

Substanziieren – wozu?

Zwecke der Substanziierungslast und Anforderungen an den Substanziierungsgrad

Dr. iur. Mark Schweizer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich/Bonn)*

I. Einleitung

Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass die beweisbelastete Partei in einem Zivilprozess ihre Tatsachenbehauptungen «substanziiert» vortragen muss.¹ Auch der Beweisgegner darf sich nicht mit pauschalen Bestreitungen begnügen, sondern muss

«substanziert» bestreiten.² «Substanziieren» bezeichnet im juristischen Sprachgebrauch die Zergliederung einer allgemeinen Behauptung in mehrere Teilbehauptungen;³ besser würde man vielleicht von der Ersetzung einer allgemeinen durch eine oder mehrere speziellere Aussage(n) sprechen. Die Anforderungen an die Substanziierung bestimmen «das Mass an gebotener Detailgenauigkeit»⁴ des Sachvortrags. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden die Anforderungen an die Substanziierungslast («la charge de la motivation», «l'onere di specificazione») durch materielles Bundesrecht bestimmt.⁵ Rechtsfolge eines ungenügend substanzierten Sachvortrags ist die Abweisung, mit voller materieller Rechtskraft, der darauf gestützten Klage.⁶ Allerdings ist das Gericht gehalten, vorab seine Fragepflicht nach Art. 56 ZPO auszuüben, wenn es das Vorbringen einer Partei für ungenügend substanziert und deshalb für unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig hält, wobei ein allgemeiner Hinweis auf die Substanziierungslast nicht genügt, sondern aufzuzeigen ist, «welche Vorbringen in welcher Hinsicht zu vervollständigen sind».⁷

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis regelmässig die Umschreibung des Grades der Substanziierung, der verlangt werden darf. Lehre und Rechtsprechung bieten nur vage Richt-

Der Autor vertritt die These, dass sich nur anhand teleologischer Überlegungen begründen lasse, weshalb ein Sachvortrag den Anforderungen an die Substanziierung nicht genüge. In Lehre und Rechtsprechung werden verschiedene Zwecke der Substanziierung genannt, namentlich die Ermöglichung des Beweisverfahrens, die Wahrung der Verteidigungsrechte des Beklagten, die Verhinderung des Ausforschungsbeweises und die Plausibilitätsprüfung des Sachvortrags. Da die verschiedenen Zwecke zu unterschiedlichen Anforderungen an das Mass der Detailgenauigkeit des Sachvortrags führen, ist vorab klarzustellen, welche dieser Zwecke gerechtfertigt sind. Der Autor zeigt auf, dass das Bundesgericht im Unterschied zur höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland zu teilweise anderen Resultaten gelangt. Zi.

Selon l'auteur, ce n'est que par une interprétation téléologique que l'on peut justifier qu'un exposé des faits ne remplit pas les exigences de motivation en fait. La doctrine et la jurisprudence évoquent divers buts que poursuit cette charge de motiver en fait. Elle permet notamment de procéder à l'administration des preuves, de sauvegarder les moyens de défense du défendeur, d'empêcher tout moyen de preuve exploratoire et d'examiner la plausibilité de l'exposé des faits. Comme les buts poursuivis amènent à une exigence de précision qui varie, il faut clairement définir quels buts sont légitimes. L'auteur montre que le Tribunal fédéral parvient en partie à des résultats différents de ceux de la jurisprudence de la juridiction suprême allemande. P.P.

* Der Autor ist derzeit Gast am Max Planck Institut zur Erforschung der Gemeinschaftsgüter, Bonn.

¹ Statt aller Georg Naegeli, Art. 221 N 22, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kurzkomentar (2010), zitiert als: KUKO-ZPO-Naegeli.

² KUKO-ZPO-Naegeli, Art. 222 N 5.

³ Jürgen Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht (1989) 23 f.; der Sprachgebrauch ist aber nicht immer eindeutig, siehe derselbe, 129.

⁴ KUKO-ZPO-Oberhammer, Art. 55 N 12.

