

## Die (übersteigerte) Substantiierungspflicht – der Albtraum jedes Klägeranwalts

Silvio Riesen\*

### I. Einleitung / Beispielfall

Vor nicht allzu langer Zeit an einer Vergleichsverhandlung vor einem Zivilgericht im Kanton Zürich: Der Autor dieses Beitrags vertrat einen Geschädigten, der anlässlich eines Autounfalls diverse Verletzungen erlitt, in einem Haftpflichtprozess. Strittig waren, wie so oft, insbesondere die Kausalität der Beschwerden des Geschädigten sowie deren Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit.

Zu beurteilen war der Erwerbsschaden des Klägers im Zeitraum von rund sechs Jahren nach dem Unfallereignis (Teilklage). Der Kläger behauptete in seinem Hauptstandpunkt, gestützt auf die Erkenntnisse der behandelnden Ärzte, eine unfallbedingte vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit während des genannten Zeitraums und als Folge davon auch einen entsprechenden Erwerbsschaden. In einem Eventualstandpunkt nahm der Kläger ferner eine Schadenberechnung vor, welche auf einer Arbeitsunfähigkeit von lediglich 25% beruhte, da ein medizinisches Gutachten zu einer entsprechenden Schlussfolgerung kam. Die gegnerische Haftpflichtversicherung bestritt sowohl Kausalität wie auch Arbeitsunfähigkeit und beantragte, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde ein gerichtliches Gutachten zur medizinischen Beeinträchtigungssituation und Arbeitsfähigkeit eingeholt. Dieses kam zum Schluss, dass der Kläger während den ersten drei Jahren unfallbedingt vollumfänglich arbeitsunfähig gewesen war, anschliessend jedoch wieder eine volle Arbeitsfähigkeit erlangte. Darauf hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass der Kläger gemäss seinen Behauptungen im Prozess seine Arbeitsstelle vor Ende des Zeitraums der vollen Arbeitsunfähigkeit beschwerdebedingt aufgeben musste und (auch) deshalb im gesamten Teilklagezeitraum kein Einkommen mehr erzielen konnte.

Anlässlich der Vergleichsverhandlung und später dann auch im Urteil musste der Autor dieses Beitrags u.a. hören bzw. lesen, dass er das nun vorliegende Beweisergebnis hätte antizipieren können bzw. Parteibehauptungen

zu einem Themenkomplex vorlägen, die dem Beweisergebnis widersprechen, weshalb kein überschüssendes Beweisergebnis vorliege. Ein solches läge gemäss dem Urteil nur vor, wenn ein Gutachter zu Ergebnissen gelangt, die von keiner Partei bedacht und deshalb auch nicht behauptet worden sind. Entsprechend sei, entgegen der Ansicht des Autors, auch nicht weiter zu prüfen, ob auch nach Verlust der Arbeitsstelle bzw. dann nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit ein Erwerbsschaden vorlag. Selbst wenn ein überschüssendes Beweisergebnis angenommen würde, hätte es der klägerische Anwalt nach Ansicht des Gerichts versäumt, nach Vorliegen des Gutachtens unverzüglich (angepasste) substantiierte Ausführungen vorzubringen. Eine entsprechende Eingabe des Klägers wurde vom Gericht als zu pauschal bezeichnet.<sup>1</sup>

Dieser Fall zeigt nach Ansicht des Autors exemplarisch, wie die Substantiierungsforderungen zum Albtraum eines jeden Klägeranwalts werden können: Im vorliegenden Fall hätten, wendet man den gerichtlichen Substantiierungsmassstab an, in den Rechtsschriften wohl noch diverse weitere Eventualstandpunkte vorgebracht werden müssen, damit die Behauptungen alle möglichen Beweisergebnisse auch abgedeckt hätten.<sup>2</sup>

Dass Ansprüche mangels ausreichender Substantiierung bzw. wegen Behauptungen, die nicht (exakt) dem (späteren) Beweisergebnis entsprechen, nicht durchgesetzt werden können, sollte die Ausnahme sein. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die geltende Rechtslage den Gerichten die Möglichkeiten gäbe, sich der Substantiierungsthematik dergestalt anzunehmen, dass die Parteien ihrer Ansprüche am Ende des Verfahrens nicht wegen zu wenig fundiert vorgetragener Behauptungen verlustig gehen. Wie auch zu zeigen sein wird, müssten die unteren Instanzen diesbezüglich teilweise jedoch gewillt sein, die, insbesondere für die klagende Partei, aktuell teilweise strenge bundesgerichtliche Praxis<sup>3</sup> ein wenig klägerfreundlicher anzuwenden. Zu wünschen wäre, wenn am Ende auch das Bundesgericht die Substantiierungshürden tiefer ansetzen würde.

