Die Kollisionsgeschwindigkeit des Fiats habe maximal 10 km/h betragen.»

– Nach weiteren eingehenden Abklärungen durch das Gericht musste schliesslich festgehalten werden (Erw. 2.3.8.1):

«Damit ist davon auszugehen, dass der Chrysler ...» [das Fahrzeug der Klägerin] «... wenn überhaupt nicht merklich bewegt wurde.»

– Minimalste Beschädigungen am Fahrzeug Chrysler (aus Erw. 2.3.8.2):

«... Behauptungen der Klägerin zu den geltend gemachten Schäden, welche im Innern des Fahrzeugs liegen sollen, sind unsubstantiiert. *Die Klägerin lässt nicht einmal ansatzweise ausführen, worin diese Schäden hätten bestehen sollen, und macht auch keine Reparatur geltend.* Eine solche Reparatur ist auch

²³ Vgl. zu diesen Obliegenheiten einer Prozesspartei die tabellarische Übersicht oben unter III.C.

nicht aktenkundig. Da bezüglich derart unsubstantiierten Behauptungen kein Beweisverfahren durchgeführt werden kann, sind somit «innere Schäden» (im Fahrzeug) nicht erstellt. Damit stimmt überein, dass die Klägerin solche Schäden in der *persönlichen Befragung* nicht erwähnt hat. Sie erklärte einzig, dass es (ausser) an ihrem eigenen Auto *lediglich «so etwas kleine Eindrücke» hatte; es «hatte nur so ganz leichte, also eigentlich nichts»*. An der Kunststoffstossstange sei nichts gebrochen gewesen ...»

- Geringe Schäden am beteiligten Fiat Seicento (aus Erw. 2.3.8.3):

«... Erstellt ist somit einzig, dass das Auffahreignis vom 19. November 2002 am Fiat einen kleinen Riss in der Stossdämpferabdeckung bewirkte. Dieser ist äusserst gering. Dass auf Grund des Auffahreignisses vom 19. November 2002 am Fiat lediglich ein kleiner Riss an der Stossdämpferabdeckung resultierte, deutet ebenfalls auf eine *äusserst geringe kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung* hin.»

Lösung und Entscheid zum natürlichen Kausalzusammenhang (Erw. 2.3.9):

«Die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung von *maximal 4,5 km/h liegt deutlich unter dem Schwellenwert von 10 km/h*, von welchem Wert an eine Verletzung der Halswirbelsäule bei Auffahrunfällen in der Regel *als möglich* betrachtet wird. Schon auf Grund der geringen Geschwindigkeitsänderung bestehen somit *ernsthafte Zweifel*²⁴, ob die von der Klägerin geltend gemachten Beschwerden auf das Auffahreignis vom 19. November 2002 zurückgeführt werden können.»

Anm.: Aus diesen – und weiteren – Gründen musste die Klage nach einem vier Jahre dauernden Verfahren mit Beweisabnahmen von Zeugen und Expertisen in der Folge abgewiesen werden.

2. *Fall B – Regressprozess unter Privatversicherern*

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. September 2013, HG110264.

Sachverhalt (Erw. A.b. – *zusammengefasst*): Am 13. August 2005 ereignete sich ein Verkehrsunfall in Zürich zwischen einem von Frau A. (Halterin/Lenkerin) gelenkten Personenwagen, dessen Motorfahrzeughaftpflichtversicherer die Beklagte ist, und der bei der Klägerin unfallversicherten Fussgängerin bzw. Radfahlerin B. (Geschädigte). Beim Unfall wurde B.

schwer verletzt. Die Klägerin macht einen Regressanspruch gegen die Beklagte geltend.

Für den Regelbeweis relevante Sach- und Rechtsfrage: *Vorliegen einer (groben?) Fahrlässigkeit der Geschädigten (bearbeitete Auszüge aus Erw. 3.4.1.2):*

