
Das Beweismass im UN-Kaufrecht (CISG)*

Thomas Koller

Marc André Mauerohofer

I. Einleitung

In den letzten Jahren hat die Akzeptanz des Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge (CISG bzw. UN-Kaufrecht oder Wiener Kaufrecht) stetig zugenommen. Wurde es zunächst noch häufig wegbedungen, haben Vertragsredaktoren in der Zwischenzeit die Vorzüge eines vereinheitlichten Kaufrechts erkannt. Grund für das gewachsene allgemeine Verständnis für das Übereinkommen sowie die damit einhergehende Rechtssicherheit ist u.a. die hohe Verfügbarkeit von Literatur und Rechtsprechung. Dazu hat die Jubilarin entscheidend beigetragen: Dies einerseits durch unzählige gewichtige Publikationen auf dem Gebiet des CISG, in deren Zentrum der von ihr herausgegebene Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht steht,¹ andererseits – und nicht minder wichtig – durch die an ihrem Lehrstuhl betreute Datenbank CISG-online, welche einen einfachen Zugriff auf rund um den Globus ergangene Urteile zum CISG erlaubt.² Es liegt daher nahe, dass wir die Jubilarin zu ihrem 60. Geburtstag mit einem Beitrag zum Wiener Kaufrecht ehren wollen. Dabei gehen wir der Frage nach, ob sich das Beweismass nach dem CISG oder nach nationalem Recht beurteilt.

II. Fragestellung

1. Beweisthematik im CISG

In einem Gerichtsverfahren über einen internationalen Warenkauf können rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen zu den verschiedensten Tatbestandselementen strittig sein. Zu denken ist etwa an Tatsachen in Bezug auf die Schadens-

* Das Manuskript wurde Mitte Juli 2010 abgeschlossen.

1 Zuletzt erschienen in deutscher Sprache 2008 und in englischer Sprache 2010: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München/Basel 2008; SCHWENZER (Hrsg.), Schlechtriem & Schwenzler, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. Aufl., Oxford 2010.

2 www.cisg-online.ch; die Datenbank wurde 1995 am Lehrstuhl von PETER SCHLECHTRIEM an der Albert-Ludwigs Universität erstellt und wird seit 2002 am Lehrstuhl von INGEBORG SCHWENZER stetig ausgebaut.

höhe (insbesondere hinsichtlich des entgangenen Gewinns), den Kausalzusammenhang, die Vertragsverletzung, den Qualitätsmassstab nach Art. 35 CISG, die rechtzeitige Rüge nach Art. 39 CISG, die Bösgläubigkeit des Verkäufers nach Art. 40 CISG oder den Gefahrübergang.³ Für solche Beweisthemen ist zu klären, wer die Beweislast trägt, welche Regeln die Art und Weise der Beweisführung sowie der Beweiswürdigung vorschreiben und welche Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob sich die Beweisthematik nach nationalem Recht oder nach vereinheitlichtem Kaufrecht richtet. Für die Beweislast (sogleich 2.) sowie die Beweisführung und Beweiswürdigung (hinten 3.) ist diese Frage geklärt, nicht jedoch für das Beweismass (hinten 4.).

2. Beweislast

Die Beweislast bestimmt, welche Partei eine bestimmte Tatsache zu beweisen hat und somit die Folgen der Beweislosigkeit trägt.⁴ Nach kaum (mehr) bestrittener Auffassung richtet sich die Beweislast in internationalen Warenkauffällen nach dem CISG.⁵ Zwar enthält das Übereinkommen keine ausdrückliche Regelung der Beweislast (ausser in Art. 79 CISG), doch würde ein Abstellen auf nationale Vorschriften der beabsichtigten Rechtsvereinheitlichung zuwiderlaufen. Nicht selten ist für ein Urteil entscheidend, zu wessen Lasten sich auswirkt, dass bestimmte Tatsachen unbewiesen blieben. Es wäre jedoch stossend, wenn im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ein unterschiedliches Prozessergebnis resultieren würde, weil das Gericht für ein bestimmtes Beweisthema auf eine Beweislastverteilung gemäss nationalem Recht zurückgreift.⁶ Auch ist die Verteilung der Beweislast derart eng mit der anwendbaren materiellen Rechtsregel verbunden, dass nationale Beweislastvorschriften nicht auf alle Tatbestände des CISG passen würden.⁷ Aus

3 Für die verschiedenen Beweisthemen siehe etwa MÜLLER, *Ausgewählte Fragen der Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung*, Frankfurt a.M./München 2005, *passim*.

Zu den Beweisthemen beim Gefahrübergang ausführlich IMBERG, *Die Verteilung der Beweislast beim Gefahrübergang nach UN-Kaufrecht*, Diss., Mainz 1997, Frankfurt a.M. u.a. 1998.

4 BGE 131 III 646, 649; 107 II 265, 275; BERGER/GÜNGERICH, *Zivilprozessrecht*, Bern 2008, N 750.

5 BGH, 9. Januar 2002, CISG-online 651; BGE 130 III 258, 264 f., CISG-online 840; Tribunale Vigevano, 12. Juli 2000, CISG-online 493; SCHWENZER, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. Aufl., München/Basel 2008, Art. 74 CISG N 64; SIEHR, in: HONSELL (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., Berlin 2010, Art. 4 CISG N 14; MÜLLER (Fn. 3), 26 ff.; IMBERG (Fn. 3), 16 ff.

6 STALDER, *Die Beweislast und wichtige Rügemodalitäten bei vertragswidriger Warenlieferung nach UN-Kaufrecht (CISG)*, AJP 2004, 1472 ff., 1473 f.

7 SCHNYDER/STRAUB, in: HONSELL (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., Berlin 2010, Art. 45 CISG N 68.

diesen Gründen ist die Frage, wer welchen Beweis zu erbringen hat, gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten, die dem Übereinkommen zu Grunde liegen.⁸ Derart wird die Beweislastverteilung für jedes Beweisthema gesondert vorgenommen, wobei als Leitlinie gilt, dass jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Norm zu beweisen hat.⁹

3. Beweisführung und Beweiswürdigung

Anders als die Beweislast ist die Frage, wie und mit welchen Beweismitteln der Beweis erbracht werden kann, eng mit dem Ablauf des Zivilprozesses verknüpft.¹⁰ Deshalb richtet sich die Beweisführung in einem UN-Kaufrechtsfall nach nationalem (Prozess-) Recht.¹¹ Dasselbe gilt für die richterliche Beweiswürdigung im engeren Sinn, d.h. für die Beurteilung der Beweiskraft eines angebotenen Beweismittels.¹²

Eine Ausnahme bildet Art. 11 S. 2 CISG, nach welcher Bestimmung der Vertragsschluss auf jede Art bewiesen werden kann, insbesondere auch durch Zeugen. Sie richtet sich gegen nationale Vorschriften, die ab einem gewissen Betrag den Zeugenbeweis für den Vertragsschluss ausschliessen und damit faktisch ein Schriftformerfordernis einführen.¹³ Das CISG kennt, wie sich aus Art. 11 S. 1 ergibt, kein Formerfordernis, weshalb ein solches auch nicht durch die Hintertür