Der Forumsbeitrag soll einen Überblick über die entsprechenden Möglichkeiten bieten, welche die Gerichte zur Linderung der Substantiierungsproblematik

<sup>1</sup> Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 11. Dezember 2020 im Verfahren CG140023, insbesondere E. 10.2.8.9.3.

<sup>2</sup> Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn der Kläger etwa in einem Subeventualstandpunkt behauptet hätte, er hätte auch einen Schaden erlitten, falls er nach drei Jahren – hypothetisch – wieder voll oder teilweise arbeitsfähig gewesen wäre, gemäss den Gutachtern aber bereits nach zwei Jahren wieder eine volle oder eine teilweise Arbeitsfähigkeit, jedoch in anderem Ausmass als vom Kläger behauptet, vorgelegen hätte? Auch in diesem Fall hätten nach der Auffassung des Gerichts wohl dem Beweisergebnis widersprechende Behauptungen vorgelegen.

<sup>3</sup> Insbesondere zur richterlichen Fragepflicht und zur Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, vgl. II. B. und D. unten.

\* lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwaelt AG, Zürich. Der Autor vertritt lediglich geschädigte Personen.

haben, ohne im Detail und mit vertieften dogmatischen Überlegungen auf die jeweiligen Themenkreise einzugehen.

Die Ausführungen des Autors beziehen sich dabei auf einen Haftpflichtprozess in einem Personenschadenfall und die dort typischerweise auftretenden Probleme.

## II. Wie Substantiierungsanforderungen vernünftig gehandhabt werden können

### A. Generell und am Einfachsten: sachgerechte Auslegung des Begriffs der Tatsachenbehauptungen gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO hat die Klage u.a. die Tatsachenbehauptungen zu enthalten. Bekanntlich genügt es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Tatsachenbehauptung zunächst in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet worden ist, so dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann<sup>4</sup>. Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift erst dann, wenn der Prozessgegner den ersten Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet. Dann ist diese gehalten, die Vorbringen (in ihrer Replik) «in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann»<sup>5</sup>. Wie weit diese inhaltliche Substantiierung im Einzelfall reichen soll, bestimmt das materielle Bundesrecht.<sup>6</sup>

Aus den obigen Rahmenbedingungen folgt, dass es grundsätzlich die Gerichte in der Hand haben zu entscheiden, wann eine oder mehrere Tatsachenbehauptungen im zu beurteilenden Fall ausreichend substantiiert sind, so dass darüber Beweis abgenommen werden kann.

In einem typischen Personenschadenfall<sup>7</sup> können die Haftung, die medizinische Beeinträchtigungssituation sowie die Kausalität und / oder der erlittene Schaden strittig sein. Meist liegen, aus vorgelagerten polizeilichen Ermittlungs- oder Strafverfahren sowie aus den Sozialversicherungsverfahren, bereits diverse Unterlagen vor, welche auch im Haftpflichtprozess von Be-

deutung sind<sup>8</sup>, von den Parteien in diesen eingebracht werden und Grundlage für die prozessualen Behauptungen der Parteien bilden. In aller Regel sind die Parteien ferner von im Personenschadenrecht spezialisierten Anwälten vertreten, welchen bekannt ist, auf welche Punkte der Fokus zu legen ist und welche Elemente dem Gericht dargelegt werden müssen.

Es ist deshalb, vereinfacht gesagt, nach dem ersten oder spätestens zweiten Schriftenwechsel bzw. nach den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung meist klar, um was es geht. Entsprechend sollte es auch ohne weiteres möglich sein, dass das Gericht die notwendigen Beweise abnimmt bzw. die Gegenpartei den Gegenbeweis antreten kann.