«Die Parteien führen übereinstimmend aus, dass sich vor der Unfallstelle ein Fussgängerstreifen befände. Dies ist auch aus den Fotos der Polizei ersichtlich. Nach Dipl.-Ing. X. ist die Möglichkeit, dass die Kollision auf diesem Fussgängerstreifen erfolgte, eine rein theoretische, und es gibt keinerlei konkrete Hinweise hierfür. Dipl.-Ing. Y. zufolge besteht rein hypothetisch die Möglichkeit, dass sich *der Unfall auf dem Fussgängerstreifen* ereignete. Hierbei handelt es sich somit um eine reine Hypothese, für welche es keinerlei Hinweise gibt. *Im Anwendungsbereich des Regelbeweismasses der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit hat die Verwirklichung einer fraglichen Tatsache derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Eine reine Hypothese ist hiervon weit entfernt.* Demzufolge ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass sich der Unfall vom 13. August 2005 auf dem Fussgängerstreifen ereignet hat. Gemäss der Aussage von Zeugin C. gegenüber der Polizei vom 13. August 2005 sah diese die Geschädigte von der Motorhaube des Wagens rutschen. Die Geschädigte wurde demnach nicht weggeschleudert. Das Fahrrad musste verstellt werden, um ihr Nothilfe leisten zu können. Nach Dipl.-Ing. Y. kam das Fahrrad der Geschädigten rund 28 m vom Fussgängerstreifen entfernt in Endlage. Es ist nicht realistisch anzunehmen, dass das Rad um über 20 m verschoben wurde, um der Geschädigten Nothilfe zu leisten. Auch dies spricht klar dagegen, dass sich der Unfall auf dem Fussgängerstreifen ereignete.»

Ermässigung der Haftung der Halterin (aus Erw. 3.4.4):

«Zwar gelingt der Motorfahrzeughalterin der Entlastungsbeweis nicht, doch ist der Geschädigten, wie dargestellt, ein Verschulden anzulasten, weshalb der Schadenersatz nach Art. 59 Abs. 2 SVG zu ermässigen ist. Massgeblich zur Festlegung der Reduktion ist allein das Verschulden der Geschädigten im Vergleich zur Betriebsgefahr. Da kein eigenes Verschulden der Motorfahrzeughalterin vorliegt, verschiebt sich das Verhältnis nicht wieder zu deren Ungunsten (vgl. Erw. 3.1.3.2).

Da sich der genaue Hergang des Verkehrsunfalls vom 13. August 2005 nicht (mehr) herleiten lässt, sind nur wenige Anhaltspunkte zur Beurteilung des Verhaltens der Geschädigten vorhanden. Zur Hauptsache lässt sich ihr Verschulden daran bemessen, dass sie nachts ausserhalb des Fussgängerstreifens, mithin ohne Vortrittsrecht, in die Fahrbahn trat bzw. fuhr. Nach der Ka-

²⁴ Vgl. vorne III.C. unterste Zeile: Es lag damit eine erfolglose Beweisführung einer Partei vor, die trotz Gewährung einer Beweiserleichterung zur Beweislosigkeit führen musste.

suistik (vgl. Erw. 3.3.3) erweist sich hier die Annahme eines eher noch leichten Verschuldens als angebracht. Unter der Berücksichtigung der Alkoholisierung der Geschädigten ist ihre Quote in der Bandbreite von 20 bis 40% eher im oberen Bereich anzusiedeln. Die von der Klägerin ... offerierte Quote von 25% erscheint deshalb zu tief.

In Würdigung der Umstände ist die Verteilung der Haftung zu einem Drittel (33⅓%) auf die Geschädigte und zu zwei Dritteln (66⅔%) auf die Motorfahrzeughalterin (für die Betriebsgefahr) angemessen.»

Lösung und Entscheid zur Schadenersatzbemessung (Erw. 5):

«In Würdigung aller Umstände wurde die Verteilung der Haftung zu einem Drittel (33⅓%) auf die Geschädigte und zu zwei Dritteln (66⅔%) auf die Motorfahrzeughalterin festgelegt. Demnach haben die Parteien den Gesamtschaden im entsprechenden Verhältnis von einem zu zwei Dritteln zu tragen. Die Klägerin hat somit 33⅓% und die Beklagte 66⅔% des Schadensbetrages zu übernehmen. Bei einer Summe von CHF 260 645.15 fallen daher CHF 86 881.70 auf die Klägerin und CHF 173 763.45 auf die Beklagte. Folglich hat die Beklagte der Klägerin CHF 173 763.45 zu bezahlen.»