-
- 8 BGE 130 III 258, 264, CISG-online 840; SCHWENZER (Fn. 5), Art. 35 CISG N 49; KOLLER, Probleme des Zusammenwirkens von UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Recht, Jusletter 21.6.2004, N 4 ff.; MÜLLER (Fn. 3), 35 ff.
- 9 OGH, 12. September 2006, CISG-online 1364; FERRARI, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Fn. 1) Art. 7 CISG N 56; BRUNNER, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004, Art. 4 CISG N 56; MAGNUS, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht, Berlin 2005, Art. 4 CISG N 67 f. – mit Verweis auf den Wortlaut von Art. 79 Abs. 1 CISG, welche Bestimmung ersichtlich dieser Regel zu Grunde liege.
- 10 Vgl. MEIER, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2005, 61 und 59; WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2007, 312.
- 11 SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 66; SCHÖNLE/KOLLER, in: HONSELL (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin 2010, Art. 74 CISG N 49; BENICKE, in: SCHMIDT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl., München 2007, Art. 4 CISG N 23.
- 12 Vgl. A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, 263.
- 13 MELIS, in: HONSELL (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin 2010, Art. 11 CISG N 6; vgl. WALTER (Fn. 10), 317. BRUNNER (Fn. 9), Art. 11 CISG N 1, weist darauf hin, dass Art. 11 S. 2 CISG nicht gilt, wenn die Beweismittelbeschränkung nur für eine bestimmte Verfahrensart existiert (sofern im Hauptprozess immer noch der Zeugenbeweis möglich ist, vgl. Art. 254 ZPO) oder sie sich aus einer vereinbarten Schiedsordnung ergibt (womit ein vertraglicher Formvorbehalt besteht). Ähnlich FERRARI, in: SCHMIDT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl., München 2007, Art. 11 CISG N 9.

nationaler Beweisführungsvorschriften aufgestellt werden darf. Aus Art. 11 CISG kann aber nicht abgeleitet werden, das Übereinkommen wolle auch im Übrigen die Beweisführung und die Beweiswürdigung im engeren Sinn regeln.¹⁴

4. *Beweismass*

Das Beweismass bestimmt, welchen Grad an Überzeugung das Gericht haben muss, um nach Abschluss des Beweisverfahrens und der Beweiswürdigung eine Tatsache als bewiesen anzusehen.¹⁵ Für das Beweismass ist ungeklärt, ob es sich aus dem nationalen Recht ergibt oder ob stattdessen eine autonome Regel aus dem CISG zu schöpfen ist.¹⁶ Die Diskussion hierüber wird insbesondere über das Beweismass für den eingetretenen Schaden geführt,¹⁷ obwohl sich die Frage nach dem Beweismass zu den unterschiedlichsten Beweisthemen stellen kann.¹⁸ Im Wesentlichen werden zwei Meinungen vertreten: Nach der einen Ansicht, die früher unter anderem auch der Erstverfasser vertreten hat,¹⁹ gilt für das Beweismass die *lex fori* unter Ausschluss des CISG (sogleich III.1.), während nach dem anderen Standpunkt, den auch die Jubilarin einnimmt, sich das Beweismass aus dem CISG selbst ergibt (hinten III.2.). Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, die beiden Standpunkte zu prüfen und die Frage zu beantworten, welchen Regeln das Beweismass in einem Gerichtsverfahren über einen internationalen Kaufrechtsfall folgt.

III. Meinungsstand

1. *Ansicht von der Anwendbarkeit der lex fori*

In der Literatur findet sich oft der Hinweis, das Beweismass ergebe sich aus dem anwendbaren nationalen Prozessrecht bzw. der *lex fori*.²⁰ Mit dem Verweis

14 SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 66.

15 A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 12), 265 f.

16 So hat auch das Bundesgericht die Frage kürzlich offen gelassen (BGE 136 III 56, 58, CISG-online 2022). Siehe zu diesem Urteil FLORIAN MOHS, Beweismass und Obliegenheit zum Abschluss eines Deckungsgeschäfts zur Schadensminderung, AJP 2011, 425 ff. (diese Entscheidungsbearbeitung ist nach der Korrektur der Druckfahnen erschienen und konnte nicht mehr in den vorliegenden Beitrag eingearbeitet werden).

17 Vgl. die Quellennachweise zu Art. 74 CISG in den nachfolgenden Fn. 20 und 23.

18 Vgl. FERRARI (Fn. 9), Art. 4 CISG N 53.

19 SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 11), Art. 74 CISG N 49.

20 SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 11), Art. 74 CISG N 49; SIEHR (Fn. 5), Art. 4 CISG N 14; BRUNNER (Fn. 9), Art. 4 CISG N 57 und Art. 74 CISG N 56 f.; MAGNUS (Fn. 9), Art. 4 CISG N 70 und Art. 74 CISG N 61; BENICKE (Fn. 11), Art. 4 CISG N 23; MANKOWSKI, in: SCHMIDT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl., München 2007, Art. 74 CISG N 57 f.; Entscheidung des Kantonsgerichts Nidwalden vom 23. Mai 2005, E. 3.1, CISG-online 1086.

auf die *lex fori* ist gemeint, dass dem CISG keine Vorschrift zum Beweismass zu entnehmen und deshalb auf nationales Recht abzustellen sei. Mehrere Autoren ziehen denn auch ausdrücklich nationale Bestimmungen wie § 287 der deutschen Zivilprozessordnung (dZPO), Art. 42 Abs. 2 OR oder § 252 BGB bei.²¹ Nach § 287 dZPO entscheidet der Richter über die Schadenshöhe «*unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung*». Art. 42 Abs. 2 OR erlaubt dem Richter, den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden «*mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen*» zu schätzen. Gemäss § 252 BGB gilt derjenige Gewinn als entgangen, der «*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen [...] mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*». Zuweilen werden diese Bestimmungen nicht als Bestandteil der *lex fori*, sondern unter Rückgriff auf das nach den Regeln des internationalen Privatrechts subsidiär neben dem CISG anwendbare nationale Sachrecht (*lex causae*) angewandt.²²

2. Ansicht von der autonomen Lösung im CISG

Die gegenteilige Ansicht betont, dass ein Anknüpfen an nationale Beweismassvorschriften zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könne. Zur Durchsetzung des vereinheitlichten Kaufrechts sei deshalb notwendig, das Beweismass aus dem CISG selbst zu schöpfen. Als allgemein anerkannter Massstab biete sich derjenige der «*Reasonableness*» an. Somit habe der Gläubiger den ihm entstandenen Verlust und den entgangenen Gewinn mit einem «*vernünftigen Grad an Sicherheit (reasonable degree of certainty)*» zu beweisen.²³ Derselbe Massstab gelte auch für

21 SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 11), Art. 74 CISG N 49. MAGNUS (Fn. 9), Art. 74 CISG N 61, will offenbar nur § 287 dZPO (als prozessrechtliche Norm), nicht aber § 252 BGB anwenden. Ausdrücklich in diesem Sinne SAENGER, in: BAMBERGER/ROTH (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., München 2007, Art. 74 CISG N 18. Ebenfalls nur § 287 dZPO erwähnen HERBER/CZERWENKA, Internationales Kaufrecht, UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991, Art. 74 CISG N 13, sowie MANKOWSKI (Fn. 20), Art. 74 CISG N 47.