Um in diesem Zusammenhang auf den einleitend geschilderten Fall zurück zu kommen: Das Gericht hätte ohne weiteres auch entscheiden können bzw., nach Ansicht des Autors, entscheiden müssen, dass die Behauptung, der Geschädigte sei während eines Zeitraums von sechs Jahren vollumfänglich arbeitsunfähig und habe deshalb im gesamten Zeitraum einen Erwerbsschaden erlitten, auch ein Beweisergebnis miteinschliesst, wonach eine (volle) Arbeitsunfähigkeit nur während eines Teils des besagten Zeitraums vorliegt. Dies umso mehr, wenn der Erwerbsschaden (auch) mit dem Verlust der Arbeitsstelle begründet wird. Ansonsten müsste jeder mögliche Sachverhalt, der zu einem potentiell geringeren Schaden als dem gemäss dem Standpunkt des Klägers vorliegenden Sachverhalt führt, in Eventualstandpunkten behauptet werden.<sup>9</sup> Es liegt auf der Hand, dass dies ein vernünftiges und ökonomisches Prozessieren nicht mehr erlauben würde.<sup>10</sup>

Ferner hätte das Gericht hier auch bezüglich des Zeitraums nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit Beweise zum Schaden abnehmen und diesen bestimmen bzw. mindestens schätzen<sup>11</sup> können, auch wenn der Kläger sich spezifisch zu dieser Konstellation nicht ge-

<sup>4</sup> Vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGE 127 III 365 E. 2b.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGE 4A\_178/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.3.3; BGE 4A\_7/2012 vom 3. April 2012 E. 2.3.1.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 123 III 183 E. 3e; BGE 108 II 337 E. 2 und 3.

<sup>7</sup> In diesem stehen sich der (etwa aus einem Verkehrsunfall oder einer ärztlichen Fehlbehandlung) Geschädigte und der Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherung gegenüber.

<sup>8</sup> Etwa polizeiliche Ermittlungsakten oder Akten aus dem Strafverfahren, welche sich zum Unfallhergang äussern, ärztliche Berichte und medizinische Gutachten sowie Lohnabrechnungen und Auszüge aus dem individuellen Konto, welchen die Verdienste vor und nach dem Unfall entnommen werden können.

<sup>9</sup> So müsste etwa auch explizit behauptet werden, wie hoch der Schaden ausfällt, wenn nur eine 70%ige oder 50%ige Arbeitsfähigkeit vorliegt oder wenn die Lohnentwicklung des Klägers nicht im behaupteten Ausmass stattgefunden hätte.

<sup>10</sup> In diesem Sinne auch das Bundesgericht in seinem Urteil BGE 4A\_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1, wo es ausführt: «Es dürfen jedoch keine Anforderungen an die Substanziierung gestellt werden, die zur Erreichung dieses Zweckes nicht erforderlich sind. Angesichts seiner dienenden Funktion darf das Prozessrecht nicht zu einem Selbstzweck werden. Die Substantiierungsanforderungen dürfen namentlich nicht zu einer (faktischen) übermässigen Einschränkung der Durchsetzung eines materiellen Anspruchs führen».

<sup>11</sup> Vgl. dazu II. D. unten.

äussert hatte.<sup>12</sup> So war klar, was er in den Jahren vor dem Unfall verdient hatte, und es wurde die Behauptung vorgebracht, dass der Kläger seinen Job während des Zeitraums und aufgrund der vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit verloren hatte, womit er auch zum Zeitpunkt der (freilich erst viele Jahre später rückwirkend attestierten) vollen Arbeitsfähigkeit kein Einkommen mehr erzielt hatte. Ferner lagen Behauptungen zu einer Konstellation mit einer Arbeitsfähigkeit von 75 % und damit zusammenhängenden Problemen bezüglich der Ausübung der Tätigkeit bzw. des beruflichen Wiedereinstiegs des Klägers und dessen Verdienstmöglichkeiten vor. Es hätten hier deshalb durchaus Grundlagen bestanden, um ein Beweisverfahren durchzuführen um in der Folge dann mindestens abzuschätzen, ob und ggf. wann der Kläger im Teilklagezeitraum den beruflichen Wiedereinstieg wieder geschafft hätte und was er dabei hätte verdienen können.

### B. Bei Unklarheiten: Ausübung der richterlichen Fragepflicht / Instruktionsverhandlung

Gemäss Art. 56 ZPO gibt das Gericht der Partei durch Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung, falls deren Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist. Art. 226 Abs. 1 und 2 ZPO sieht vor, dass das Gericht jederzeit Instruktionsverhandlungen durchführen kann, wobei diese der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhaltes, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung dienen bzw. dienen können.

