

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

339

BRUNO PASQUIER

Die Schätzung nach
gerichtlichem Ermessen –
unmittelbare und sinn-
gemässe Anwendung des
Art. 42 Abs. 2 OR

Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX

1. TEIL GRUNDLAGEN 1

I. Art. 42 Abs. 2 OR als Gegenstand dieser Untersuchung	1
A. Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte	1
B. Die Systematische Stellung dieser Bestimmung und ihre Charakteristiken	4
II. Beweiserleichterung als Funktion der Bestimmung	11
A. Funktion von Beweiserleichterungen im Allgemeinen	11
B. Die Herabsetzung des Beweismasses bei „typischer Beweisnot“ im Besonderen	15
1. Art. 42 Abs. 2 OR als Grundlage für die Herabsetzung des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit	15
2. Herabsetzung des Beweismasses nur bei typischer Beweisnot	21
3. Die „typische“ Beweisnot im Einzelnen	24
4. Herabsetzung bei Beweisvereitelung?	30
C. Das Verhältnis zur objektiven Beweislast	35
1. Auswirkung des Art. 42 Abs. 2 OR auf die objektive Beweislast hinsichtlich des Schadens	35
2. Objektive Beweislast für die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 42 Abs. 2 OR	43

III. Ausgewählte Abgrenzungen	50
A. Von der „perte d’une chance“	46
B. Von der abstrakten Schadensberechnung	55
C. Von der Untersuchungsmaxime	57
2. TEIL DIE ANWENDUNG IM SCHADENSRECHT	61
I. Die von Art. 42 Abs. 2 OR erfassten Fälle	61
A. Anwendung auf Schadenersatzforderungen aus dem gesamten Privatrecht	61
B. Schadenseintritt und Schadenshöhe als Gegenstand der Schätzung	63
C. Von dieser Anwendung nicht erfasste Forderungen	65
1. Genugtuungsansprüche	66
2. Schadenersatzversprechen, die nicht bei den gesetzlichen Haftungsgrundsätzen anknüpfen	66
3. Schaden als Bezugsgrösse für die Ermittlung anderer Ansprüche	67
II. Die Voraussetzungen einer gerichtlichen Schätzung	68
A. Allgemeines zu diesen Anwendungsvoraussetzungen	68
B. Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden	69
C. Die Unmöglichkeit des Schadensnachweises im Einzelnen	71
1. Die Unmöglichkeit nach der Natur der Sache	71
2. Auch bei Unzumutbarkeit der Beweisführung	75
D. Weitere Anwendungsvoraussetzungen	78
1. Die Bezifferung des Rechtsbegehrens	78
2. Die Erfüllung der Beweisführungsobliegenheit	80
III. Die gerichtliche Schätzung des Schadens	83
A. Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen	83
1. Allgemeines zum rechtlichen Gehalt	83

2. Die Herabsetzung des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit	84
3. Die Ausübung gerichtlichen Ermessens	84
a) Gerichtliches Ermessen in der Sachverhaltsfeststellung, nicht in der Rechtsanwendung	84
b) Unscharfe Abgrenzung von der freien Beweiswürdigung	88
4. Berücksichtigung von Erfahrungssätzen	91
a) Merkmale und Erscheinungsformen	91
b) Art. 42 Abs. 2 OR als Grundlage	100
B. Bedeutung der in der Bestimmung genannten Kriterien	101
1. Der gewöhnliche Lauf der Dinge	101
2. Die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen	105
IV. Ein Ausblick de lege ferenda und ein Vorschlag	107
3. TEIL ANWENDUNGEN AUSSERHALB DES SCHADENSRECHTS	109
I. Vorbemerkungen	109
II. Darstellung von Fällen, in denen auf Art. 42 Abs. 2 OR verwiesen wird	110
A. Für die Ermittlung des Nettogewinns bei bösgläubiger Eigengeschäftsführung	110
B. Für die Bemessung des Minderwertes	114
C. Für den Bezug von Frei- und Ferientagen	118
D. Für die Leistung von Überstunden	121
E. Für die Bemessung des Wertes von Vermögensgegenständen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung	127
F. Beim natürlichen Kausalzusammenhang	130

III. Darstellung von Fällen, in denen dieser Verweis unterbleibt	133
A. Die gesetzlich normierten Fälle	133
B. Herabsetzungen des Beweismasses in der Gerichtspraxis	135
IV. Würdigung	137
A. Analyse und Kritik dieser Fälle	137
B. Weitere Überlegungen zur analogen Anwendung	140
1. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Analogieschlusses	140
2. Die Vorschrift des Art. 42 Abs. 2 OR als verallgemeinerungsfähiger Gedanke	141
4. TEIL ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	145
I. Zusammenfassung	145
A. Grundlagen	145
B. Die Anwendung im Schadensrecht	146
C. Anwendungen ausserhalb des Schadensrechts	147
II. Ergebnis dieser Untersuchung und ein Vorschlag	149
SACHREGISTER	153