3. Fall C – Selbstunfall mit Mietmotorrad und Halterhaftung

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 5. April 2018, HG140117

Sachverhalt (Erw. A.a./b. – zusammengefasst): Die Klägerin 1 ist die Ehefrau des bei einem Motorradunfall tödlich verunglückten Motorradfahrers. Die Kläger 2–5 sind deren gemeinsame Kinder. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Zürich. Gegenstand des Verfahrens ist ein Motorradunfall, der sich am 9. Juni 2010 auf der Gottardstrasse Richtung Norden ereignet hat. Dabei ist der Lenker des Motorrads ums Leben gekommen. Für das Motorrad, ein Mietfahrzeug, bestand bei der Beklagten eine Haftpflichtversicherung. Die Kläger stellen sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Beklagte als Versicherung für ihren Schaden einzustehen habe. Demgegenüber hält die Beklagte fest, dass den verstorbenen Lenker ein schweres Selbstverschulden getroffen haben soll, weshalb ihre Haftung entfalle. Aus den Erwägungen:

Erwägungen zum Regelbeweis (Auszüge aus Erw. 2.3.4; Hervorhebungen durch den Verfasser):

«Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Die Verwirklichung der Tat-

sache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. *Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat. Ausnahmen von diesem Beweismass*, dem sogenannten **Regelbeweismass**, in denen *eine überwiegende Wahrscheinlichkeit* oder ein blosses Glaubhaftmachen als *ausreichend betrachtet* wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden (Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juli 2003, 4C.332/2002, E. 3). Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung von Art. 59 SVG enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass hinsichtlich der verschiedenen vom Halter zu erbringenden Entlastungsbeweise eine Ausnahme vom Regelbeweismass gelten soll (Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juli 2003, 4C.332/2002, E. 3.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat zudem festgehalten, dass unter Umständen bei Verkehrsunfällen das in der Lehre teilweise statuierte *Beweismass des Anscheinsbeweises* zur Anwendung kommen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2016, 4A_262/2016, E. 4.4.2.2). Vorausgesetzt wird dafür ein nach der *allgemeinen Lebenserfahrung gleichförmiger Vorgang oder Zustand*, welcher den Zusammenhang zwischen zwei Tatbestandsmerkmalen stringent aufdrängt. Abweichendes muss ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise liegen, eine bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit ist nicht genügend (HANS PETER WALTER, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 79 ff. zu Art. 8 ZGB; HANS PETER WALTER, Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht, in: Fuhrer/Chappuis, Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, S. 447 ff., S. 452 f.). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, wendet der Anscheinsbeweis aber weder die Beweislast, noch bestimmt er das Beweismass. Er verschiebt lediglich das Beweisthema (a.a.O.). Der Anscheinsbeweis kann jedoch lediglich als Ausnahme zur Anwendung kommen, wobei hinsichtlich der Frage der einzig vernünftigen Erklärung ein strenger Massstab anzusetzen ist ...»

Erwägungen zum Anscheinsbeweis im Rahmen des Regelbeweises (Auszüge aus Erw. 2.4.5.5; Hervorhebungen durch den Verfasser):

«Die Beklagte beruft sich sodann auf einen **Anscheinsbeweis**, welcher durch die Kollision mit dem Felsblock neben der Strasse erbracht sei. Die Kollision könne nur damit erklärt werden, dass der Verstorbene die Herrschaft über sein Fahrzeug verloren habe, was wiederum vernünftigerweise nur mit einer unangepassten

Geschwindigkeit erklärt werden könne. Damit sei der Beweis des Verschuldens erbracht.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zwar ist gerade noch nachvollziehbar, dass aus der Kollision auf einen Kontrollverlust geschlossen werden soll, zumal nicht von einer freiwilligen Kollision ausgegangen werden kann. Selbst dann kann aber nicht daraus gefolgert werden, welche Ursachen diesem Kontrollverlust zu Grunde gelegen haben, zumal nicht von einer generell überhöhten Geschwindigkeit ausgegangen werden kann (vgl. vorne E. 2.4.5.3). Die Beklagte versucht dies auch gar nicht, sondern schliesst direkt auf ein schweres Selbstverschulden.»

Anm.: Die richterliche Überzeugung aufgrund der objektiven Beweiswürdigung führte schliesslich zur Gutheissung der Klage und zur Bestätigung durch das Bundesgericht.

V. Ausnahme – die Beweiserleichterung

A. Begriff und Terminologie der Beweiserleichterung

Unter dem Abschnitt IV.A. wurde die Rechtsprechung zum *Grundsatz des Regelbeweismasses* wiedergegeben. Vorliegend geht es um die Ausnahme vom Grundsatz, d.h. um die Beweiserleichterung für eine beweisbelastete Partei. Hierfür kann im Wesentlichen auf zwei *Leitentscheide des Bundesgerichts* verwiesen werden: BGE 130 III 321 und BGE 141 III 241.

