

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet, P. Breitschmid, A. Bächler, H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin, D. Jakob, P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Tom Frey

**Die Ermittlung des Schadens  
und anderer quantifizierbarer  
Werte im Anwendungsbereich  
von Art. 42 Abs. 2 OR**

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XXXIX
<b>§ 1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>§ 2 Einführung in das Beweisrecht</b>	<b>5</b>
<b>A. Vorbemerkung</b>	<b>5</b>
<b>B. Beweisführung</b>	<b>5</b>
I. Gegenstand des Beweises	6
II. Beweislast	7
III. Substanziierung des Beweisthemas	8
1. Vorbemerkung	8
2. Grundsatz der Verhandlungsmaxime	8
3. Behauptungslast	9
4. Substanziierungslast	9
a) Anforderungen an die Substanziierung	10
b) Abgrenzung der Behauptungs- und Substanziierungslast	11
c) Rechtsfolgen mangelhafter Substanziierung	12
<b>C. Beweismass</b>	<b>13</b>
I. Vorbemerkung	13
II. Funktion des Beweismasses	13
III. Die drei massgebenden Beweismasse	13
1. Fehlende gesetzliche Definition der einzelnen Beweisgrade	13
2. Regelbeweismass	14
a) Uneinheitliche Terminologie	14
b) Definition des Regelbeweismasses	15
3. Überwiegende Wahrscheinlichkeit	17
a) Vorbemerkung	17
b) Begriffliches	17
	XI

c) Definition des Bundesgerichts	17
d) Darstellung in der Literatur	19
4. Glaubhaftmachung	20
<b>D. Beweiswürdigung</b>	21
I. Vorbemerkung	21
II. Vorgang der Beweiswürdigung	21
III. Freie Beweiswürdigung	22
<b>§ 3 Exkurs: § 287 der deutschen Zivilprozessordnung</b>	25
<b>A. Vorbemerkung</b>	25
<b>B. Wesentliche Merkmale von § 287 dZPO</b>	26
I. Regelungsgehalt	26
II. Anwendungsvoraussetzung	27
III. Anwendungsbereich	28
<b>C. § 252 dBGB: Spezialnorm für entgangenen Gewinn</b>	28
<b>D. Zusammenfassung und Fazit</b>	29
<b>§ 4 Entstehungsgeschichte und Zweckgedanke von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	31
<b>A. Entstehungsgeschichte</b>	31
I. Parlamentarische Beratungen und Botschaft	31
II. Kodifizierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	34
<b>B. Zweckgedanke von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	37
I. Ausgangslage	37
II. Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung	38
III. Rechtspolitischer Hintergrund	40
<b>§ 5 Inhalt und Tragweite von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	43
<b>A. Vorbemerkung</b>	43
<b>B. Systematische Einordnung und Natur von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	43
I. Systematische Einordnung und Abgrenzung zu Art. 42 Abs. 1 OR	43
II. Rechtsnatur von Art. 42 Abs. 2 OR	45

<b>C. Stellung von Art. 42 Abs. 2 OR im Schadensrecht</b>	48
I. Vorbemerkung	48
II. Keine Anspruchsgrundlage für Schadenersatz	49
III. Verhältnis von Art. 42 Abs. 2 OR zur Schadensberechnung	49
1. Grundlegendes zur Schadensberechnung	49
2. Grundsatz der konkreten Schadensberechnung	50
3. Ausnahmen von der konkreten Schadensberechnung	51
a) Allgemeines	51
b) Verhältnis von Art. 42 Abs. 2 OR zur abstrakten Schadensberechnung	52
<b>D. Die zwei Hauptkomponenten von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	55
I. Vorbemerkung	55
II. Beweiserleichterung	55
1. Allgemeines	55
a) Grundsatz der strikten Beweisführung	55
b) Ausnahmen von der strikten Beweisführung	56
2. Beweiserleichterung nach Art. 42 Abs. 2 OR	58
a) Herabsetzung des Beweismasses	58
b) Überwiegende Wahrscheinlichkeit als massgebendes Beweismass	59
c) Konkrete Anforderungen an den Beweis des Schadens gemäss Art. 42 Abs. 2 OR	60
3. Herabsetzung des Beweismasses als Folge richterlicher Rechtsfortbildung?	64
4. Überprüfung der vorherrschenden Auslegung von Art. 42 Abs. 2 OR	66
a) Anhand der grammatikalischen Auslegung	67
b) Anhand der historischen Auslegung	68
c) Anhand der teleologischen Auslegung	69
d) Anhand der systematischen Auslegung	70
e) Ergebnis	71
5. Herabsetzung des Beweismasses sowohl hinsichtlich Schadenseintritt als auch Schadensumfang?	72
a) Vorbemerkung	72
b) Einheitliche Behandlung von Schadenseintritt und Schadensumfang durch das Bundesgericht	72
c) Die Gegenmeinung von BERGER-STEINER	73