Nach BRUNNER (Fn. 9), Art. 74 CISG N 56 und Fn. 1645, sind zwar Art. 42 Abs. 2 OR und § 287 dZPO als Bestandteil der *lex fori* anwendbar, nicht jedoch § 252 BGB, der nicht schwerwiegend das Beweismass betreffe.

22 So im Entscheid des Bezirksgerichts Saane, 20. Februar 1997, E. 6.4, CISG-online 426; bei SCHNYDER/STRAUB (Fn. 7), Art. 45 CISG N 68, bleibt dies offen.

23 SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 65; CISG-AC Opinion No. 6 (Rapporteur JOHN Y. GOTANDA), N 2.1 ff.; MULLIS, Twenty-Five Years On – The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention, *RabelsZ* 71 (2007), 35 ff., 50; MCKENDRICK, in: VOGENAUER/KLEINHEISTERKAMP (Hrsg.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford 2009, Article 7.4.3 note 1.

den Beweis der Vertragsverletzung²⁴ bzw. grundsätzlich für alle in CISG-Fällen zu erbringenden Beweise.²⁵

IV. Stellungnahme

1. Übersicht

Angesicht der gegensätzlichen Standpunkte stellt sich als Erstes die Frage, warum für den Ausgang eines Zivilprozesses überhaupt relevant ist, ob ein Gericht das Beweismass aus dem CISG schöpft oder das nationale Recht anwendet (sogleich 2.). Anschliessend wollen wir darlegen, welche Regeln im Allgemeinen für das Beweismass in einem Prozess vor schweizerischen Gerichten oder vor Schiedsgerichten gelten (hinten 3.), bevor wir anschliessend das Beweismass für internationale Warenkauffälle bestimmen (hinten 4.).

2. Relevanz der Fragestellung

Es gibt Fälle, in denen dem Beweismass entscheidende Bedeutung zukommt. So ist für den Ausgang eines Haftpflichtprozesses oft ausschlaggebend, welche Anforderungen an den Beweis des Kausalzusammenhangs oder des schädigenden Ereignisses gestellt werden.²⁶ Für die hier interessierenden Kaufvertragsfälle, etwa für den Beweis des aus einer Kaufvertragsverletzung entgangenen Gewinns, ist die Relevanz der vorliegenden Fragestellung jedoch nicht auf den ersten Blick ersichtlich: Entweder greift das Gericht auf nationale Beweismassvorschriften zurück und schätzt beispielsweise den entstandenen Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, oder es wendet einen allgemeinen Massstab aus dem CISG an und anerkennt die Schadenshöhe, soweit sie sich mit einem «*reasonable degree of certainty*» ergibt. Beide Beweismasse bestehen letztlich aus leeren Worthülsen, die das Gericht mit Inhalt füllen muss. Es ist nicht unbedingt zu erwarten, dass die bewiesene Schadenshöhe anders ausfällt, nur weil ein Gericht nach dem einen oder anderen Massstab entscheidet.²⁷

24 SCHWENZER (Fn. 5), Art. 35 CISG N 55.

25 SCHWENZER/HACHEM, in: SCHWENZER (Hrsg.), Schlechtriem & Schwenger, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. Aufl., Oxford 2010, Art. 4 CISG N 26.

26 Dazu FELLMANN, Der Produktfehler und sein Nachweis, recht 2007, 158 ff., 162.

27 NIGG, Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten, Diss., St. Gallen 1999, 132 f., spricht von einer Austauschbarkeit der Regelbeweismasse im internationalen Vergleich, da unterschiedliche Formulierungen zum Beweismass nicht zwingend auf unterschiedliche Anforderungen an den Beweis schliessen liessen.

Allerdings gilt das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf in mittlerweile 74 Staaten.²⁸ Sich hier einen Überblick über die verschiedenen nationalen Beweismassvorschriften zu verschaffen, ist kaum möglich (und soll vorliegend auch gar nicht erst versucht werden). Jedoch ist leicht vorstellbar, dass bei so vielen Mitgliedstaaten höchst unterschiedliche Regelungen betreffend das Beweismass für bestimmte Beweisthemen, einschliesslich des Schadensbeweises, gelten. Deshalb ist entscheidend zu wissen, ob diese nationalen Beweismasse in einem internationalen Warenkauffall überhaupt zur Anwendung gelangen oder stattdessen ein einheitlicher Massstab existiert. Zur Begründung eines aus dem CISG zu schöpfenden Beweismasses hat denn auch die Jubilarin wie folgt argumentiert: «Die Zulassung unterschiedlicher nationaler Regeln zum Beweismass würde die einheitliche Auslegung und Anwendung des CISG und das Grundprinzip des vollen Schadensausgleichs selbst unterlaufen.»²⁹

3. Das Beweismass im schweizerischen Recht

a) Der strikte Beweis, die Glaubhaftmachung und die überwiegende Wahrscheinlichkeit

Das schweizerische Zivilrecht kennt *als Regelbeweismass den strikten Beweis*. Dieser gilt dann als erbracht, wenn das Gericht von einer bestrittenen Tatsache vollständig überzeugt ist. Dabei genügt für eine solche Überzeugung, dass ein Sachverhalt *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* erstellt ist, d.h. am Vorliegen der behaupteten Tatsache dürfen keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen.³⁰ Als Ausnahme vom Regelbeweismass wird zuweilen nur *Glaubhaftmachung* verlangt. Dies ist der Fall im Verfahren über vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ZPO) sowie für bestimmte Beweisthemen aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (z.B. Art. 256b Abs. 2 ZGB; Art. 260b Abs. 2 ZGB; Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 82 SchKG; Art. 272 Abs. 1 SchKG; Art. 67 Abs. 1 PatG). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind.³¹ Zwischen dem strikten Beweis und der Glaubhaftmachung steht das *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*. Es wird von der Rechtsprechung

28 Der aktuelle Stand der Mitgliedstaaten findet sich auf http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

29 SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 65; siehe auch CISG-AC Opinion No. 6 (Rapporteur JOHN Y. GOTANDA), N 2.3.

30 BGE 130 III 321, 324; 128 III 271, 275. Nur ausnahmsweise lässt das Gesetz eine Überzeugung des Gerichts nicht genügen, sondern verlangt eine absolute Sicherheit (so namentlich in Art. 34 und Art. 511 Abs. 1 ZGB; vgl. A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND [Fn. 12], 266).

