

6.2.3 Beweislast bei möglicher Teilschadenskausalität

- 211 Noch nicht vom Bundesgericht entschieden ist meines Wissens die Beweislastfrage für die Fälle, in denen die Ursächlichkeit eines oder mehrerer Schadensbeiträge an sich erstellt und damit ein Haftungsgrund gegeben ist, sich aber nicht beurteilen lässt, ob der Kausalbeitrag sich auf den gesamten Schaden oder nur einen Teil davon erstreckt (sog. Anteilszweifel). Sofern sich die Beteiligten nicht über Art. 50 Abs. 1 OR zusammenfassen lassen,⁴¹⁹ gilt es zu unterscheiden:

a) Bei unmöglicher Ganzschadenskausalität

- 212 Steht nebst dem Haftungsgrund auch fest, dass der in Frage stehende Umstand unmöglich den gesamten Schaden verursacht haben kann (Fälle sicherer Teilschadenskausalität mit Anteilszweifeln im Quantitativ),⁴²⁰ kommt eine Umkehr der Beweislast nicht in Frage.⁴²¹ Denn im zu erwartenden Fall, dass der Schädiger am Nachweis seines Schadensanteils scheitert, müsste auf eine Vollhaftung erkannt werden, was aber dem Grundsatz zuwiderläuft, dass niemand für mehr haften kann, als er tatsächlich verursacht hat.⁴²² Aus demselben Grund erscheint mir auch eine einseitige Beweislast des Geschädigten problematisch, denn er riskiert – trotz erstelltem Haftungsgrund –, im Ergebnis leer auszugehen.

⁴¹⁹ Dazu vorne, II. Teil, Ziff. 3.6 und 4.2.

⁴²⁰ Vergl. etwa die Beispiele Nr. 49 (*Grundwasserspiegel zum Ersten*) und Nr. 68 (*Zwei Autos, zwei Diebe*) sowie BGHZ 66, S. 70 ff. = NJW 1976, S. 797 ff.

⁴²¹ So aber faktisch der BGH im Entscheid VI ZR 187/13 vom 20. Mai 2014 = MedR 2015, S. 111 ff. (mit Besprechung durch SEIBL, S. 114 ff.), E. II 2. lit. a und b (Rz. 25 ff.). Er auferlegte in einem Fall, in welchem eine pränatale schicksalshafte Hirnblutung mit einer Sorgfaltswidrigkeit bei der Nachversorgung zusammentraf, die Beweislast für den konkreten, auf die Pflichtwidrigkeit zurückzuführenden Schadensanteil den Schädigern und verlangte hierfür notabene das Beweismass der praktischen Sicherheit. Aufgrund der Ausführungen der medizinischen Sachverständigen, wonach mindestens 80% der gesundheitlichen Schädigung bereits aufgrund der schicksalhaften Hirnblutung eingetreten seien und sich auch bei pflichtgemässer Nachversorgung nicht hätten vermeiden lassen, gelang den Beklagten dieser Beweis. Wäre ihnen dieser Nachweis jedoch nicht geglückt, so hätten sie für den gesamten Schaden einzustehen gehabt (Rz. 25), obschon erstellt war, dass die Hirnblutung im Zeitpunkt der Pflichtwidrigkeit bereits einen gewissen irreparablen Gesundheitsschaden angerichtet gehabt haben musste. In die gleiche Richtung geht ein Teil der US-amerikanischen Rechtsprechung, die im Anschluss an den Entscheid des Colorado Supreme Court i. S. *Newbury v. Vogel*, 379 P.2d 811, 813 (Colo. 1963), den Schädiger, der nachweislich nur einen Teil des Schadens verursacht hat, für den gesamten Schaden einstehen lässt, sofern er nicht beweisen kann, welchen Teilschaden er verursacht hat; vergl. *Maurer v. United States*, 668 F.2d 98, 100 (2d Cir. 1981). Beide Ergebnisse können schon deshalb nicht befriedigen, weil man damit den Schädiger für mehr haften liesse, als er tatsächlich verursacht haben kann. Bei zeitlich gestaffelten Schadensereignissen, in die auch ein Schädiger involviert ist, den kein Verschulden trifft, läuft diese Rechtsprechung zudem auf eine Überentschädigung des Geschädigten hinaus, indem ihm der auf seine Risikosphäre entfallende (sichere, aber nicht quantifizierbare) Schadensanteil abgenommen wird.