⁵ BGE 127 III 365 E. 2b unter Hinweis auf 123 III 183 E. 3e; 108 II 337 E. 2 und 3.

⁶ BGE 115 II 187 E. 3b. Ein Prozessurteil erfolgt hingegen, wenn die vorgetragenen Behauptungen nicht einmal die Individualisierung des Anspruchs zulassen, BGE 115 II 187 E. 3b unter Hinweis auf Georges Huguenin-Dumittan, Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast (1980) 21 f. und 25.

⁷ Walter Fellmann, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung. in: Walter Fellmann (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009 (2009) 70–100, 84 f., unter Hinweis auf KassGer ZH, ZR 2005, Nr. 9 = SJZ 2005 43 ff. E. 2.2c.

linien.⁸ Klar ist, dass die Substanziierungslast (auch: konkrete Behauptungslast⁹) mehr als die bloss (abstrakte) Behauptungslast verlangt.¹⁰ Letztere ist ein Ausfluss des Verhandlungsgrundsatzes, gemäss dem der Richter seinem Urteil nur solche Tatsachen zugrunde legt, die behauptet wurden.¹¹ Die Behauptungslast ist erfüllt, wenn die beweisbelastete Partei alle Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat, die ihr einen Anspruch gewähren würden, wenn sie wahr wären.¹² Wird bereits die Behauptungslast – in Deutschland auch als Darlegungslast bezeichnet¹³ – nicht erfüllt, ist die Klage nicht schlüssig und, wenn der Kläger auch auf entsprechende Nachfrage hin (Art. 56 ZPO) nicht fähig oder willens ist, schlüssig vorzutragen, nicht auf sie einzutreten.¹⁴ Die sich aus der Behauptungslast an den Sachvortrag ergebenden Anforderungen sind gering, denn auch eine allgemeine Behauptung lässt sich, wenn sie einschlägig ist, unter die entsprechende Rechtsnorm subsumieren. Soweit ersichtlich gibt es nur ein Bundesgerichtsurteil, das ein Urteil der Vorinstanz bestätigt, welches eine Klage wegen fehlender *Schlüssigkeit* abgewiesen hatte.¹⁵ Die Frage der genügenden Substanziierung hingegen ist von grosser praktischer Bedeutung, und aus Sicht der Prozessanwälte benutzen (kantonale) Gerichte teilweise überhöhte Anforderungen an die Substanziierung, um unliebsame – weil aufwendige – Prozesse ohne Beweisverfahren zu erledigen.¹⁶

Die Umschreibung des hinreichenden Grades der Substanziierung bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil es einen «logisch richtigen» Grad der Detaillierung nicht gibt. Fast jede Tatsachenbehauptung lässt sich weiter spezifizieren. Der Kläger, der einen Mangel am bestellten Werk im Sinne

von Art. 368 Abs. 2 OR geltend macht, kann behaupten, (i) das Dach habe einen Mangel, (ii) das Dach rinne, (iii) das Dach rinne ca. 2 Meter vom Giebel und ca. 3 Meter von der westlichen Wand entfernt, (iv) das Dach rinne ca. 2 Meter vom Giebel und ca. 3 Meter von der westlichen Wand entfernt, wenn es stark regne, oder (v) das Dach rinne ca. 2 Meter vom Giebel und ca. 3 Meter von der westlichen Wand entfernt, wenn es während mehr als 4 Stunden mit einer durchschnittlichen Niederschlagsmenge von mindestens einem Liter pro Quadratmeter regne. Welcher Detaillierungsgrad darf verlangt werden? Generell-abstrakte Formulierungen der Anforderungen an die Substanziierungslast wie diejenige, dass eine Tatsachenbehauptung nicht alle Einzelheiten zu enthalten brauche, sondern es genüge, wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet worden sei,¹⁷ erlauben kaum, im konkreten Fall zu beantworten, ob der Detaillierungsgrad ausreichend ist.