31 BGE 120 II 393, 397 f.; 88 I 11, 14.

angewandt, wenn ein strikter Beweis der Natur der Sache nach kaum möglich ist,³² so häufig beim Nachweis des Kausalverlaufs.³³ Das Bundesgericht greift je nach den Umständen des Einzelfalles auch in weiteren Konstellationen auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zurück, beispielsweise für den Nachweis des Produktfehlers im Produkthaftpflichtrecht³⁴ oder die Bestimmung des Werts einer Liegenschaft in einem bestimmten Zeitpunkt.³⁵ Als gesetzlich geregelter Anwendungsfall gilt sodann die richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR.³⁶

Sollte sich das Beweismass in internationalen Kaufrechtsfällen nach schweizerischem Recht unter Ausschluss des CISG richten, würden somit folgende Beweismasse gelten: Grundsätzlich wäre ein strikter Beweis zu erbringen, wobei für den Nachweis des Kausalverlaufs (insbesondere des hypothetischen Kausalverlaufs bei vertragswidrigen Unterlassungen) eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen würde. Für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden würde die richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen. Für vorsorgliche Massnahmen und innerhalb des Rechtsöffnungsverfahrens müssten rechtserhebliche Tatsachen lediglich glaubhaft gemacht werden.

32 BGE 130 III 321, 324; 128 III 271, 275 f.

33 Z.B. BGE 121 III 358, 363; 132 III 715, 719 ff.

34 BGE 133 III 81, 87 ff.; hierzu eingehend FELLMANN (Fn. 26), 163 ff.

35 BGE 116 II 225, 230. Für eine Auflistung weiterer Beispiele siehe A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 12), 266.

36 BGE 131 III 360, 363 E. 5.1; 122 III 219, 221 E. 3a («... eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll [...]»).

Nicht gefolgt werden kann der neueren Auffassung, dass Art. 42 Abs. 2 OR nur für den *Schadenseintritt*, nicht aber für die nachgelagerte Schätzung der *Schadenshöhe* eine Beweismasserleichterung enthalte, sondern das Gericht diesbezüglich einen Ermessens- bzw. Billigkeitsentscheid nach Art. 4 ZGB fälle und die Bestimmung der Schadenshöhe deshalb der Rechtsfindung zuzurechnen sei (in diesem Sinne BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss., Bern 2007, Bern 2008, 57 f. und 81 ff.; WALTER, Beweis- und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: FELLMANN/WEBER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, 47 ff., spez. 61; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter 21.6.2010, N 26 ff.). Vielmehr geschieht die Schadensschätzung auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung. Erst wenn die Schadenshöhe feststeht, wird gedanklich die Rechtsfrage der Ersatzpflicht geprüft. Sodann lässt sich häufig, gerade bei entgangenem Gewinn von Folgegeschäften, die Schadenshöhe nicht als «nachgelagerte» Frage von der Frage des Schadenseintritts abgrenzen: Erst wenn nach Schätzung aller Berechnungskriterien feststeht, dass der entgangene Gewinn aus dem Folgegeschäft grösser als Null ist, steht überhaupt fest, dass ein Schaden eingetreten ist.

- b) Das auf das Beweismass im internationalen Zivilprozess anwendbare Recht
 - aa) Sekundäre Bedeutung einer Einordnung des Beweismasses unter materielles bzw. formelles Recht für CISG-Fälle

Die soeben dargestellten schweizerischen Beweismassregeln kommen selbstredend nur zur Anwendung, wenn sich das Beweismass nach schweizerischem Recht richtet. Dies ist für einen Zivilprozess mit relevanten ausländischen Sachverhaltelementen (und die sind bei einem CISG-Fall notwendigerweise gegeben) jedoch nicht selbstverständlich. Als allgemeines Prinzip für internationale Zivilprozesse gilt, dass sich materielle Rechtsfragen nach der *lex causae* und Verfahrensfragen nach der *lex fori* richten – wobei Verfahrensfragen, die einen engen Bezug zum materiellen Recht aufweisen, ebenfalls nach der *lex causae* zu beurteilen sind.³⁷

Um das auf das Beweismass anwendbare Recht zu eruieren, ist man deshalb versucht, das Beweismass in die bekannten Kategorien einzuordnen: Gehört es dem materiellen Recht an? Dann beurteilt es sich ohne Weiteres nach der *lex causae*. In einem internationalen Warenkaufsfall ist die *lex causae* primär das CISG und subsidiär dasjenige nationale Recht, welches gemäss dem Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht gilt. Oder ist das Beweismass vielmehr Teil des Verfahrensrechts, weist aber eine besondere Nähe zum materiellen Recht auf? Auch dann wäre die *lex causae* massgebend. Falls aber das Beweismass dem Verfahrensrecht angehörte und ihm keine besondere Nähe zum materiellen Recht zukäme, würde die *lex fori* gelten. Die *lex fori* ist vor schweizerischen Gerichten jedoch ebenfalls das CISG (!) und subsidiär das (übrige) schweizerische Recht (also primär OR und ZPO).

Somit zeigt sich für die vorliegende Fragestellung, dass nur (aber immerhin) von sekundärer Bedeutung ist, ob aus nationaler Sicht dem Beweismass materiell- oder verfahrensrechtliche Natur zukommt. Viel entscheidender ist, ob das CISG eine autonome Regelung enthält oder nicht.³⁸ Dies trifft auf (staatliche) Gerichtsverfahren in allen Mitgliedstaaten zu, da in diesen das CISG stets auch Bestandteil der *lex fori* ist. Eine autonome Regelung über das Beweismass im CISG müsste

37 SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000, N 659 ff.; KOBERG, Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, Diss., St. Gallen 1992, 57 ff.; MEIER (Fn. 10), 58 f. MEIER vertritt allerdings – mit beachtlichen Argumenten – einen konträren Standpunkt und geht von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der *lex causae* aus, wobei als Ausnahme und vorwiegend aus praktischen Gründen für einen Kernbereich von Verfahrensfragen auf die *lex fori* zurückgegriffen werden soll.