Die richterliche Fragepflicht wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sehr restriktiv interpretiert. Insbesondere wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist<sup>13</sup>, scheint das Bundesgericht grundsätzlich keine Notwendigkeit zu sehen, dass das Gericht den Parteien durch Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung gibt. Im Zusammenhang mit der Substantiie-

rungslast hielt es in einem Entscheid etwa fest: «Der Beschwerdeführer wusste vielmehr um seine Substantiierungspflicht und es wäre ihm ohne Weiteres möglich und zuzumuten gewesen, dieser nachzukommen. Der Beschwerdeführer verkennt, dass es nicht Sache des Richters ist, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen. Dazu dient die richterliche Fragepflicht nicht.»<sup>14</sup> Immer wieder betont wird auch, dass die richterliche Fragepflicht nicht zu einer einseitigen Bevorzugung einer Partei bzw. zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung führen dürfe.<sup>15</sup>

Folglich ist die richterliche Fragepflicht im Zusammenhang mit zu wenig substantiierten Eingaben im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Ergebnis toter Buchstabe. Dies wiegt für die klägerische Partei, die meist mit Substantiierungsanforderungen zu kämpfen hat, umso schwerer, als es gleichzeitig, wie oben dargelegt, im (weiten) Ermessen des Gerichts liegt, wann eine Tatsachenbehauptung ausreichend substantiiert ist. Folglich kann sich die klägerische Partei bis zum Erhalt des Urteils denn auch nie sicher sein, ob das Gericht inhaltlich überhaupt entscheiden oder ob die Klage (gesamthaft oder bezüglich bestimmter Punkte) am Substantiierungserfordernis scheitern wird.

Am zweckmässigsten wäre es, wenn das Gericht, falls es nach Durchsicht von Klage und Klageantwort zum Schluss kommt, dass auf gewisse Themen noch detaillierter einzugehen ist, die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung vorlädt und auf die entsprechenden Punkte hinweist. Diese Praxis verfolgte das Handelsgericht des Kantons Zürich unter der früheren zürcherischen ZPO, indem es den Parteien anlässlich der Referentenaudienz formelle Substantiierungshinweise abgab, die auch protokolliert wurden.<sup>16</sup> Wurden die Hinweise von den Parteien beachtet, liefen sie – zumindest vor der ersten Instanz – nicht Gefahr, dass ihre Begehren mangels Substantiierung abgewiesen wurden. Die Praxis des Handelsgerichts wurde, soweit ersichtlich, auch vom Bundesgericht nicht beanstandet, wobei es damals noch keine eidgenössische Zivilprozessordnung gab, welche die richterliche Fragepflicht einheitlich normierte und damit auch eine Bestimmung des Bundesrechts schuf, welche vom Bundesgericht frei überprüfbar ist.<sup>17</sup> Es wäre nach Ansicht des Autors

<sup>12</sup> Darauf hinzuweisen ist, dass es ohnehin fraglich erscheint, ob den Kläger die Behauptungslast dafür trifft. Wenn der Kläger seinen Job wegen einer unfallbedingt aufgehobenen Arbeitsfähigkeit verliert und später wieder eine volle Arbeitsfähigkeit erlangt, wäre nach Ansicht des Autors die beklagte Partei gehalten gewesen, dem Kläger eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit (vgl. zur diesbezüglichen Beweislast BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3) vorzuwerfen und zu behaupten, dass er wieder in seinen Beruf hätte zurückkehren oder einen anderen Beruf ausüben und ein Einkommen erzielen können.

<sup>13</sup> Das Bundesgericht wörtlich in BGer 5A\_536/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 4.2.3: «Im Übrigen ist es weder willkürlich noch verstösst es gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn ein Gericht im Zusammenhang mit der Prozessleitung dem Umstand Rechnung trägt, dass eine Partei anwaltlich vertreten ist ... Niemand muss sich in einem Zivilprozess durch einen Anwalt vertreten lassen. Wer es trotzdem tut, profitiert von den damit verbundenen Vorteilen. Er trägt aber auch die Nachteile, die sich daraus ergeben, dass sein Anwalt ihn schlecht vertritt.»

<sup>14</sup> BGer 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.4.

<sup>15</sup> Vgl. BGer 4A\_444/2013 vom 5. Februar 2014 E. 6.3.3, mit weiteren Hinweisen; BGer 4A\_78/2014 vom 23. September 2014 E. 3.3.3.

<sup>16</sup> Diese Praxis wurde teilweise auch kritisch betrachtet, da sie (auch) zu einer Aufblähung der Prozesse beigetragen haben soll (vgl. ANDREAS HEINRICH MÜLLER, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, SJZ 110/2014, 377; OSKAR ROLAND SCHMID, Handelsgericht Zürich 1866–2016, Viertes Teil – Zum Verfahren des Zürcher Handelsgerichts / 10. Kapitel: Vergleichsverhandlungen vor dem Zürcher Handelsgericht, Zürich 2016, 242 f.).