⁴²² So bereits FELLMANN, HAVE 2002, S. 117; GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 116; QUENTIN, S. 186 ff.; RÖCKRATH, Kausalität, S. 158 f.; STEEL, S. 152; WEBER, HAVE 2010, S. 119. Die US-amerikanische Rechtsprechung nimmt dieses Ergebnis seit dem Fall *Maddux v. Donaldson*, 108 N.W.2d 33 (Mich. 1961) billigend hin. In jenem Fall wurde der Geschädigte innert 30 Sekunden in zwei Unfälle verwickelt, die jeder für sich nur einen Teil des Schadens verursacht haben konnten, ohne dass sich aber die beiden Teilschäden gegeneinander abgrenzen liessen. Dennoch erkannte der Michigan Supreme Court auf die solidarische Haftung beider Unfallverursacher für den gesamten Schaden; vergl. dazu ROBERTSON, Wake Forest Law Review 2009, S. 1015 ff., mit Hinweisen.

Als einzig gangbarer Weg bleibt daher nur eine Schadensanteilsschätzung in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, wobei beide Parteien jeweils die Beweislast für diejenigen Tatsachen und Umstände tragen, welche die Schätzung in die von ihnen beantragte Richtung weisen;⁴²³ der Geschädigte somit die Beweislast für die auf eine Anteilsvergrößerung hindeutenden Umstände, der Schädiger für die anteilmindernden. Ergibt sich auch dann (ausnahmsweise) ein offenes Beweisergebnis resp. fehlt es an den erforderlichen Parametern, um eine Schätzung mit der von Art. 42 Abs. 2 OR geforderten richterlichen Überzeugung vorzunehmen,⁴²⁴ bleibt nichts anderes als eine anteilmässige Haftung nach Köpfen.⁴²⁵ Denn nachweislich hat keiner der Schädiger den Schaden als Ganzes verursacht und so lange es an Anhaltspunkten fehlt, dass auch ein Umstand aus der Risikosphäre des Geschädigten zur Schadensentstehung beigetragen hat, findet die Schadenstragung ausschliesslich unter den Schädigern statt. Ergeben sich jedoch im Zuge der Beweisabnahme greifbare Anhaltspunkte für den jeweiligen Schadensanteil, ist die Haftungsquote entsprechend festzusetzen. Deshalb hat etwa derjenige, der 50% zum Überlaufwasser beigetragen hat, welches das Nachbargrundstück überschwemmte, die Hälfte des Gesamtschadens zu übernehmen, seine beiden Mitschädiger, die je 25% beigesteuert haben, entsprechend je einen Viertel des Gesamtschadens.⁴²⁶

Eine auch prozessual eigentümliche Situation kann sich im Beispiel des zunächst angefahrenen und dann vom nachfolgenden Pkw überrollten Fussgängers ergeben (II. Teil, Ziff. 6.1 in fine). Geht der Geschädigte gegen beide Halter resp. Haftpflichtversicherer gleichzeitig vor, so sieht er sich im Prozess vom Zweitschädiger unterstützt, soweit es um die Ermittlung und die Festsetzung desjenigen Teils des Schadens geht, der auf den Erstunfall zurückzuführen ist. Dagegen darf er auf die Hilfe des Erstschädigers bauen, wenn es um die Bestimmung des Restschadens geht, für den zwar beide Unfälle kausal sind, der aber erfahrungsgemäss überwiegend dem Zweitschädiger zuzurechnen sein wird.⁴²⁷ An den grundsätzlichen beweisrechtlichen Schwierigkeiten des Geschädigten ändert dies freilich nichts. Zweckmässigerweise wird man in diesen Fällen zuerst den Gesamtschaden ermitteln; die Beweislast dafür trägt uneingeschränkt der Geschädigte, denn bezüglich des gesamten Schadens sind keine besonderen Beweisschwierigkeiten

⁴²³ Eher skeptisch gegenüber einer Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR ist WEBER, HAVE 2010, S. 120, der allerdings nicht die hier angesprochene Konstellation vor Augen gehabt haben dürfte.

⁴²⁴ Diese Situation könnte sich im Beispiel Nr. 68, insbesondere aber bei den *Plünderer-Fällen* einstellen.

⁴²⁵ So auch GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 116. RÖCKRATH, Kausalität, S. 158, und WECKERLE, S. 159 ff., wollen dagegen bei offener Beweislage in analoger Anwendung von § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB auf eine solidarische Haftung für den unaufgeklärten Teil erkennen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist hierfür jedoch eine generelle Eignung, den ganzen Schaden herbeizuführen, für jeden Beitrag verlangt, woran es bei der hier besprochenen Fallgruppe gerade fehlt; Urteil des BGH vom 11. Januar 1994 – VI ZR 41/93 = NJW 1994, S. 932 ff., E. II. 2. a); so auch QUENTIN, S. 186 ff. Das hinderte den BGH jedoch nicht, in einem anderen Fall, in welchem eine Ganzschadenskausalität ausgeschlossen war, auf eine solidarische Haftung der beiden Schädiger zu erkennen, da sich keine Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung ergeben hatten; vergl. BGHZ 66, 70 ff. = NJW 1976, S. 797 ff., E. III. 2.