In **BGE 130 III 321** hält das Bundesgericht nach kritischen Hinweisen aus der Lehre zur *Tragweite* des Beweismasses *präzisierend* Folgendes fest (Erw. 3.2. teilweise andere Formatierung und Hervorhebungen durch den Verfasser):

«Ein Beweis gilt als erbracht, 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. **Ausnahmen** von **diesem Regelbeweismass**, in denen eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** als **ausreichend** betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem *Gesetz* selbst und sind andererseits durch *Rechtsprechung* und *Lehre* herausgearbeitet worden.

Den *Ausnahmen* liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, *die typischerweise* bei bestimmten Sachverhalten *auftreten* (vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Die *Beweiserleichterung* setzt demnach eine «*Beweisnot*» voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein *strikt*er Beweis nach der *Natur der Sache*

nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen *nur mittelbar durch Indizien* bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (Urteil des Bundesgerichts 5C.175/1997 vom 17. Oktober 1997, E. 2 und 3; allgemein: HOHL, *Procédure civile*, t. I: Introduction et théorie générale, Bern 2001, N. 1098 S. 210, und ausführlich in: *Le degré de la preuve*, Festschrift Vogel, Freiburg i.Üe. 1991, S. 125 ff., 151 f.).»

In **BGE 141 III 241** hat das Bundesgericht die *Rechtsprechung zur Beweiserleichterung* mit Bezug auf natürliche und gesetzliche *Vermutungen* und die *Beweislastverteilung* verdeutlicht (Regeste: Art. 8 ZGB; Krankentaggeldversicherung; Schadensversicherung; Beweis des Erwerbsausfalls bei Arbeitslosigkeit. – Beansprucht eine arbeitslose Person Krankentaggelder und hat sie keinen Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung, so hat sie zum Beweis eines Erwerbsausfalls eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür nachzuweisen, dass sie ohne Krankheit eine Erwerbstätigkeit ausüben würde. War die versicherte Person im Zeitpunkt ihrer Erkrankung noch *nicht arbeitslos*, profitiert sie von der *tatsächlichen Vermutung, dass sie ohne Krankheit erwerbstätig wäre*; Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3). *Aus den Erwägungen* (Hervorhebungen durch den Verfasser):

«3.1 Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die *rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen*, während die Beweislast für die *rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen* bei der Partei liegt, die den *Untergang* des Anspruchs *behauptet* oder dessen *Entstehung* oder Durchsetzbarkeit *bestreitet*.

Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen (BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323). Ist eine Krankentaggeldversicherung als Schadensversicherung ausgestaltet, setzt der Eintritt des Versicherungsfalls einen Schaden – namentlich einen Erwerbsausfall – voraus. Dabei gilt das *herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* (BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276). Auch eine arbeitslose Person, die keinen Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung besitzt, kann einen Erwerbsausfall erleiden, der Anspruch auf Kranken-

taggelder verleiht. Voraussetzung für den Leistungsanspruch ist allerdings, dass die *versicherte Person eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür nachweist*, dass sie ohne Krankheit eine Erwerbstätigkeit ausüben würde (Urteile 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 4.1; 9C_311/2010 vom 2. August 2010 E. 1.3 mit Hinweisen).»

Mit Bezug auf die Beweiserleichterung ist allgemein festzuhalten, dass sich darauf nicht nur der *Versicherte*, sondern auch der *Versicherer* berufen kann. Entscheidend ist das materielle Recht der Beweislastverteilung.

Die **Terminologie** zur Beweiserleichterung ist uneinheitlich. Die unterschiedlichen dafür verwendeten *Termini* bezeichnen jedoch alle *denselben Begriff*. Verwendet werden u.a. «herabgesetztes», «erleichtertes», «reduziertes» oder «weniger striktes» *Beweismass*, dies im Gegensatz zum Vollbeweis.

