Bemerkungen: Das Bundesgericht hält an seiner konstanten und richtigen Rechtsprechung zum Vertrauensschutz bei unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen fest (Erw. 3). Es wird auf die Ausführungen in ZZZ 2004, S. 575 verwiesen.

Dr. Dominik Vock, LL.M., Rechtsanwalt

(6) Herabsetzung des Beweismasses bei der Beurteilung der Urteilsunfähigkeit einer verstorbenen Person. Abgrenzung der Frage des Beweismasses von derjenigen der Beweiswürdigung und der rechtlichen Subsumtion.

Urteil des Bundesgerichts vom 6. Oktober 2004, , II. Zivilabteilung, 5C.32 und 33/2004, A. c. Gemeinde B. und C., Berufungen.

Aus den Erwägungen: « 3.2 Den erwähnten Schwierigkeiten, die Urteilsunfähigkeit einer verstorbenen Person nachzuweisen, begegnet die Praxis zusätzlich mit einer Herabsetzung des Beweismasses.

3.2.1 Nach der bisherigen Rechtsprechung genügt für den Beweis der Urteilsunfähigkeit einer verstorbenen Person eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, die jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst, weil in diesem Fall die Natur der Sache einen absoluten Beweis unmöglich macht (BGE 74 II 202 E. 1 S. 205 und die seitherige Rechtsprechung; zuletzt: Urteil des Bundesgerichts 5C.52/2003 vom 11. März 2004, E. 4.1.1). Das Kantonsgericht hat auf diese Praxis des Bundesgerichts hingewiesen (E. 4c S. 18) und ist davon ausgegangen, die Erblasserin müsse als urteilsunfähig bezeichnet werden und ein ernsthafter Zweifel daran erscheine ausgeschlossen (E. 7f S. 46).

3.2.2 In einem kürzlich veröffentlichten Urteil hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Frage auseinander gesetzt, welches Beweismass bei sog. Beweisnot genügt. Es ist zum Schluss gelangt, dass sich in den Fällen, wo ein strikter Beweis der Sache nach nicht möglich ist, eine Herabsetzung des Regelbeweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit rechtfertige (BGE 130 III 321 E. 3.2 und 3.3 S. 324 ff.). Die Bedingung ist beim Beweis der Urteilsunfähigkeit einer verstorbenen Person erfüllt, wie das bereits aus der bisherigen Rechtsprechung hervorgeht. Zu präzisieren ist lediglich die Bezeichnung des herabgesetzten Beweismasses: Sie lautet auf ‹überwiegende Wahrscheinlichkeit› (‹vraisemblance prépondérante›; ‹verosimiglianza preponderante›).

3.2.3 Entgegen der Annahme der Beklagten hat das Kantonsgericht auf das zutreffende, gegenüber dem Regelbeweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzte Beweismass abgestellt. Eine Beweismassverletzung liegt nicht vor.

Die Frage, ob der den bundesrechtlichen Anforderungen entsprechende Beweis von den Klägern als beweisbelastete Partei tatsächlich erbracht worden ist, kann im Verfahren der eidgenössischen Berufung nicht überprüft werden. Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine Frage der gerichtlichen Beweiswürdigung, die auf Bundesebene einzig mit der – von der Beklagten im Übrigen auch erhobenen – staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden kann (BGE 130 III 321 E. 5 S. 327). Zur unüberprüfbaren Beweiswürdigung gehört insbesondere die Beurteilung, ob ein Gutachten als schlüssig und beweiskräftig gelten kann (BGE 130 III 145 E. 3.2 S. 160). Auf die Vorbringen der Beklagten kann deshalb nicht eingetreten werden, die sie unter dem Titel ‹Verletzung des Regelbeweismasses› aufführt, die aber keine Verletzung der Beweisanforderungen belegen, sondern ausschliesslich gegen die Schlüssigkeit des Obergutachtens gerichtet sind und auch wörtlich mit den entsprechenden Ausführungen in den

staatsrechtlichen Beschwerden übereinstimmen. Auf dort Gesagtes kann hier verwiesen werden (vgl. insbesondere E. 6 des Urteils).

Von der Frage, ob das vorgeschriebene Beweismass erfüllt ist, muss die daran anschliessende rechtliche Beurteilung unterschieden werden: Als Berufungsinstanz hat das Bundesgericht zu prüfen, ob das kantonale Gericht den von ihm konkret festgestellten Tatbestand mit Recht oder zu Unrecht unter den Begriff der Urteilsfähigkeit subsumiert hat (E. 2 hiervor). Berufungsgrund ist die Frage der Anwendung von Bundesrecht (Art. 43 Abs. 2 OG).»