⁴²⁶ Beispiel nach ROGERS, in: Rogers (Hrsg.), S. 281. Zu einer solidarischen Haftung kommt es nur dann, wenn die Verursachungsbeiträge in Bezug auf das Schadensquantitativ ohne Relevanz sind. So macht es für den Geschädigten offensichtlich keinen Unterschied, ob sein Grundstück einen, zwei oder fünf Meter unter Wasser steht; in allen Fällen ist sein Grundstück als Ganzes unbenutzbar.

⁴²⁷ Die gleiche Situation ergibt sich auch, wenn der Fussgänger bspw. nur den Erstschädiger ins Recht fasst, dieser aber daraufhin dem Zweitschädiger gestützt auf Art. 78 ZPO den Streit verkündet.

erkennbar.⁴²⁸ Bei der anschliessenden Ermittlung des Teilschadens, der allein auf den ersten Unfall zurückzuführen und deshalb vom Gesamtschaden abzuziehen ist, wird man sinngemäss nach den obigen Ausführungen vorgehen können. Es haben entsprechend der Geschädigte und der Zweitschädiger diejenigen Umstände ins Feld zu führen, die für eine Vergrösserung dieses Teilschadens sprechen, und der Erstschädiger diejenigen, die auf einen kleineren Teilschaden schliessen lassen. Eine offene Beweislage in dem Sinne, dass sich keinerlei Anhaltspunkte für eine Anteilsschätzung ergeben, dürfte kaum vorkommen. Entsprechend sollten aber regelmässig die Voraussetzungen für eine Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR gegeben sein, wenngleich die Schätzung kaum je verlässlich sein wird.

b) Bei möglicher Ganzschadenskausalität

- 215 In den Fällen, in denen es möglich erscheint, dass jeder der in Frage stehenden Umstände den gesamten Schaden verursacht haben könnte (Fälle unsicherer, aber möglicher Ganz- oder Teilschadenskausalität), so spricht a maiore minus nichts gegen eine Beweislastumkehr.⁴²⁹ Wenn die Schädiger – wie von einem Teil der Lehre vertreten – im Falle alternativer Kausalität dem Geschädigten die Beweislast abzunehmen haben, so rechtfertigt sich dies umso mehr, wenn erstellt ist, dass jeder von ihnen mit Sicherheit, wenn auch in ungewissem Ausmass, für einen Teil des Schadens verantwortlich ist. Im Falle der Beweislosigkeit haften alsdann sämtliche Schädiger für den ganzen Schaden in Anspruchskonkurrenz und die Schadensteilung wird ins Innenverhältnis verlagert. Lässt sich nur für einen Schädiger ein Schadensanteil feststellen, beschränkt sich die unechte Solidarität für die übrigen Schädiger auf den Rest.⁴³⁰

c) Bei Konkurrenz mit Umständen aus der Risikosphäre des Geschädigten

- 216 Ist dagegen unter den fraglichen Verursachungsbeiträgen auch einer, der erstelltermassen der Risikosphäre des Geschädigten zuzurechnen ist, so kommt eine Beweislastumkehr aus denselben Gründen nicht in Frage, die bereits im II. Teil, Ziff. 3.6 (alternative Kausalität in Konkurrenz mit möglichen Ursachen aus der Risikosphäre des Geschädigten), ausgeführt wurden.⁴³¹ Meines Erachtens hat auch hier in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR eine Schätzung der jeweiligen Anteile zu erfolgen, wobei getreu dem Grundsatz, dass jeder die für seine Rechtsposition günstigen Tatsachen und Umstände zu beweisen hat, dem Geschädigten der Nachweis der seinen eigenen Anteil mindernden und der den Anteil der Schädiger erhöhenden Umstände zu beweisen hat und vice versa. Resultiert auch hier (ausnahmsweise) ein offenes Beweisergebnis, so hat eine Schadensteilung gemäss lit. a) hievon zu erfolgen.⁴³² Denn hier wie dort ist ausgeschlossen,

⁴²⁸ Je nach Art der erlittenen Verletzungen wird der Geschädigte zu beweisen haben, dass und in welchem Umfang er aufgrund der beiden Unfälle bspw. in seiner Erwerbsfähigkeit eingeschränkt ist und welcher finanzielle Nachteil ihm dadurch entsteht.