<sup>17</sup> Vgl. Art. 95 lit. a BGG.

zu begrüssen, wenn die Gerichte diese grundsätzlich sinnvolle Praxis (wieder) etablieren könnten und das Bundesgericht diese auch tolerieren würde.

### C. Bei umstrittener Haftung oder Kausalität: Verfahrensthemabeschränkung

In vielen Gerichtsfällen streiten die Parteien primär um die Fragen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang (Quote) eine Haftung vorliegt sowie ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass die vom Kläger geltend gemachten Beschwerden auf den Unfall zurückzuführen sind. Das geltende Recht verpflichtet die Klägerin grundsätzlich, ihre Klage zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO) und entsprechend den von ihr erlittenen Schaden auch zu substantiieren.

Die Erfahrung zeigt, dass ein Schadenfall meist gütlich erledigt werden kann, wenn die oben genannten Grundsatzzfragen geklärt sind, da sich die Parteien betreffend Schadenhöhe nach entsprechenden Vergleichsgesprächen meist finden. Weiter ist bekannt, dass dem Kläger die Substantiierungslast bzw. die Anforderungen der Gerichte an die Substantiierung vor allem im Zusammenhang mit der Darlegung des erlittenen Schadens – der von der Gegenpartei, zumindest in der geltend gemachten Höhe, in einem Gerichtsprozess auch immer bestritten wird – zum Verhängnis werden kann. Entsprechend ufern die Rechtsschriften in diesem Punkt denn auch meist aus und generieren dadurch für die Parteien und das Gericht einen (unnötig) hohen zusätzlichen Aufwand.

Nach Art. 125 lit. a ZPO kann das Gericht das Verfahren zwecks Vereinfachung auf einzelne Fragen oder auf einzelne Rechtsbegehren beschränken. Ist eine Grundsatzfrage wie die Haftung oder Kausalität strittig, ist es im Lichte der obigen Ausführungen sinnvoll, dass das Gericht das Verfahren auf diese Themenkreise beschränkt.<sup>18</sup> Das Problem besteht für den Kläger jedoch darin, dass er sich nicht damit begnügen kann, sich in der Klage nur zu den Grundsatzfragen zu äussern (etwa ausschliesslich zur Haftung) und gleichzeitig eine Verfahrensthemabeschränkung zu beantragen, weil er nicht weiss, wie das Gericht bezüglich dieses Antrags entscheiden wird.

Zweckmässig und prozessökonomisch am sinnvollsten wäre es wohl in solchen Fällen, wenn sich der Kläger in der Klage im Wesentlichen auf die umstrittenen Grundsatzfragen fokussiert, sich nur summarisch zu den übrigen Themenkreisen der Klage äussert und gleich in der Klage eine Beschränkung des Verfahrens beantragt. Der Kläger legt damit sein Klagefundament im Grundsatz bereits umfassend dar, womit er seiner

(initialen) Behauptungslast nachkommt.<sup>19</sup> Ferner kennen Gericht und Gegenpartei sämtliche Standpunkte des Klägers, um über den Verfahrensantrag abschliessend entscheiden bzw. sich dazu äussern zu können. Es ist zu wünschen, dass die Gerichte solchen Anträgen grundsätzlich entsprechen, um das Verfahren schlank zu halten, schneller zu einem Ergebnis zu kommen und dem Kläger die Angst zu nehmen, dass er an der formellen Substantiierungshürde scheitert, wenn er sich nicht im Detail und in zahlreichen Eventualstandpunkten zu verschiedenen möglichen Sachverhaltselementen äussert.

### D. Wenn um die Höhe des Schadens gestritten wird: Extensivere Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR

Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Ein klassischer Anwendungsfall ist die Schätzung des künftigen Schadens, vor allem des Personenschadens.<sup>20</sup> Die Bestimmung ist jedoch auch auf den bereits eingetretenen, jedoch schwer beweisbaren Schaden anwendbar<sup>21</sup>, was in Personenschadenfällen – insbesondere betreffend Erwerbsschaden – ebenfalls meistens der Fall ist, beginnt der hypothetische Verlauf ohne den Unfall, den es – oft Jahre später – (rückwirkend) zu beurteilen gilt, doch bereits ab dem Unfallzeitpunkt und nicht erst am Rechnungstag.