38 Dies betonen SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 65, und CISG-AC Opinion No. 6 (Rapporteur JOHN Y. GOTANDA), N 2.5.

deshalb auch dann angewandt werden, wenn sie aus nationaler Sicht zivilprozessualen Charakter haben sollte. Dem steht nicht entgegen, dass durch das Übereinkommen nur eine materielle Rechtsvereinheitlichung beabsichtigt war. Im Gegenteil – die Rechtsvereinheitlichung wäre gefährdet, wenn sie mit zu stark divergierenden nationalen Verfahrensvorschriften umgesetzt würde.³⁹

Eine solche Situation ist schweizerischen Juristen bestens bekannt: Damit die Durchsetzung des materiellen Bundesrechts nicht am früheren kantonalen Prozessrecht scheiterte, hat das Bundesgericht verschiedentlich prozessuale Fragen dem Bundesrecht zugeordnet,⁴⁰ so namentlich den Umfang des Rechtsschutzinteresses,⁴¹ die Rechtshängigkeit⁴² und die Rechtskraft.⁴³

bb) Beweismass richtet sich im Allgemeinen nach der *lex causae*, ausnahmsweise oder subsidiär nach der *lex fori*

Trotz des soeben Ausgeführten soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, das Beweismass in die Kategorien «materielles» bzw. «formelles» Recht einzuordnen. Relevant ist diese Einordnung insbesondere für die Frage, welches Recht auf das Beweismass anwendbar ist, wenn sich aus dem CISG keine Beweismassregel ergeben sollte oder die einheitliche Beweismassregel nicht auf alle Beweisthemen in einem konkreten Fall angewandt werden könnte.

BERGER-STEINER hat sich der Rechtsnatur des Beweismasses in ihrer Dissertation angenommen, deren Titel mit Absicht wie folgt formuliert ist: «Das Beweismass im schweizerischen *Privatrecht*».⁴⁴ Damit bringt die Autorin zum Ausdruck, dass nach ihrer Ansicht das Beweismass dem materiellen Recht und nicht dem Zivilprozessrecht angehört.⁴⁵ Als Argument bringt sie vor, dass durch das Beweismass gesteuert werde, ob ein Tatbestand erfüllt sei:

«Das Beweismass verkörpert eine Wertung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsfolge eintreten soll und trägt dabei den jeweiligen Interessenabwägungen Rechnung.»⁴⁶

39 MULLIS (Fn. 23), 50.

40 Vgl. VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 62 ff.

41 Vgl. BGE 110 II 352.

42 BGE 114 II 183, 186.

43 BGE 95 II 639, 643.

44 Hervorhebung hinzugefügt; BERGER-STEINER (Fn. 36), 127.

45 Ähnlich: MEIER (Fn. 10), 61; SCHWANDER (Fn. 37), N 679; BUCHER/BONOMI, *Droit international privé*, 2. Aufl., Basel 2004, N 207. Anschaulich sodann BUCHER, Bemerkungen zu BGer, 17.11.2006, 5P.380/2006, AJP 2007, 394 ff., 399, nach welchem sich das Beweismass im Anwendungsbereich des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen nach dem Staatsvertrag und nicht nach dem (damals noch geltenden kantonalen) Prozessrecht richtet.

46 BERGER-STEINER (Fn. 36), 124 f.; siehe dazu auch NIGG (Fn. 27), 128 f.

Des Weiteren sei das Beweismass dogmatisch Art. 8 ZGB zuzuordnen. Die materiell-rechtliche Natur dieser Bestimmung zeige sich u.a. auch darin, dass sie nicht in die eidgenössische Zivilprozessordnung übernommen worden sei.⁴⁷

Beide Argumente sind nicht zwingend. Insbesondere ist für das Wesen einer Regel nicht entscheidend, in welchem Erlass sie steht und ob sie überhaupt normiert ist. Eine Frage könnte verfahrensrechtlicher Natur sein und sich trotzdem nicht aus der anwendbaren Zivilprozessordnung ergeben.⁴⁸ Gegen eine materiell-rechtliche Qualifikation des Beweismasses spricht sodann, dass dieses nur dazu dient, im Rahmen eines Zivilprozesses den Sachverhalt zu erstellen. Erst auf den Sachverhalt wird anschliessend das materielle Recht angewandt. Als Teil der Sachverhaltsermittlung könnte das Beweismass deshalb dem Verfahrensrecht zugeordnet werden. Dem ist freilich wiederum entgegenzuhalten, dass aus dem anwendbaren materiellen Recht folgt, welcher Sachverhalt erheblich ist und demzufolge bewiesen werden muss. Aus diesem Grund werden auch die Behauptungslast und die Substanziierungspflicht dem materiellen Recht zugerechnet.⁴⁹

Unseres Erachtens ist für das Beweismass zu differenzieren: Haben der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung für spezifische Beweisthemen besondere Regelungen geschaffen, gehören diese dem materiellen Recht an.⁵⁰ So gilt die Beweismassvorschrift von Art. 42 Abs. 2 OR nicht für alle Beweisthemen oder für eine bestimmte Verfahrensart, sondern spezifisch für den Schadensbeweis. Die Norm bezweckt somit eine Beweiserleichterung, damit der Gläubiger seinen materiell-rechtlichen Anspruch durchsetzen kann. Gleich verhält es sich mit dem herabgesetzten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wie z.B. für den Kausalzusammenhang oder den Produktfehler in Produkthaftpflichtfällen. Als weiteres Beispiel mag das Beweismass des Glaubhaftmachens gemäss Art. 6 Gleichstellungsgesetz dienen, das der Arbeitnehmerin die Durchsetzung ihrer Ansprüche erleichtern will. Falls man solche Vorschriften gleichwohl nicht dem materiellen Recht zuordnen möchte, so ist ihnen jedenfalls eine besondere Nähe zum materiellen Recht zu attestieren, womit sie sich so oder anders nach der *lex causae* richten. Demgegenüber gibt es Beweismassvorschriften, die einzig den Zweck haben, den Verfahrensablauf zu fördern. Diese sind formeller Natur und weisen keine Nähe zum materiellen Recht auf. In diese Kategorie fällt das Beweismass des Glaubhaftmachens für vorsorgliche Massnahmen oder für das Rechtsöffnungsverfahren. Auch die generelle Beweismassregel des strikten Beweises steht dem materiellen Recht an sich nicht nahe und ist dem Prozessrecht zuzuordnen, da sie stets subsidi-

47 Zustimmend BÜHLER (Fn. 36), N 4.

48 Wie umgekehrt die Aufnahme einer Norm in die Zivilprozessordnung nicht zwingend für deren prozessrechtlichen Charakter spricht, wie auch BERGER-STEINER (Fn. 36), 125, betont.