B. Ausgewählte Fälle aus der Praxis

1. Fall A – Anzeigepflichtverletzung beim Vertragsabschluss

Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. März 2019; KK.2017.00043:

Kurzfassung der Sach- und Rechtsfrage zu Art. 4 Abs. 1 VVG (Erw. 1; teilweise bearbeitet und gekürzt): Die Sanitas Privatversicherungen AG (Beklagte) unterbreitete der Klägerin X. am 29. Oktober 2016 eine Offerte zum Abschluss eines Krankenversicherungsvertrags ab dem 1. Januar 2017, einerseits mit obligatorischer Grundversicherung und andererseits mit *Zusatzversicherungen nach VVG*. Am 18. November 2018 nahm die Sanitas X. sowohl in die Grundversicherung als auch in die Zusatzversicherung auf. Vom 19. bis 21. Januar 2017 musste X. stationär behandelt werden. Die Spitalrechnung belief sich auf total CHF 15 032.20. Nach Abklärungen machte die Beklagte mit Schreiben vom 24. März 2017 eine *Anzeigepflichtverletzung der Versicherten* geltend und kündigte aus diesem Grund den Versicherungsvertrag per 27. März 2017.

Vorbringen der Parteien (aus Erw. 3; stark gekürzt): Die *Beklagte* begründet den Rücktritt vom Vertrag beziehungsweise dessen Kündigung mit einer *Anzeigepflichtverletzung der Klägerin* bei Vertragsabschluss. Sie macht geltend, die *Klägerin* habe im *Versicherungsantrag* die Frage nach Gesundheitsstörungen und Krankheiten in den letzten fünf Jahren wahrheitswidrig verneint. Die *Klägerin X.* bestreitet eine *Anzeigepflichtverletzung*.

Beweismass bei Beurteilung von Gefahrstatsachen nach Art. 4 VVG (Erw. 1.5): «Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des *Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist*, geniesst der *beweispflichtige Anspruchsberech-*

tigte insofern eine **Beweiserleichterung**, als er in der Regel **nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit** für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.4).»

Begründung und Entscheid zur Anzeigepflichtverletzung (aus Erw. 4.5):

«*Gefahrstatsachen im Sinne des Art. 4 VVG* sind alle Tatsachen, die bei der Beurteilung der Gefahr in Betracht fallen und den Versicherer demzufolge über den Umfang der zu deckenden Gefahr aufklären können; dazu sind nicht nur jene Tatsachen zu rechnen, welche die Gefahr verursachen, sondern auch solche, die bloss einen Rückschluss auf das Vorliegen von Gefahrenursachen gestatten (BGE 134 III 511 E. 3.3.2). Die *Anzeigepflicht des Antragstellers* weist indessen *keinen umfassenden* Charakter auf. Sie beschränkt sich auf die Angabe jener Gefahrstatsachen, nach denen der Versicherer *ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt* hat; der Antragsteller ist daher ohne entsprechende Fragen nicht verpflichtet, von sich aus über bestehende Gefahren Auskunft zu geben (BGE 136 III 334 E. 2.3; 134 III 511 E. 3.3.2; 116 II 338 E. 1a, je mit Hinweisen). Bei sehr umfassend und weit formulierten bzw. offengehaltenen Fragen, in denen nicht näher spezifizierte Begriffe verwendet werden, ist eine *Anzeigepflichtverletzung* nur restriktiv anzunehmen.

Vorliegend hat die *Beklagte der Klägerin präzise Gesundheitsfragen* gestellt, welche von der *Klägerin* auch beantwortet wurden. Es bleibt anzumerken, dass die *Beklagte* nicht nach konkreten, bereits gestellten Diagnosen fragte (zumindest nicht bei der Frage 2 des Gesundheitsfragebogens), sondern nach gesundheitlichen Störungen oder Krankheiten. Zwar ist der Begriff der Gesundheitsstörung weit gefasst, aber mit Blick auf die angebrachte Erklärung beziehungsweise die genannten Beispiele geht insgesamt hervor, dass darunter – nebst den Krankheiten, die explizit aufgeführt sind – alle gesundheitlichen Beeinträchtigungen gemeint sind, denen nicht bloss Bagatelldarakter zukommt, die mithin Krankheitswert aufweisen (BGE 134 III 511 E. 3.3.4). ...»

«Durch die Verneinung der vorerwähnten Fragen im Gesundheitsfragebogen der *Beklagten* hat die *Klägerin* eine erhebliche *Gefahrentatsache*, die sie kannte oder hätte kennen müssen, unrichtig mitgeteilt bezie-

ungsweise verschwiegen. Das gänzliche Ausbleiben dieser Information stellt bereits eine Anzeigepflichtverletzung der Klägerin dar und die tatsachenwidrige Beantwortung der Fragen im Gesundheitsfragebogen der Beklagten steht damit fest.»