Wie bei der richterlichen Fragepflicht ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedoch auch hier streng. So ist der Kläger gemäss der Praxis des Bundesgerichts gehalten, alle Angaben zu liefern, welche für die Schätzung notwendig sind, ansonsten er sich nicht auf Art. 42 Abs. 2 OR berufen kann. Ein Blick in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt<sup>22</sup>, dass eine Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR kaum je zugelassen wird, da gemäss Bundesgericht der Schaden entweder jeweils hätte exakt beziffert werden können oder zu wenig Angaben geliefert worden seien, welche eine Schadensschätzung ermöglichen.

Die besagte strenge Praxis gipfelte in BGer 4A\_6/2019, als das Bundesgericht festhielt, dass auch der Ersatz der künftigen Pflege- und Betreuungskosten eines querschnittgelähmten Geschädigten, die gemäss medizinischen Experten in Zukunft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anfallen werden, einer Schätzung gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR nicht zugänglich sei.

<sup>19</sup> Vgl. II. A. oben.

<sup>20</sup> Vgl. ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. A., Bern 2021, Art. 42 N 61a.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 114 II 253 E. 2a; BK OR-BREHM, Art. 42 N 49.

<sup>22</sup> Vgl. die Übersicht bei BK OR-BREHM, Art. 42 N 50a ff.

<sup>18</sup> Dies wird nach der Erfahrung des Autors in Personenschadenfällen von den Gerichten teilweise auch so gehandhabt.

Das Bundesgericht dazu wörtlich<sup>23</sup>: «Insofern ist die allgemeine Erfahrungstatsache, dass das Risiko der Pflegebedürftigkeit mit zunehmendem Alter zunimmt, auch für die hypothetische Situation der Beschwerdegegnerin ohne Unfall zutreffend. Denn auch ohne Unfall wird eine Person nach allgemeiner Erfahrung im Erlebensfall zu irgendeinem Zeitpunkt im Alter pflegebedürftig. Wenn – wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich feststellt – weder allgemeine Erfahrungswerte verfügbar sind zur Bestimmung, in welchem Alter im Allgemeinen querschnittgelähmte Personen in welchem Ausmass der Pflege bedürfen und auch für die konkrete Situation der Beschwerdegegnerin keine Prognose zum Pflegebedarf gestellt werden kann, so fehlt jede Grundlage für eine Schadensschätzung».

Es liegt auf der Hand, dass diese Praxis es den Geschädigten im Streitfall verunmöglicht, den Schaden umfassend gerichtlich geltend zu machen. Das Risiko, dass die Klägerin insgesamt oder bezüglich gewisser Schadenspositionen unterliegt, ist schlicht zu gross. Es ist nicht ersichtlich, weshalb in Personenschadenfällen, in welchen der (medizinische und berufliche) Verlauf ohne den Unfall sachlogisch nie exakt bestimmt werden kann, Art. 42 Abs. 2 OR (ebenfalls) derart restriktiv angewandt wird, dass von der klagenden Partei im Ergebnis dann doch wieder verlangt wird, den vollen Beweis zu erbringen. Dies ist umso stossender, als es der Schädiger war, der die geschädigte Partei überhaupt erst in eine Situation gebracht hat, dass diese etwa ihrem Beruf nicht mehr nachgehen kann und entsprechende Einbussen erleidet und / oder pflegebedürftig geworden ist. Logischer und wünschenswert wäre es vor diesem Hintergrund, wenn die Gerichte die Beweishürden für die geschädigte Partei nicht allzu hoch ansetzen und jeweils versuchen, gestützt auf die (meist zahlreich) vorhandenen Unterlagen und Informationen eine für alle Parteien möglichst faire Berechnung bzw. Schätzung des Schadens vornehmen. In diesem Zusammenhang sei auf MARK SCHWEIZER verwiesen, der zutreffend Folgendes festhält: «Bei einem Beweismass von gerade über 50% Überzeugung irrt sich das Gericht auf lange Sicht im gleichen Mass zu Gunsten des Geschädigten wie des Haftpflichtigen, was das materielle Recht – unter Bedingungen der Unsicherheit – am besten durchsetzt».<sup>24</sup>

Schliesslich schafft die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein weiteres Problem für die geschädigte Person: Diese wird dadurch gezwungen, jeweils eine Teil-

klage zu erheben und dabei auf eine Schadensposition einzugehen, die relativ «substantiierungssicher» ist (etwa die Genugtuung). Gleichzeitig soll es der Gegenpartei aber praktisch ausnahmslos möglich sein, eine negative Feststellungswiderklage zu erheben, womit die Ausgangslage wieder die gleiche ist und auch der Behelf der Teilklage der klagenden Partei nichts nützt. Darauf wird im letzten Kapitel noch kurz eingegangen.