## Inhaltsverzeichnis

---

d)	Stellungnahme	74
e)	Fazit	76
III.	Schadensschätzung nach Ermessen des Richters	77
1.	Vorbemerkung	77
2.	Missverständliche Verwendung des Verbs „(ab)schätzen“	77
3.	Qualifikation des Ermessens nach Art. 42 Abs. 2 OR	79
a)	Vorbemerkung	79
b)	Allgemeines zum Ermessen	80
c)	Uneinheitliche Qualifikation des Ermessens nach Art. 42 Abs. 2 OR in der Lehre	81
d)	Gegenüberstellung von Tatbestands- und Rechtfolgeermessen	82
e)	Ermessen im Sinne der freien Beweiswürdigung	84
f)	Schadensschätzung als Billigkeitsentscheidung nach Art. 4 ZGB?	88
g)	Zusammenfassung und Fazit	92
4.	Leitlinien für die Ermessensbetätigung	93
a)	Vorbemerkung	93
b)	Der gewöhnliche Lauf der Dinge	93
aa)	Als Ausdruck der Lebenserfahrung	93
bb)	Unterschiedliche Ausprägungen der Lebenserfahrung	94
aaa)	Erfahrungssätze	95
bbb)	Natürliche Vermutung	97
ccc)	Statistiken	99
cc)	Bedeutung der Lebenserfahrung im Rahmen der Beweiswürdigung und für Art. 42 Abs. 2 OR	102
dd)	Indizien als Basis zur Ermittlung des Schadens unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung	104
c)	Vom Geschädigten getroffene Massnahmen	106
aa)	Übersicht der Lehrmeinungen	106
bb)	Stellungnahme	107
cc)	Beweis der „getroffenen Massnahmen“	108
dd)	Wenig praktische Relevanz des Passus	109

<b>E. Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	110
I. Unmittelbare Geltung von Art. 42 Abs. 2 OR für das gesamte Schadensrecht	110
II. Analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ausserhalb des Schadensrechts	111
1. Allgemeines	111
2. Beispiele zur analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR	113
a) Ermittlung von Überstunden und Überzeit	113
aa) Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	113
bb) Fazit 115	
b) Ermittlung der Anzahl bezogener Ferientage	116
c) Ermittlung des Wertes einer Liegenschaft in einem bestimmten Zeitpunkt	116
d) Ermittlung des Nettogewinns bei bösgläubiger Eigengeschäftsführung gemäss Art. 423 Abs. 1 OR	117
e) Ermittlung des Minderwertes eines Werkes	118
aa) Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre	118
bb) Fazit 120	
f) Ermittlung des Minderwerts einer Kaufsache	121
III. Herabsetzung des Beweismasses ohne unmittelbare oder analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR	122
1. Vorbemerkung	122
2. Wichtigste Anwendungsfälle	122
a) Nachweis des Kausalzusammenhangs	122
b) Nachweis des Eintritts des Versicherungsfalles	123
aa) Diebstahlversicherung	123
bb) Sozialversicherung	124
3. Übersicht bezüglich weiterer Anwendungsfälle und Stellungnahme	125
IV. Beschränkung der Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR auf quantifizierbare Werte	126
 <b>§ 6 Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	 129
<b>A. Der ziffernmässig nicht nachweisbare Schaden</b>	129
I. Begriffliches und einleitende Bemerkung	129

II.	Unmöglichkeit des strikten Schadensbeweises	130
1.	Von Natur aus gegebene Unmöglichkeit des strikten Schadensbeweises	131
a)	Zukünftiger Schaden	132
b)	Entgangener Gewinn	134
c)	Von Natur aus gegebene Unmöglichkeit des strikten Beweises ausserhalb des Schadensrechts	137
2.	Unmöglichkeit aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles	138
a)	Auseinandersetzung mit der einschlägigen Lehre	138
b)	Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts	141
3.	Stellungnahme und Fazit	144
III.	Unzumutbarkeit des strikten Schadensbeweises	144
1.	Allgemeines	144
2.	Unverhältnismässige Kosten	145
a)	Unverhältnismässige Kosten für Sachverständigengutachten im Speziellen	145
b)	Unverhältnismässige Kosten der Beweisführung im Allgemeinen	146
3.	Gefahr der Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder Geschäftsgeheimnissen	147
4.	Grenzen der Geltendmachung der Unzumutbarkeit	148
IV.	Keine ungerechtfertigte Benachteiligung des Beweisgegners	149
V.	Verwirkung des Anspruches auf Beweiserleichterung bei selbst verschuldeter Beweisnot	151
1.	Allgemeines	151
2.	Beispiele selbst verschuldeter Beweisnot	152
a)	Unterlassene Beweissicherung	152
b)	Sicherungsobliegenheit bezüglich potenzieller Beweismittel?	154
c)	Nichtbeachtung von Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten	156
VI.	Anforderungen an den Beweis der Beweisnot	158
1.	Vorbemerkung	158
2.	Übersicht zur einschlägigen Lehre und Rechtsprechung	159
3.	Stellungnahme	160