2. Fall B – Eintritt des Versicherungsfalls

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2004; BGE 130 III 321.

Vgl. dazu auch die allgemeinen Ausführungen in BGE 130 III 321 zum Begriff der Beweiserleichterung, vorstehend unter dem Abschnitt V.A.

Kurzfassung der Sach- und Rechtsfrage zu Art. 39 VVG (Erw. zum Sachverhalt und zu 3.1; teilweise gekürzt; Hervorhebungen durch den Verfasser):

Aus dem Sachverhalt: «Der Kläger war als Schmuck- und Edelsteinhändler selbstständig erwerbstätig. Am 19. August 1996 erneuerte er seine Schadenversicherung bei der Beklagten. Insbesondere gegen Einbruchdiebstahl und Beraubung waren versichert Schmuck, Edelsteine und Geldwerte im Tresor «BAUER PE 1600» für die Summe von 1,05 Millionen Franken. Am 6. September 1997 meldete der Kläger der Beklagten einen bewaffneten Raubüberfall, der sich am Vortag ereignet haben soll. Die Beklagte verweigerte ihre Leistungen. Ende 1998 leitete der Kläger den Forderungsprozess ein und begehrte, die Beklagte zur Zahlung von 1,05 Millionen Franken nebst Zins zu verpflichten. Die kantonalen Gerichte wiesen die Klage ab.» Das Bundesgericht bestätigt.

Aus Erw. 3.1: «Nach der erwähnten Grundregel [Anm.: Art. 8 ZGB] hat der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zu «Begründung des Versicherungsanspruches» (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das *Bestehen* eines Versicherungsvertrags, den *Eintritt* des Versicherungsfalles und den *Umfang* des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen (z.B. wegen schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses: Art. 14 VVG) oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches: Art. 40 VVG).»

Begründung und Entscheid zum erleichterten Beweis des Eintritts des Versicherungsfalles (aus Erw. 3.3; teilweise gekürzt und mit Anmerkungen versehen): «Das *Beweismass* ist für den Eintritt des Versicherungsfalles auf die *überwiegende Wahrscheinlichkeit* (...) *herabgesetzt* (BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276). Gelegentlich *verwendete* das Bundesgericht andere Begriffe (Anm.:

i.e. Termini), ohne dass damit beabsichtigt war, das *Beweismass inhaltlich* anders zu umschreiben (Anm.: *i.e. Rechtsbegriff*). Es empfiehlt sich, inskünftig eine einheitliche Terminologie zu verwenden. Das *Beweismass* der überwiegenden Wahrscheinlichkeit muss insbesondere von der Glaubhaftmachung (...) abgegrenzt werden. Denn zum einen umschreibt «Glaubhaftmachen» oftmals das *Beweismass*, das im Rahmen von vorläufigen, zumeist mit Beweismittelbeschränkungen getroffenen Entscheiden, namentlich vorsorglichen Massnahmen, gilt. Zum anderen unterscheidet sich der jeweiligen geforderte Grad an Wahrscheinlichkeit. 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 (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c S. 398; 104 Ia 408 E. 4 S. 413; 88 I 11 E. 5a S. 14). *Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: 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* (HOHL, Procédure civile, t. I, a.a.O., N. 1061 f. S. 200 f. und N. 1096 f. S. 210, sowie in: Procédure civile, t. II: Organisation judiciaire, compétence, procédures et voies de recours, Bern 2002, N. 2760–2763 S. 225). ...» (...) (und aus Erw. 4): «Aus den dargelegten Gründen ist das Obergericht von den zutreffenden rechtlichen Annahmen ausgegangen, indem es *vom Kläger den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Diebstahls* verlangt und die Beklagte zum Gegenbeweis zugelassen hat. ...»

Es folgen trotz Beweiserleichterung Erwägungen zur erfolglosen Beweisführung des Klägers betreffend Eintritt des Versicherungsfalles i.S.v. Art. 39 VVG durch Diebstahl und die entsprechende Subsumption.

3. Fall C – Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches

Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015

Kurzfassung der Sach- und Rechtsfrage zu Art. 40 VVG: Zu beurteilen ist die Rückforderungsklage eines Versicherers für zu Unrecht bezahlte Monatsbeiträge infolge behaupteter Arbeitsunfähigkeit des Beklagten nach Unfall.