#### E. Und zum Schluss: Zulassung der Feststellungsklage anstatt der negativen Feststellungs(wider-)klage

Wie einleitend dargelegt wurde<sup>25</sup>, sind in Personenschadenfällen oft bestimmte Aspekte umstritten und es findet sich meist eine gütliche Lösung hinsichtlich des Gesamtschadens, wenn die strittigen Punkte geklärt sind. Aktuell kann die geschädigte Person eine Klärung dieser Punkte, ohne dass sie den Gesamtschaden substantiieren muss, grundsätzlich nur erreichen, indem sie eine Teilklage erhebt.<sup>26</sup>

Gemäss der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>27</sup> kann nun aber die Gegenpartei in nahezu sämtlichen Fällen<sup>28</sup> eine negative Feststellungswiderklage erheben und so den Prozess wiederum auf sämtliche Schadenspositionen ausweiten. Neben dem hohen Kostenrisiko kann sich die klagende Partei in der Folge insbesondere auch mit dem Problem konfrontiert sehen, dass gegebenenfalls Schadenspositionen Teil des Prozesses werden, welche gar noch nicht liquid sind und entsprechend nicht vollumfänglich eingebracht werden können, weil etwa noch kein stabiler Gesundheitszustand vorliegt. Diese Konstellation wurde jedoch, soweit ersichtlich, höchstrichterlich noch nicht abschliessend beurteilt.<sup>29</sup> Sollte auch in diesen Fällen eine negative Feststellungswiderklage zulässig sein und wird BGer 4A\_6/2019 in Erinnerung gerufen<sup>30</sup>, könnte die geschädigte Person im Ergebnis die An-

<sup>25</sup> Vgl. II. C. oben.

<sup>26</sup> Eine zusätzliche Möglichkeit ist in gewissen Fällen die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO. Diese dient in Personenschadenfällen insbesondere der Klärung der medizinischen Situation und Kausalität, indem im Rahmen des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung ein entsprechendes Gutachten beantragt wird (vgl. zum Ganzen PATRICK WAGNER / RAINER DEECKE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, *Anwaltsrevue* 2015, 269 ff.; PATRICK WAGNER/THIBAUT MEYER: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO – Ein Update, *Anwaltsrevue* 2020, 423 ff.).

<sup>27</sup> Es wurden in diesem Zusammenhang in den letzten Jahren verschiedene Leiterteile gefällt, vgl. BGE 143 III 506; BGE 145 III 299, bestätigt in BGE 147 III 172; BGer 4A\_395/2021 vom 7. Oktober 2021.

<sup>28</sup> Weder wird die gleiche Verfahrensart vorausgesetzt (vgl. BGE 143 III 506) noch muss die beklagte Partei in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt sein (vgl. BGer 4A\_395/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2), um eine negative Feststellungsklage erheben zu können.

<sup>29</sup> Vgl. dazu BGer 4A\_395/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2.

<sup>30</sup> Vgl. II. D. oben.

<sup>23</sup> BGer 4A\_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.4.

<sup>24</sup> MARK SCHWEIZER, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, in: Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, 175.

sprüche, welche noch nicht liquid sind, gar nicht mehr durchsetzen.

Anstatt sich in der Debatte zu verlieren, wie man die Teilklage- und Widerklageproblematik in den Griff bekommt, sollte eher diskutiert werden, wie das Problem grundsätzlich gelöst werden könnte. Dabei bestünde aus Sicht des Autors eine Lösung darin, der klagenden Partei (gesetzlich) das Recht einzuräumen, alternativ zur Leistungsklage eine Feststellungsklage zu erheben, wenn zwischen den Parteien grundsätzliche Aspekte strittig sind, die zu einer vollumfänglichen Abweisung der Klage führen, wenn sie zu Ungunsten der klagenden Partei entschieden werden. Unter der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte eine Feststellungsklage kaum je zugelassen werden, da diese nur zulässig ist, wenn u.a. keine Leistungsklage erhoben werden kann.<sup>31</sup>

Es erscheint in vielen Fällen zweckmässig ein Begehren auf Feststellung zuzulassen, damit man rascher und kostengünstiger – auf ausufernde Rechtschriften zur Schaden- und/oder Genugtuungshöhe könnte von vornherein verzichtet werden – zu einem Urteil kommt, das in der Folge eine Gesamtschadenerledigung ermöglicht. So könnte etwa begehrt werden, es sei festzustellen, dass die Gegenpartei im Zusammenhang mit einem Bauunfall oder einer ärztlichen Behandlung eine grundsätzliche Haftung trifft, falls die Gegenpartei dies bereits vorprozessual in Abrede gestellt hat. Das Gleiche wird freilich grundsätzlich auch über eine Verfahrensthemabeschränkung erreicht<sup>32</sup>, doch besteht diesbezüglich kein (gesetzlicher) Anspruch und folglich weiss die klagende Partei zu Beginn des Prozesses auch nicht, ob einem entsprechenden Antrag gefolgt würde.