4. Die Beweisnot als negative Tatsache	162
5. Offenkundige Beweisnot	163
6. Zusammenfassung und Fazit	166
<b>B. Substanziierung im Anwendungsbereich von Art. 42</b>	
<b>Abs. 2 OR</b>	167
I. Vorbemerkung	167
II. Der neue Terminus „Schadensbemessungsfaktor“	167
III. Begriffliche Vermengung von Substanziieren und Beweisen im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR	169
IV. Gegenstand der Substanziierung	171
V. Anforderungen an die Substanziierung im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR	173
1. Allgemeines	173
2. Ausgewählte Urteile zur Substanziierung im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR	175
a) BGer 4A.154/2009 vom 08.09.2009	175
b) BGE 133 III 153	176
c) BGer 4C.351 2000 vom 20.07.2001	176
d) BGer 4C.55/2006 vom 12.05.2006	177
e) BGer 4A.401/2011 vom 18.01.2012	177
f) BGer 4A.481/2012 vom 14.12.2012	178
g) Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27.05.2015 (HG110135)	179
h) Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 04.06.2002 (ZR 2002 (101), Nr. 55, S. 210 f.)	180
3. Schlussfolgerung aufgrund der untersuchten Urteile	180
4. Volle Substanziierungsobliegenheit auch bei sicherer Kenntnis über die Existenz des Schadens	181
VI. Ausreichende Substanziierung als Anwendungsvoraussetzung von Art. 42 Abs. 2 OR	183
VII. Anforderungen an den Beweis der Schadensbemessungsfaktoren	184
VIII. Herabsetzung der Behauptungs- und Substanziierungsobliegenheit im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR?	188
1. Vorbemerkung	188



2.	Befürworter einer herabgesetzten Substanziierungsobliegenheit im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR	189
3.	Die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts	191
4.	Stellungnahme: Keine Herabsetzung der Substanziierungsobliegenheiten im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR	194
a)	Vorbemerkung	194
b)	Keine vordefinierten Substanziierungsgrade	194
c)	Festlegen einer Mindestanforderung an die Substanziierung durch Art. 42 Abs. 2 OR	195
d)	Keine besonderen Schwierigkeiten in Bezug auf die Substanziierung des Schadens beim Vorliegen einer Beweisnot	196
5.	Zusammenfassung und Fazit	200
IX.	Schadensermittlung von Amtes wegen im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR?	202
1.	Vorbemerkung	202
2.	Keine Schadensermittlung von Amtes wegen im Regelfall	202
a)	Auseinandersetzung mit der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung	202
b)	Zusammenfassung und Fazit	208
3.	Schadensermittlung von Amtes wegen im Ausnahmefall	209
a)	Vorbemerkung	209
b)	Art. 151 ZPO als gesetzliche Grundlage	209
aa)	Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen	210
bb)	Erfahrungssätze	212
c)	Bedeutung von Art. 42 Abs. 2 OR für die Schadensermittlung von Amtes wegen	214
d)	Beschränkte Verlässlichkeit auf die Ausnahmeregelung gemäss Art. 151 ZPO und richterliche Fragepflicht	215
<b>§ 7</b>	<b>Verhältnis von Art. 42 Abs. 2 OR zur unbezifferten Forderungsklage</b>	<b>217</b>
<b>A.</b>	<b>Vorbemerkung</b>	<b>217</b>
<b>B.</b>	<b>Allgemeines zur unbezifferten Forderungsklage</b>	<b>217</b>

<b>C. Unbezahlte Forderungsklagen im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR</b>	220
I. Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR steht einer Schadensbeziehung nicht entgegen	220
II. Auseinandersetzung mit der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung	221
III. Marginale Bedeutung unbezahlter Forderungsklagen im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR	225
IV. Fazit	227
<b>§ 8 Rechtsvergleichende Betrachtung mit der Rechtslage in den USA</b>	229
<b>A. Das Beweismass im US-amerikanischen Recht</b>	229
I. Vorbemerkung	229
II. Begriffliches	229
III. Preponderance of the evidence als Regelbeweismass	231
<b>B. Handhabung von Beweisnotsituationen im US-amerikanischen Recht</b>	232
I. Anerkennung von typischen Beweisschwierigkeiten	232
II. Motivation für die Gewährung von Beweiserleichterungen	234
III. Ausgestaltung der Beweiserleichterungen für den Schadensnachweis	235
1. Vernünftige ("reasonable") Bestimmung des Schadens	235
2. Beweiserleichterungen primär in Bezug auf den Schadensumfang	238
<b>§ 9 Wesentliche Ergebnisse</b>	241
<b>Anhang</b>	249