Bemerkungen: Das Urteil befasst sich mit der Abgrenzung verschiedener Fragen um den Beweis und konsolidiert die jüngste Rechtsprechung zum herabgesetzten Beweismass:

1. Art. 8 ZGB regelt die *Beweislastverteilung* und damit die Folgen der Beweislosigkeit. Eine Verletzung von Art. 8 ZGB kann (sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind) mit Eidgenössischer Berufung gerügt werden (BGE 119 II 114, 118 II 142).

2. Das *Beweismass* besagt, mit welcher Intensität der Richter vom Vorhandensein einer bestimmten Tatsache überzeugt sein muss.

a. Das Regelbeweismass ist der *strikte Beweis.* Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachverhaltsbehauptung überzeugt ist. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321).

b. Bei bestimmten Sachverhalten ist ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich. Man spricht von einer eigentlichen Beweisnot. Blosse Beweisschwierigkeiten im konkreten Fall gelten nicht als Beweisnot. Eine solche liegt nur vor bei Beweisschwierigkeiten, welche typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (BGE 130 III 324; Urteil des Bundesgerichts 5C.175/1997 vom 17. Oktober 1997, E. 2 und 3). Dies trifft etwa für die Frage der Urteilsfähigkeit (oben E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5C.52/2003 vom 22. März 2004, E. 4.1.1.), für das Vorliegen eines Versicherungsfalles (vor allem Diebstahl) (BGE 130 III 325; Urteil 5C.47/2002 vom 17. April 2002, E. 2b, und 5C.99/2002 vom 12. Juni 2002, E. 2.1), für die Unfreiwilligkeit eines Schadensereignisses (Pra 2001, 706), beim Kausalzusammenhang (BGE 124 III 155; 121 III 358) oder für den Nachweis sexueller Beziehungen (i. S. v. Art. 262 ZGB) (BGE 95 II 77; 75 II 102) zu.

Liegt Beweisnot vor, so genügt sog. *überwiegende Wahrscheinlichkeit* (oben E. 3.2.2) Das Bundesgericht konsolidiert damit seine jüngste Rechtsprechung (BGE 130 III 325; 128 III 271). Dafür genügt, dass verschiedene Element für das Vorhandensein der Tatsache sprechen. Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebliche Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (BGE 130 III 325).

c. Schliesslich genügt für bestimmte Sachverhalt ein *blosses Glaubhaftmachen* (etwa für vorsorgliche Massnahmen [Art. 28c Abs. 1 ZGB] oder Streitigkeiten des SchKG [Art. 82 Abs. 2, Art. 271 Abs. 1]). Hierfür genügt es, wenn für das Vorhandensein einer Tatsache gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sich die Tatsache auch nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 325)

Soweit es um Ansprüche des Bundesrecht geht, bemisst sich auch das Beweismass nach diesem. Eine Verletzung des Beweismasses kann daher (sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind) mit Eidgenössischer Berufung gerügt werden.

3. Ob ein Beweis von der beweisbelasteten Partei tatsächlich erbracht worden ist, ist eine Frage der *Beweiswürdigung.* Diese kann auf Bundsebene nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden (oben E. 3.2.3; BGE 130 III 527).

4. Davon zu unterscheiden ist schliesslich die *rechtliche Beurteilung des rechtsrelevanten Sachverhalts.* Soweit die Anwendung von Bundesrecht in Frage steht, kann dessen Verletzung (sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind) mit Eidgenössischer Berufung gerügt werden (oben E. 3.2.3).

PD Dr. Franco Lorandi, LL.M., Rechtsanwalt

4. Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht / Droit international de procédure civile, exécution forcée internationale et droit international de la faillite

(7) Feststellung fremden Rechts von Amtes wegen. Art. 16 Abs. 1 IPRG.

Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2004, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 1P.390/2004, A. und B. c. C. sowie Bank D., das Institut Suisse de droit comparé und die Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève, Staatsrechtliche Beschwerde.

Erw. 3: «2.2 L'art. 16 al. 1 LDIP consacre l'obligation, pour le juge, d'établir d'office le droit étranger, sans s'en remettre au bon vouloir des parties, auxquelles il doit donner la possibilité de s'exprimer au sujet du droit applicable à un stade de la procédure précédant l'appréciation de celui-ci (ATF 121 III 436 consid. 5a p. 438 et les références citées). Le juge cantonal doit donc déterminer le contenu du droit étranger, en s'inspirant des sources de ce dernier, comprenant la législation, la jurisprudence et éventuellement la doctrine, en particulier les commentaires. S'agissant du droit de pays voisins, le juge ne doit pas solliciter systématiquement l'avis d'un expert judiciaire, car l'application du droit étranger aux cas concrets rentre dans ses attributions et non pas dans celles de l'expert (ATF 119 II 93 consid. 2c/bb p. 94). L'obligation imposée par l'art. 16 al. 1 LDIP vaut également lorsqu'il s'agit d'établir le droit étranger d'un pays non voisin, en recourant à l'assistance que peuvent offrir les instituts et services spécialisés compétents, tel que l'Institut suisse de droit comparé (cf. art. 3 al. 1 let. c de la loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé [RS 425.1]; Message du Conseil fédéral du