Die in diesem Aufsatz vertretene These ist, dass dem Begriff der Substanziierung nur durch teleologische Überlegungen Kontur verliehen werden kann.¹⁸ Es kann nicht gelingen, einen generell-abstrakten Obersatz zu formulieren, der durch einen klassischen juristischen Syllogismus den Schluss erlaubt, ob eine Tatsachenbehauptung genügend substanziiert ist. Vielmehr lässt sich die hinreichende

⁹ Hanns Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast. Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht (1983) 44.

¹⁰ Brönnimann (Fn. 3) 129 f.; unklar Walter Fellmann, Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann, Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011 (2011) 13–36, 15.

¹¹ Als Ausnahme von diesem Grundsatz müssen allgemein bekannte und gerichtsnotorische Tatsachen und allgemein anerkannte Erfahrungssätze nicht nur nicht bewiesen, sondern auch nicht behauptet werden; KUKO-ZPO-Schmid, Art. 151 N 2; Nicolas Passadellis, Art. 151 N 7, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) (2010); Denis Tappy, Art. 221 N 20, in: François Bohnet, Jacques Haldy, Nicolas Jeandin, Philippe Schweizer, Denis Tappy (Hrsg.), Code de procédure civile commenté (2011); so bereits Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht (3. A. 1979) 161.

¹² BGer, Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2, unter Hinweis auf Brönnimann (Fn. 3) 57; Fabienne Hohl, Procédure civile – Introduction et théorie générale (2001) Rz. 796.

¹³ Herbert Seutemann, Die Anforderungen an den Sachvortrag der Parteien, MDR 1997 615–620, 616, zieht den Ausdruck «Anfangsdarlegungslast» vor.

¹⁴ Das BGer, Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.5, schliesst bei nicht schlüssiger Klage, wie das Handelsgericht Zürich, auf Abweisung. M.E. sollte in diesen Fällen ein Prozessurteil ergehen, da sich gar nicht beurteilen lässt, welchen materiellrechtlichen Anspruch der Kläger geltend macht, und entsprechend auch kein Anspruch individualisiert werden kann.

¹⁵ BGer, Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010.

¹⁶ Hafter (Fn. 8) Rz. 888 ff. Ähnliches berichten Ralf Eschelbach/Andreas Geipel, Substanziierungslast des Klägers im Zivilprozess, ZAP Fach 13, Nr. 22 vom 17. November 2010, 1669–1680, 1669, von deutschen Tatgerichten.

¹⁷ BGE 136 III 322 E. 3.4.2.

¹⁸ Ähnlich Markus Affolter, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess (1993) 108; für das deutsche Recht Ralf Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976) 112 f.

⁸ Isaak Meier/Miguel Sogo, Schweizerisches Zivilprozessrecht. Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre (2010) 298; Peter Hafter, Strategie und Technik des Zivilprozesses. Einführung in die Kunst des Prozessierens (2. A. 2011) Rz. 925 («uneinheitliche Rechtsprechung»).

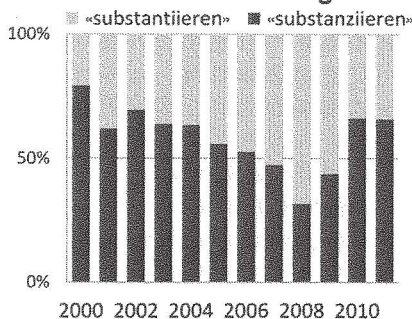
Substanziierung nur an der Antwort auf die Frage messen, ob die Substanziierung im konkreten Fall genügt, den ihr zugedachten Zweck zu erfüllen. Diese Ausrichtung am Zweck setzt voraus, dass man sich überhaupt einig ist, welchem Zweck, oder welchen Zwecken, die Substanziierungslast dient. Erst dann kann man die Frage stellen, und beantworten, ob es zur Erreichung dieses Zweckes – oder dieser Zwecke – notwendig ist, dass der Sachvortrag näher spezifiziert wird.