Erwägungen zur Beweiserleichterung für den Versicherer (Erw. 5.3. teilweise gekürzt und Hervorhebungen durch den Verfasser): «... Ausnahmen vom Regelbeweismass des strikten Beweises, in denen eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit* als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz

selbst; andererseits sind sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324; 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine «Beweisnot» voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Die entsprechenden Überlegungen gelten unabhängig davon, welche Partei beweisbelastet ist. Das Bundesgericht hat denn auch in Bezug auf den vom Versicherer zu erbringenden Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses (Art. 14 VVG) bereits entschieden, dass der Versicherer sich ebenfalls auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen kann, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist (Urteil 4A_316/2013 vom 21. August 2013 E. 6.2 mit Hinweisen). *Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Beweiserleichterung nicht auch auf die vorliegende Konstellation, namentlich für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen ist), Anwendung finden sollte (in diesem Sinne auch Nef, a.a.O., N. 57 zu Art. 40 VVG mit Hinweisen). ...»*

Begründung und Entscheid (Erw. 6.3. teilweise gekürzt und Hervorhebungen durch den Verfasser): «In objektiver Hinsicht steht zusammenfassend mit dem kantonalen Gericht fest, dass der Beschwerdeführer 2 nach Massgabe von Art. 40 VVG zumindest Tatsachen, die geeignet sind, die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin auszuschliessen oder zu mindern, verschwiegen hat. *Nach der Aktenlage kann sogar davon ausgegangen werden, dass leistungsrelevante Fakten unrichtig mitgeteilt wurden.* Der Entscheid darüber, ob sich das Ausführen «gewisser, notwendiger Arbeiten» leistungsmindernd auswirkt oder nicht, ist vom – entsprechend informierten – Versicherer, nicht aber vom Versicherten selber zu fällen. Eine diesbezügliche Mitteilungspflicht besteht entgegen ... der Beschwerde sehr wohl. Auch die subjektiv erforderliche Täuschungsabsicht ist sodann mit der Vorinstanz zu bejahen. Der Beschwerdeführer 2 muss *sich im Sinne eines grob unsorgfältigen Verhaltens vorwerfen lassen, dass*

er es zum einen pflichtwidrig unterlassen hat, die Beschwerdegegnerin über seine berufliche Betätigung zu orientieren. Zum andern liess er durch die involvierten Ärzte zuhanden des Versicherers stets eine *vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen, obgleich eine solche offensichtlich nicht (mehr) gegeben war* (vgl. auch Nef, a.a.O., N. 61 und 65 zu Art. 40 VVG). ...»

VI. Fazit und Leitsätze

Die vorstehenden Ausführungen können zusammenfassend wie folgt in kurzen *Leitsätzen* festgehalten werden:

- Gesetz, Rechtsprechung und Lehre folgen im Beweisverfahren des Zivilprozesses den objektiven Grundsätzen der allgemeinen Erkenntnistheorie und den besonderen Wissenschaften. Bloss subjektive Meinungen und Behauptungen von Personen zu Sachverhalten unterliegen zwingend den Methoden der objektiven Überprüfbarkeit durch die Wissenschaft. Die Wahrheitsfindung ist eine verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe der staatlichen Gerichte und Grundlage gerechter Urteile. Ihre Akzeptanz ist eine Voraussetzung der rechtsstaatlich verfassten offenen Gesellschaft.
- Für Behauptungen von Personen und für den Anspruch ihrer Anerkennung durch andere Personen und durch das Gericht gilt im Zivilprozess der Grundsatz des Vollbeweises. Die behauptungs- und beweispflichtige Partei hat den Wahrheitsgrad der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit für die Überzeugung des Gerichts zu leisten.
- Ist ein solcher Vollbeweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar, gebietet es die Verfahrensgerechtigkeit (Fairness), der behauptungs- und beweispflichtigen Partei eine Beweiserleichterung zu gewähren. Diesfalls gilt beim Wahrheitsgrad die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Überzeugung des Gerichts.
- Vernachlässigt eine behauptungs- und beweispflichtige Partei die substantiierte Darlegung des relevanten Sachverhaltes, verbessert sie dies auch nach der richterlichen Fragepflicht unzureichend oder ist sie gemäss Sachlage überhaupt nicht in der Lage, einen objektiv überprüfbaren Beweis zu führen, so ist dies für die Überzeugung des Gerichts ungenügend. Die Verantwortung für eine solche erfolglose Beweisführung liegt bei der behauptungs- und beweispflichtigen Partei.