49 BGE 108 II 337, 339 f.; 98 II 113, 116 f.

50 Ebenso NIGG (Fn. 27), 129 ff.

är für jegliche Beweisthemen gilt. Gemäss Bundesgericht gehört sie indessen dennoch zum Bundesprivatrecht.⁵¹

Sollte sich aus dem CISG eine Beweismassregel schöpfen lassen, würde diese unseres Erachtens dem materiellen Recht angehören oder zumindest eine besondere Nähe zum materiellen Recht aufweisen.⁵² *Denn eine solche Beweismassregel würde ausschliesslich dem Zweck dienen, das materielle Kaufrecht in allen Mitgliedstaaten einheitlich umzusetzen.*⁵³

Somit lässt sich folgende Schlussfolgerung ziehen: In einem internationalen Zivilprozess in der Schweiz gelangen materiell-rechtliche Beweismassvorschriften (bzw. solche mit besonderer Nähe zum materiellen Recht) zur Anwendung, die der *lex causae* entnommen sind.⁵⁴ Hierzu würde auch eine allfällig aus dem CISG zu gewinnende Beweismassvorschrift gehören, die (in ihrem Anwendungsbereich) andere Beweismassvorschriften der *lex causae* verdrängen würde. *Ausnahmsweise* gelten, selbst bei in der Sache anwendbarem ausländischem Recht, Beweismassvorschriften der schweizerischen *lex fori* für besondere Verfahrensarten, wie die Glaubhaftmachung im Massnahme- oder Rechtsöffnungsverfahren. Stets *subsidiär* richtet sich das Beweismass nach den allgemeinen Vorschriften der *lex fori*, soweit diesen keine besondere Nähe zum materiellen Recht zukommt, im schweizerischen Zivilrecht somit nach der Regel des strikten Beweises.

c) Das im internationalen Schiedsprozess auf das Beweismass anwendbare Recht

Auch internationale Schiedsgerichte sind an materiell-rechtliche Beweismassregeln (bzw. solche mit besonderer Nähe zum materiellen Recht) gebunden, die

51 BGE 128 III 271, 275; ähnlich auch BGE 130 III 321, 327. Der Grund für diese Rechtsprechung dürfte aber darin liegen, dass bis vor kurzem das Prozessrecht kantonal geregelt war. Spätestens mit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO ist eine Zuordnung des Regelbeweismasses zum materiellen Recht nicht mehr erforderlich. Auch zuvor wäre es möglich gewesen, das Regelbeweismass dem ungeschriebenen Bundeszivilprozessrecht zuzuordnen, wie bereits von MEIER, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, 57 ff., 7, zur Diskussion gestellt.

52 Auf eine enge Verknüpfung des Beweismasses zum materiellen Recht weist auch BRUNNER (Fn. 9), Art. 74 CISG Fn. 1644, hin. Demgegenüber schreibt MAGNUS (Fn. 9), Art. 4 CISG N 70: *«Denn der notwendige Grad richterlicher Überzeugung ist so eng mit dem im übrigen anwendbaren Verfahrensrecht verknüpft, daß hierfür die lex fori zu gelten hat.»*

53 Auch im schweizerischen Recht hatte das Regelbeweismass vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO die Funktion, der einheitlichen Rechtsdurchsetzung zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 128 III 271, 275).

54 Insoweit ist das Argument von SCHWENZER/HACHEM (Fn. 25), Art. 4 CISG N 26, ein Beweismass müsse aus dem CISG gewonnen werden, um eine *«hometown justice»* zu verhindern, zu relativieren: Falls sich keine Beweismassvorschrift aus dem CISG schöpfen lässt, braucht sich das Beweismass deshalb nicht nach der *lex fori* zu richten.

sich aus der *lex causae* ergeben. In Schiedsprozessen müsste deshalb eine allfällig aus dem CISG zu gewinnende Beweismassregel ebenfalls angewandt werden.

Im Übrigen jedoch fehlt es einem Schiedsgericht oft an verbindlichen Vorgaben für das Beweismass. Nur für das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ist anerkannt, dass Tatsachen lediglich glaubhaft zu machen sind.⁵⁵ Ansonsten regeln die meisten Schiedsordnungen lediglich die allgemeinen Grundsätze des Beweisverfahrens⁵⁶ – und kaum je dürften die Parteien eine besondere Abrede über das Beweismass getroffen haben. In einer solchen Situation sind die Schiedsrichter gehalten, das subsidiär neben den Vorschriften der *lex causae* anwendbare Beweismass selber festzulegen.⁵⁷ Als Guideline für ihren Entscheid sind die *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* nicht dienlich, da diese in erster Linie die Beweisabnahme betreffen und sich nicht zum Beweismass äussern. Die Schiedsrichter werden deshalb auf ein Beweismass zurückgreifen, das sich im Rahmen dessen bewegt, was die Rechtsordnungen der Parteien und jene des Sitzstaates kennen oder sich aus verfahrensrechtlichen Vorschriften der *lex causae* ergibt. Deshalb sollte eine allfällig aus dem CISG zu schöpfende Beweismassregel in einem Schiedsverfahren auch dann angewandt werden, wenn man sie – entgegen der hier vertretenen Ansicht – dem formellen Recht (ohne besondere Nähe zum materiellen Recht) und damit der *lex fori* zuordnen möchte.

4. Das Beweismass im CISG

- a) Notwendigkeit einer autonomen Regel nach dem Massstab des «reasonable degree of certainty»

Nachdem die Anwendbarkeit einer allfällig aus dem CISG zu gewinnenden Beweismassregel unabhängig von ihrer Rechtsnatur feststeht und auch die alternativ bzw. ergänzend geltenden Beweismassregeln diskutiert worden sind, gilt es nun die Frage zu beantworten, ob und wenn ja welche Beweismassregel sich aus dem CISG ergibt. Zumindest eine ausdrückliche Vorschrift fehlt im Übereinkommen, womit eine allfällige Regel nach Art. 7 Abs. 2 CISG aus allgemeinen Grundsätzen, die dem CISG zu Grunde liegen, geschöpft werden müsste.

Ob ein allgemein anerkannter Grundsatz über das Beweismass existiert, der ausserdem dem CISG zu Grund liegen würde, scheint auf den ersten Blick fraglich.

55 Vgl. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 1145; WALTER/BÖSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, 140 f.; WIRTH, Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland, ASA Bulletin 2000, 31 ff., 37.

56 Vgl. BERGER/KELLERHALS (Fn. 55), N 1199.

57 Vgl. Art. 182 IPRG.

Nichtsdestotrotz ist wichtig, dass in allen (zurzeit) 74 Mitgliedsstaaten des CISG ein einheitlicher Massstab gilt, ansonsten die Rechtsvereinheitlichung – wie bereits ausgeführt – gefährdet wäre. Dass sich ein Beweismass aus dem CISG ergibt, drängt sich zwar aufgrund des Abkommenstexts nicht unbedingt auf, entspricht aber einer praktischen Notwendigkeit.