Wie eine Sichtung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur zeigt, sind die Zwecke, die mit der Substanziierung im Zivilprozess in Verbindung gebracht werden, erstaunlich zahlreich. Genannt werden

- a) Ermöglichung des Beweisverfahrens;
- b) Wahrung der Verteidigungsrechte des Beklagten;
- c) Verhinderung des Ausforschungsbeweises;
- d) Plausibilitätsprüfung des Sachvortrages;
- e) und für die substanzierte Bestreitungslast
- e) Verschlinkung des Beweisverfahrens;
- f) Ausgleich eines Informationsgefälles;
- g) Plausibilitätsprüfung des Sachvortrages.

Im Folgenden werden die verschiedenen Zwecke der Substanziierung näher untersucht und geprüft, welche Auswirkungen auf den Grad der notwendigen Substanziierung die verschiedenen Auffassungen haben. Vorab aber wird der Frage nachgegangen, ob die Auffassung, dass sich die Anforderungen an die Substanziierung aus dem materiellen Bundesrecht ergeben, unter der schweizerischen Zivilprozessordnung noch haltbar ist.

Wie schreibt man das eigentlich?



Schreibweise von «substanziieren» in Bundesgerichtsurteilen seit 2000

Ein paar wenige Worte zur Schreibweise: Das Bundesgericht verwendet in seinen neueren Urteilen sowohl «substantiieren» als auch «substanziieren» (resp. «Substantiierung» und «Substanziierung»). In älteren Urteilen findet sich nur die Schreibweise mit «t». Seit 2000 jedoch sind «substanziieren» und «Substanziierung» mit 58% in einer deutlichen Mehrheit, weshalb in diesem Aufsatz der Vorzug gegeben wird. Weiter wird im Folgenden statt «beweisbelastete Partei» manchmal «Kläger» und statt «Beweisgegner» «Beklagter» verwendet. Der Autor ist sich bewusst, dass die Beweislast – und Behauptungs- und Substanziierungslast folgen grundsätzlich der Beweislast¹⁹ – nicht von der Partei-

rolle abhängt,²⁰ aber in der Praxis ist es eben dennoch meistens so, dass den Kläger die Beweis- und folglich die Behauptungs- und Substanziierungslast trifft, und die verkürzende Ausdrucksweise dient der Lesbarkeit.

II. Richten sich die Anforderungen an die Substanziierung nach materiellem Bundesrecht oder nach Prozessrecht?

Die Rechtsprechung, dass sich die Anforderungen an die hinreichende Substanziierung eines Sachvortrages aus materiellem Bundesrecht ergeben, geht mehr als 100 Jahre zurück.²¹ Das Bundesgericht begründete diese Auffassung ursprünglich damit, dass Bundeszivilrecht bestimme, welche Tatsachen gegeben sein müssten, damit ein Anspruch entstehe, entsprechend regle auch Bundeszivilrecht, welche Tatsachen behauptet werden müssten, damit alle Voraussetzungen des Anspruchs geltend gemacht würden. Diese Begründung wird in neueren Urteilen, zurückgehend auf BGE 127 III 365 E. 2b, wieder aufgenommen.²² Die Anforderungen an die Substanziierung ergäben sich «einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei».²³ Wenn man ausschliesst, dass das Verhalten der Gegenpartei eine Rechtsquelle ist, ergeben sich die Anforderungen an die Substanziierung gemäss dieser Begründung also aus der materiellen Norm, aus der die beweisbelastete Partei ihren Anspruch ableitet.

Eine andere Begründung geht zurück auf BGE 98 II 113. Das Bundesgericht argumentiert hier, Bundeszivilrecht verlange, dass jede sich auf Bundeszivilrecht gründende Rechts-

¹⁹ Statt aller KUKO-ZPO-Naegeli, Art. 221 N 21. Eine Ausnahme ist nach deutscher Lehre die sogenannte «sekundäre Behauptungslast», siehe hinten, IV.B. bei Fn. 113.

²⁰ Statt aller Leo Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung (S. A. 1965) 173 f.

²¹ BGE 26 II 291 E. 4.

²² Zuletzt bestätigt in Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.1.