⁴²⁹ So explizit auch WEBER, HAVE 2010, S. 120 f.; gl.M. wohl ROBERTO, Haftpflichtrecht, S. 50 f., Rz. 173.

⁴³⁰ Vergl. dazu auch unten, V. Teil, Ziff. 3.2 (Art. 42d Abs. 4 OR).

⁴³¹ WEBER, HAVE 2010, S. 122.

⁴³² So auch WEBER, HAVE 2010, S. 122.

dass der gesamte Schaden auf die Verursachungsbeiträge der Schädiger zurückzuführen ist, weshalb sich eine anteilmässige Mittragung des Schadens durch den Geschädigten rechtfertigt.⁴³³

Die genannten Grundsätze finden sinngemäss auch Anwendung, wenn sich ausnahmsweise sämtliche Ursachen für die möglichen Teilschäden in einer Person vereinigen. Zu denken ist an den in der orthopädischen Chirurgie gelegentlich vorkommenden Fall, dass ein erster Eingriff nicht wunschgemäss verläuft oder ausheilt und eine oder mehrere Revisionsoperationen erforderlich macht. Wegen der raschen zeitlichen Abfolge dieser Eingriffe lässt sich im Nachhinein meist nicht mehr schlüssig feststellen, welcher Teil der zum Schluss beklagten Funktionsbeeinträchtigung auf die Sorgfaltswidrigkeit des Arztes und welcher Teil auf die Konstitution des Patienten resp. den schicksalsgemässen Heilungsverlauf zurückzuführen ist. Diese Problematik erlangt insbesondere dann Bedeutung, wenn dem Arzt in einer der Revisionsoperationen ein Sorgfaltsfehler unterläuft, der nachweislich zu einem (quantitativ ungeklärten) Teil der Funktionsbeeinträchtigung führt, während der restliche Funktionsausfall der Risikosphäre des Patienten zuzurechnen ist.⁴³⁴ Man wird auch hier um eine Schätzung der Schadensanteile mit der vorstehend besprochenen Beweislastverteilung nicht herumkommen. 217

6.2.4 Beweislast bei der Unterlassungskausalität

Wie bei Handlungen hat der Geschädigte auch bei Unterlassungen zunächst zu beweisen, auf welche wirksam gewordene Kausalkette der erlittene Schaden zurückzuführen ist. Im Unterschied aber zur Kausalität bei Handlungen verlagert sich hier nach h.L. und Rechtsprechung die Beweislast hinsichtlich der Vermeidbarkeit des Schadens auf den Geschädigten: Er hat zu beweisen, dass sich bei Vornahme der gebotenen Handlung der Schaden hätte vermeiden lassen (und nicht der Schädiger hat den Beweis anzutreten, dass der Schaden auch bei rechtmässigen Verhalten unvermeidbar gewesen wäre).⁴³⁵ 218

Da sich dieser Beweis in vielen Fällen nur sehr schwer führen lässt, zumal sich über die hypothetische Entwicklung einer Kausalkette im nicht determinierten Bereich füglich streiten lässt,⁴³⁶ steht und fällt die Durchsetzung des Anspruchs oft mit der Qualifikation als Tun oder Unterlassen.⁴³⁷ Ich habe an anderer Stelle darzulegen versucht, dass sich diese Abgrenzung weiterhin als höchst problematisch erweist und trotz mittlerweile 219

⁴³³ GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 119 ff.; QUENTIN, S. 278.

⁴³⁴ Unterläuft dem Arzt dagegen bereits bei der ersten Operation ein Fehler, so bleiben Komplikationen, die sich während den kunstgerecht ausgeführten Revisionsoperationen einstellen und auf Risikofaktoren aus der Sphäre des Patienten zurückzuführen sind, in aller Regel zurechenbar.

⁴³⁵ BGE 124 III 155, E. 3d); BGE 4A_588/2011 vom 03. Mai 2012, E. 2.2.2; FELLMANN/KOTTMANN, S. 147, Rz. 414; HANAU, S. 140 ff.; KOZIOL, Beweis, S. 87 ff.; WALTER, Beweiswürdigung, S. 195.

⁴³⁶ Stellvertretend BERNERKOMM-BREHM, Art. 41 OR, N. 119.

⁴³⁷ Das wird besonders augenfällig bei Motivationszusammenhängen: Das Bundesgericht sieht in fehlerhaften Angaben im Emissionsprospekt resp. in Werbeunterlagen regelmässig das Unterlassen der richtigen Angabe und auferlegt den Beweis, dass eine bestimmte Form der Kapitalanlage bei gehöriger Information unterblieben wäre, folgerichtig dem Geschädigten. Exemplarisch BGE 4A_403/2016 vom 18. April 2017: In