Daher ist nach einer allgemeinen Regel für das Beweismass zu suchen bzw. eine solche zu entwickeln. Hierbei können die UNIDROIT-Principles hilfreich sein. Welche Tragweite den UNIDROIT-Principles im Verhältnis zum UN-Kaufrecht zukommt, ist in der Lehre zwar umstritten.⁵⁸ So wird bisweilen etwa geltend gemacht, die UNIDROIT-Principles seien *nicht i.S.v. Art. 7 Abs. 2 CISG allgemeine Grundsätze, die dem Abkommen zu Grunde liegen*.⁵⁹ Die gegenteilige Lehrmeinung dagegen stellt sich auf den Standpunkt, die UNIDROIT-Principles *könnten sowohl bei Auslegungszweifeln als auch zur Füllung interner Lücken als Auslegungs- und Begründungshilfe herangezogen werden*.⁶⁰ Eine vermittelnde Auffassung will den UNIDROIT-Principles immerhin die Funktion einer *Rechtsgewinnungsquelle* zugestehen.⁶¹ Sie seien keine selbstständige, sondern lediglich eine unterstützende Quelle für die autonome Lückenergänzung; ihre Heranziehung sei nur innerhalb des Einheitsrechts zulässig und dürfe zu seiner Konkretisierung, nicht aber zu seiner Ausdehnung führen.⁶² Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier offen bleiben. Die restriktive Auffassung ist allerdings kaum sachgerecht, denn die UNIDROIT-Principles beruhen – wie MAGNUS zu Recht geltend macht – auf *intensiver Rechtsvergleichung* und sind über weite Strecken (wenn auch nicht ausnahmslos⁶³) *Ausdruck eines breiten internationalen Konsenses*.⁶⁴

58 Siehe dazu einlässlich etwa TEICHERT, Lückenfüllung im CISG mittels Unidroit-Prinzipien – zugleich ein Beitrag zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, Diss., Köln 2005, Frankfurt a.M. 2007, *passim* sowie speziell 112 ff.

59 FERRARI (Fn. 9), Art. 7 CISG N 55 und einlässlich N 59 ff., m.Nw.; MELIS (Fn. 13), Art. 7 CISG N 12; SCHWENZER/HACHEM (Fn. 25), Art. 7 CISG N 36; weitere Nachweise bei TEICHERT (Fn. 58), a.a.O.

60 BRUNNER (Fn. 9), Art. 7 CISG N 9; MAGNUS (Fn. 9), Art. 7 CISG N 14, je m.Nw.; weitere Nachweise bei TEICHERT (Fn. 58), a.a.O.

61 TEICHERT (Fn. 58), 129.

62 TEICHERT (Fn. 58), 128.

63 So dürfte z.B. fraglich sein, ob die «*Loss-of-a-chance*-Regel» gemäss Art. 7.4.3 (2) heute bereits einem breiten internationalen Konsens entspricht (dazu auch hinten bei Fn. 72). Dies könnte sich in Zukunft allerdings ändern.

64 MAGNUS (Fn. 9), Art. 7 CISG N 14; ebenso BRUNNER (Fn. 9), Art. 7 CISG N 9.

Ähnlich äussert sich auch das Schweizerische Bundesgericht in seinem Urteil 4A_240/2009 vom 16. Dezember 2009, E. 3.3, CISG-online 2047, wo es ausführt, für die Auslegung eines von den Parteien in einem internationalen Handelsvertrag verwendeten Begriffes (konkret ging es um den Begriff «*material breach*») sei es naheliegend, das Verständnis im internationalen Handelsverkehr zu berücksichtigen und Art. 25 CISG sowie Art. 7.3.1 der Unidroit Principles of International Commercial Contracts beizuziehen (Hervorhebung hinzugefügt).

Zwischen der extensiven und der vermittelnden Auffassung aber dürften im praktischen Ergebnis kaum grosse Unterschiede bestehen.⁶⁵ Zumindest als Rechtsquellenquelle zur Auslegung des CISG und als Hilfsmittel zur Füllung interner Lücken wird man daher im Allgemeinen auf die UNIDROIT-Principles zurückgreifen können.⁶⁶

In Art. 7.4.3 enthalten die UNIDROIT-Principles die folgenden Bestimmungen über die Ermittlung der Schadenshöhe:

«(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.

(2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.»

Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage ist der Verweis auf *einen vernünftigen Grad an Sicherheit* in Absatz 1 dieser Bestimmung aufschlussreich, denn der «Massstab des Vernünftigen» liegt etlichen CISG-Bestimmungen zu Grunde, wie namentlich Art. 8 Abs. 2, Art. 25 oder Art. 79 Abs. 1.⁶⁷ Dieser Massstab des «reasonable degree of certainty» – auch etwa als «well-known requirement of certainty of harm» bezeichnet⁶⁸ – kann deshalb im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 CISG ohne Weiteres auf das Beweismass für den Schadensbeweis übertragen werden. Amerikanische Gerichte haben denn auch schon in CISG-Fällen einen ähnlichen Massstab – allerdings ohne Berufung auf die UNIDROIT-Principles – angewandt.⁶⁹ Wir schliessen uns daher der Ansicht von SCHWENZER⁷⁰ an, *dass im*

65 TEICHERT (Fn. 58), 129.

66 Ähnlich auch ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2. Aufl., New York 2009, 69 («*The clear conclusion, then, is that before gaps are filled with municipal law, recourse should be to the principles, as they represent the closest counterpart to the CISG.*»).

Vgl. immerhin auch SCHWENZER/HACHEM (Fn. 25), Art. 7 CISG N 36 («*They may thus only serve as an additional argument for a solution advocated when filling internal gaps.*»).

67 FERRARI (Fn. 9), Art. 7 CISG N 53; SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 65; SCHWENZER verweist zusätzlich auf die Artikel 8 Abs. 3, 35 Abs. 2 lit. b, 60, 72 Abs. 3, 75, 77, 85, 86, 88 Abs. 3 sowie Art. 9:501 Abs. 2 PECL, die zum Schaden den «*future loss which is reasonably likely to occur*» rechnen. Vgl. sodann CISG-AC Opinion No. 6 (Rapporteur JOHN Y. GOTANDA) und BONELL, in: BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Mailand 1987, Art. 7 CISG N 2.3.2.2.

68 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rom 2004, Kommentar zu Art. 7.4.3 Ziff. 1, 237.

69 *TeeVee Toons Inc. & Steve Gottlieb Inc. v. Gerhard Schubert GmbH*, U.S. District Court, Southern District of New York, 23. August 2006, consid. C. 2. a. (2), CISG-online 1272 («*computation with (sufficient certainty)*»); *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals, 2nd Cir., 6. Dezember 1995, CISG-online 140.

70 SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 65. Ähnlich ZELLER (Fn. 66), 122, der ausführt, die UNIDROIT-Principles würden hier nicht eine Lücke im CISG füllen, sondern eher ausdrücklich sagen,

Rahmen des CISG der Schadensbeweis dann erbracht ist, wenn die Schadenshöhe mit einem vernünftigen Grad an Sicherheit feststeht. Auch die Schadensschätzungsregel von Art. 7.4.3 (3) der UNIDROIT-Principles wird Anwendung finden können,⁷¹ zurzeit kaum dagegen die wohl noch nicht allgemein anerkannte «*Loss-of-a-chance-Regel*» von Art. 7.4.3 (2).⁷² Für nationale Beweismassregeln bleibt daneben kein Raum. Der Erstautor hält nach reiflicher Überlegung an der gegenteiligen Auffassung, wie er sie noch im Kommentar zum UN-Kaufrecht vertreten hat,⁷³ nicht mehr fest.