Leider wird auch im Rahmen der aktuellen ZPO-Revision der Fokus auf die Teil- und Widerklagethematik gelegt<sup>33</sup> anstatt die Problematik in grundsätzlicher Hinsicht anzupacken.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 135 III 378 E. 2.2; BGE 123 III 414 E. 7b; BGE 120 II 20 E. 3a. Man müsste insbesondere im Lichte des erläuterten BGer 4A\_6/2019 eigentlich zum Schluss kommen, dass, zumindest hinsichtlich des künftigen Schadens, eine Leistungsklage aufgrund der aktuellen Substantiierungsanforderungen bzw. der restriktiven Handhabung von Art. 42 Abs. 2 OR gar nicht erhoben werden kann (in BGE 99 II 174 hat das Bundesgericht angedeutet, dass eine Feststellungsklage in einer solchen Konstellation grundsätzlich zulässig wäre). Wohl dürfen die Geschädigten aber nicht darauf hoffen, dass sich das Bundesgericht dieser Schlussfolgerung anschliessen würde, und, falls doch, dürfte die Feststellungsklage am weiteren Erfordernis scheitern, dass für den Geschädigten eine Ungewissheit bestehen muss, die ihm nicht mehr zugemutet werden kann, weil sie ihn in seinen Entschlüssen behindert (vgl. etwa BGE 110 II 357 E. 2).

<sup>32</sup> Vgl. II. C. oben.

<sup>33</sup> Vgl. BBI 2020, 2759 f. sowie die parlamentarischen Beratungen zum Geschäft 20.026, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200026>, (Abruf 21.3.2023).

### III. Fazit

Die Gerichte sind mit der klagenden Partei sehr streng, wenn es darum geht, wie detailliert diese ihre Ansprüche zu substantiieren hat. Sie muss in jedem Prozess damit rechnen, dass ihre Klage oder ein Teil derselben mangels ausreichend substantiierter Behauptungen abgewiesen wird. Dies lässt wohl den Puls eines jeden Geschädigtenvertreters (beim Autor dieses Beitrags ist es allemal so) entsprechend in die Höhe schnellen, insbesondere wenn sich die Replikfrist, innerhalb derer letztmals alles vorgebracht werden kann, langsam dem Ende neigt.

Bereits das geltende Recht böte den Gerichten ohne weiteres die Handhabe, vernünftig mit der Substantiierungsthematik umzugehen. Leider hat sich teilweise eine für die geschädigten Personen strenge bundesgerichtliche Praxis etabliert, die es ihr in bestimmten Fällen (etwa beim zukünftigen Pflegeschaden) im Ergebnis faktisch sogar verunmöglicht, ihren Schaden überhaupt ausreichend darzulegen. Es ist an sämtliche Gerichte zu appellieren, hier künftig einen Massstab anzuwenden, der den Geschädigten ein faires Prozessieren ermöglicht. Nie vergessen werden darf in diesem Zusammenhang, dass die geschädigte Person nur deshalb überhaupt Schadenersatzansprüche stellen muss, weil sie vormals geschädigt worden war, und ihr dieser Umstand am Ende sicher nicht zum Nachteil gereichen darf.

## Der (unmögliche) Beweis des zukünftigen Schadens – Eine Hilfestellung, das Unmögliche möglich zu machen

Ignacio Moreno\*

### I. Einleitung – Das Leben hat kein Drehbuch

«Das Leben hat kein Drehbuch». Mit dieser Aussage eröffnete FRÉDÉRIC KRAUSKOPF das diesjährige HAVE Personen-Schaden-Forum.<sup>1</sup>

\* Teamleiter Haftpflicht-/Personenschaden, Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG, St.Gallen, Redaktionsmitglied der Zeitschrift HAVE. Der Autor äusserst seine persönliche Meinung und bindet seinen Arbeitgeber nicht.

<sup>1</sup> 22. HAVE Personen-Schaden-Forum 2023, 13.01.2023, Zürich.