10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé, FF 1983 I 302, ch. 214.4; ATF 121 III 436 consid. 5b p. 439/440; *Monica Mächler-Erne,* in *Honsell/Vogt/Schnyder,* Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. 3, n. 8 ad art. 16 LDIP).

Selon la cour cantonale, les avis de droit destinés à établir le contenu d'un droit étranger ne sont pas, sur le plan de la procédure, assimilés à des rapports d'experts, car le contenu de ce droit ne porte pas sur un fait susceptible de donner lieu à une expertise au sens de l'art. 255 al. 1 LPC. Elle se fonde en cela sur l'avis des commentateurs de la loi de procédure civile genevoise et sur la jurisprudence du Tribunal fédéral qui assimile les avis de droit accompagnant les recours non pas à des faits nouveaux, mais à des développements juridiques (*Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt,* Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 3 in fine ad art. 255; ATF 109 II 280 consid. 2 p. 283). A supposer que cette manière de voir soit correcte et qu'une exception ne doive pas être admise lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu du droit étranger (en ce sens, *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler,* Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St-Gallen, Berne 1999, ch. 2 let. a ad art. 90, p. 256, et ch. 1 let. g ad art. 112, p. 310; *Bühler/Edelmann/Killer,* Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2e éd., Aarau 1998, ch. 1 ad § 253, p. 501; *François Bohnet,* Code de procédure civile neuchâtelois commenté, Bâle 2003, p. 102), cela ne signifie pas pour autant que les instituts et services spécialisés auxquels un tribunal fait appel pour l'aider à déterminer le contenu du droit étranger ne seraient soumis à aucune règle d'incapacité ou de récusation. La faculté reconnue au juge de prendre l'avis de tiers pour établir le contenu du droit étranger ne le dispense pas d'agir conformément aux principes fondamentaux de la procédure et, en particulier, de choisir un auxiliaire présentant les mêmes garanties d'impartialité et d'indépendance que celles requises d'un expert. Il est tout à fait possible que la personne appelée à établir un avis de droit soit liée à l'une des parties au litige de telle sorte qu'elle n'apparaît pas objectivement impartiale et indépendante. Il y a donc de bonnes raisons à faire valoir en faveur de l'application des règles de récusation aux tiers auxquels le tribunal recourt afin d'appréhender le contenu du droit étranger qu'il doit établir d'office en vertu de l'art. 16 al. 1 LDIP. Cette question peut cependant rester indécise, car le second motif retenu à titre subsidiaire par la Cour de justice pour écarter la demande de récusation échappe au grief d'arbitraire.

2.3 En vertu de l'art. 258 al. 1 LPC gen., les causes de récusation des experts sont les mêmes que pour les juges. Celles-ci sont définies aux art. 85 à 92 LOJ gen. L'art. 91 let. a LOJ gen. prévoit notamment que tout juge est récusable s'il a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend. Selon l'art. 92 LOJ gen., la loi laisse aux tribunaux le pouvoir de décider si d'autres causes, qui peuvent être proposées, sont assez graves pour motiver la récusation. La Cour de justice a retenu que l'activité scientifique de l'Institut suisse de droit comparé, consistant à donner des renseignements ou des avis de droit en matière de droit étranger sur la base de l'état de fait qui lui est soumis ou en réponse aux questions posées, n'était pas comparable à celle de conseil à un plaideur, au sens de l'art. 91 let. a LOJ gen. Cette motivation n'apparaît pas insoutenable.

L'Institut suisse de droit comparé, entré en fonction le 20 avril 1982, a été instauré par la Confédération en vertu d'une loi fédérale adoptée le 16 octobre 1978 afin notamment de fournir aux autorités judiciaires et administratives, ainsi qu'aux avocats et autres intéressés, des informations juridiques sur le droit étranger en mettant à leur disposition les documents nécessaires et en leur donnant des avis de droit (cf. Message du Conseil fédéral sur la création d'un Institut suisse de droit comparé, FF 1976 I 813). Il s'agit d'un établissement de droit public autonome, financé exclusivement par la Confédération. Les collaborateurs scientifiques reçoivent un traitement versé par celle-ci et ne touchent