Das aus dem CISG zu schöpfende Beweismass kann aber nicht bloss für den Schadensbeweis gelten. Auch für andere Beweisthemen kennen nationale Rechtsordnungen besondere Beweismassvorschriften, die – würden sie in einem internationalen Kaufrechtsfall angewandt – der Rechtsvereinheitlichung abträglich sein können. Daher gilt unseres Erachtens jeglicher Beweis im Rahmen des CISG als erbracht, wenn der Sachverhalt mit einem «*reasonable degree of certainty*» erstellt ist. Andere Beweismassvorschriften der *lex causae* werden durch das aus dem CISG zu schöpfende Beweismass verdrängt, so beispielsweise das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für Fälle typischer Beweisnot im schweizerischen Recht.

b) Beschränkter Wert dieses Massstabs

Einzugestehen ist freilich, dass der einheitliche Massstab des «*reasonable degree of certainty*» von beschränktem Wert ist. Was «*reasonably certain*» ist, kann verschieden begründet werden.⁷⁴ Dies liegt aber in der Natur der Sache: Jegliches Beweismass hat eine subjektive Komponente, da sich die Überzeugung des Richters nicht mit einem naturwissenschaftlich nachweisbaren Grad feststellen lässt.⁷⁵

was in Art. 74 CISG implizit eingeschlossen sei. Im gleichen Sinn auch MCKENDRICK (Fn. 23), Article 7.4.3 Unidroit Principles of International Commercial Contracts note 1.

71 BRUNNER (Fn. 9), Art. 74 CISG Fn. 1644.

72 Siehe dazu auch MAGNUS, Die UNIDROIT Principles und die Wiener Kaufrechtskonvention, in: The Unidroit Principles 2004, Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification, Zürich 2007, 57 ff., spez. 62, der diesbezüglich von einem Unterschied zwischen CISG und den UNIDROIT-Principles spricht.

Kritisch zum Verhältnis zwischen CISG und «*Loss-of-a-chance-Regel*» wohl auch SCHWENZER/ FOUNTOLAKIS, International Sales Law, Abingdon/New York 2007, 531 Q 74-21.

Tendenziell offener ZELLER (Fn. 66), 126, m.Nw. («*At question is the extent to which courts and tribunals are prepared to consider «a chance», The CISG arguably allows for the inclusion of such matters [...]»*).

73 SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 11), Art. 74 CISG N 49.

74 Vgl. dazu als Beispiel nur etwa die Ausführungen von MCKENDRICK (Fn. 23), Article 7.4.3 Unidroit Principles of International Commercial Contracts note 3 («*The difficult question, and the question which neither the text of Art. 7.4.3 nor the Official Comment seek to address, relates to the meaning of the words «reasonable degree of certainty»*»).

75 Vgl. BERGER-STEINER (Fn. 36), 145 ff.

Fraglich ist sodann, ob die Einheitlichkeit des Massstabs für alle Beweisthemen zu sachgerechten Ergebnissen führt. Allerdings bietet der «*reasonable degree of certainty*» eine gewisse Flexibilität, da je nach Konstellation eine geringere oder höhere richterliche Überzeugung verlangt sein wird, damit ein vernünftiger Grad an Sicherheit besteht.⁷⁶ So ist in Fällen typischer Beweisnot, bei nicht ziffernmässig nachweisbarem Schaden⁷⁷ oder bei vorsätzlicher Vertragsverletzung⁷⁸ ein vernünftiger Grad eher erreicht als bei anderen Beweisthemen. Mit dieser Argumentation nähern wir uns aber den schweizerischen Beweismassregeln an (Schadenschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR, überwiegende Wahrscheinlichkeit bei Beweisnot und im Übrigen strikter Beweis). Dies zeigt die Gefahr, dass Autoren und Gerichte versucht sein könnten, auf ein nationales Vorverständnis zurückzugreifen, um den unbestimmten Begriff des «*reasonable degree of certainty*» mit Bedeutung zu füllen. Nichtsdestotrotz hat der einheitliche Massstab den Vorteil, dass sich die Gerichte der Bedeutung der einheitlichen Rechtsanwendung bewusst werden. Das Risiko eines Zurückgreifens auf verschiedenartige nationale Beweismassvorschriften wird damit zwar nicht ausgeschaltet, nimmt aber stark ab.

V. Fazit

Die in diesem Beitrag vertretenen Standpunkte lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- In einem internationalen Warenkaufsfall richtet sich das Beweismass nach dem vereinheitlichten Kaufrecht (CISG). Demnach gilt ein Sachverhalt als erstellt, wenn er mit einem vernünftigen Grad an Sicherheit bewiesen ist («*reasonable degree of certainty*»). Dies gilt gleichermassen für Schiedsverfahren.
- Beweismassvorschriften der *lex fori* für besondere Verfahrensarten (und somit ohne Nähe zum materiellen Recht), etwa zwecks Förderung des Verfahrensablaufs, bleiben als Ausnahme anwendbar. Im schweizerischen Zivilprozessrecht ist dies beispielsweise das Beweismass der Glaubhaftmachung im Verfahren um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme oder im Rechtsöffnungsverfahren. In einem Schiedsprozess sind solche ergänzenden Beweismasse, so-

76 SCHWENZER/HACHEM (Fn. 25), Art. 4 CISG N 26.

77 Ansonsten würde der Nachweis eines entgangenen Gewinns häufig illusorisch. So lässt auch CISG-AC Opinion No. 6 (Rapporteur JOHN Y. GOTANDA) für die Bestimmung des entgangenen Gewinns eine *reasonable estimation* genügen (N 2.9), obwohl im Übrigen ausschliesslich von einer *reasonable certainty* die Rede ist (N 2.6 ff.). NIGG (Fn. 27), 118, führt (losgelöst von UN-Kaufrechtsfällen) aus, dass ein- und dieselbe Beweismassumschreibung je nach Fallbezug und Beweisschwierigkeit unterschiedliche Anforderungen aufstelle.

78 SCHWENZER/HACHEM (Fn. 25), Art. 4 CISG N 26; SCHWENZER (Fn. 5), Art. 74 CISG N 65.

fern sie sich nicht aus der anwendbaren Schiedsordnung oder anderweitiger Parteivereinbarung ergeben, aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten.

- Sodann sind in einem Wiener Kaufrechtsfall oft auch Fragen zu beurteilen, für die das CISG nicht anwendbar ist. Für diese gelten in erster Linie besondere Beweismassvorschriften der *lex causae* und ergänzend die allgemeinen Beweismassvorschriften der *lex fori*, vor schweizerischen Gerichten somit ergänzend der strikte Beweis.

Die geschilderten Regeln wirken darauf hin, dass in CISG-Fällen mit weitgehend gleichen Massstäben geurteilt wird und das Ergebnis nicht je nach Gerichtsstandort oder anwendbarem nationalem Recht verschieden ausfällt. Lehre und Praxis werden aber das noch schwer fassbare Beweismass des vernünftigen Grades an Sicherheit näher auszugestalten haben.