²³ BGE 127 III 365 E. 2b.

behauptung bei hinreichendem Interesse zum Urteil zuzulassen sei.²⁴ Wenn folglich eine kantonale Instanz eine Klage zu Unrecht mit der Begründung abweise, sie sei nicht genügend substantiiert worden, verletze sie materielles Bundesrecht, indem sie die Partei um das ihr zustehende Klagerecht bringe. Bundesrecht entscheide daher darüber, «ob die form- und fristgemäss vorgebrachten Tatsachenbehauptungen erlauben, die Rechtsbehauptung einer Partei zu beurteilen».²⁵ Ähnlich argumentiert Brönnimann, gemäss dem der Vorrang des Bundesrechts verletzt wird, wenn kantonales Recht überhöhte Anforderungen an die – von ihm als prozessrechtlich bezeichnete – Substanziierung stellt und dadurch verhindert, dass der Kläger einen ihm an sich zustehenden Anspruch durchsetzen kann.²⁶

Das Bundesgericht deutet bereits in BGE 108 II 337 an, dass man zum gleichen Ergebnis auch über Art. 8 ZGB gelangen könnte, denn wenn der Richter nicht ohne Beweiserhebung über eine erhebliche Tatsachenbehauptung hinweggehen darf, so darf er das auch nicht mit der Begründung, es fehle an ausreichender Substanziierung.²⁷ Es liess aber letztlich offen, ob es sich auf «einen ungeschriebenen Satz des materiellen Bundesrechts»²⁸ oder auf Art. 8 ZGB stütze, weil das Ergebnis dasselbe sei. In anderen Urteilen wird die bundesrechtliche Natur der Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Tatsachenbehauptungen hingegen ausdrücklich mit dem Verweis auf Art. 8 ZGB begründet.²⁹

Es gibt also drei verschiedene Begründungen, nämlich über die anspruchsbegründende materielle Norm, einen ungeschriebenen Satz des materiellen Bundesrechts und über Art. 8 ZGB, die alle dazu führen, dass sich

die Anforderungen an die Substanziierung aus materiellem Bundesrecht ergeben. Die materiellrechtliche Natur der Substanziierungslast wird von einer Mehrheit der Lehre auch unter der schweizerischen Zivilprozessordnung betont.³⁰

Kern aller dieser Begründungen ist die Idee, dass die zur Durchsetzung des materiellen Rechts notwendigen Vorschriften ebenfalls zum materiellen Recht gehören.³¹ Dies lieferte die Rechtfertigung, den Kantonen in Bereichen Vorschriften zu machen, die auf den ersten Blick zum Kernbereich des Prozessrechts gehören, für das der Bund bekanntlich bis zur Annahme des revidierten Art. 122 BV im Rahmen der Justizreform durch Volk und Stände am 12. März 2000 keine Gesetzgebungskompetenz hatte. Das Problem mit dieser Begründung ist, dass sie, konsequent zu Ende gedacht, dazu führt, dass fast jede Vorschrift des Zivilprozessrechts Teil des materiellen Zivilrechts ist,³² denn das Zivilprozessrecht dient, nach allgemeiner Auffassung, der Durchsetzung des materiellen Zivilrechts.³³

Nun ist die Abgrenzung von Zivilprozess- und materiellem Zivilrecht schwierig. Einig ist man sich, dass sie nach funktionalen Kriterien erfolgen sollte.³⁴ Die in der Literatur genannten generell-abstrakten Definitionen des Prozessrechts können unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisiert werden.³⁵ Dennoch gibt es einen Kern dessen, was das Prozessrecht ausmacht. Nach der traditionellen Definition ordnet das Privatrecht Entstehung, Veränderung, Untergang und Inhalt von Rechten und Rechtsverhältnissen zwischen gleichwertigen Personen. «Das Zivilprozessrecht hat dagegen Organisation und Aufgabenkreis der Zivilgerichte und ihr Verfahren zum Gegenstand.»³⁶ Die neueren Lehrbücher von

²⁴ BGE 98 II 113 E. 4a, unter Hinweis auf Max Kummer, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht (1954) 20 ff.

²⁵ BGE 98 II 113 E. 4a; 108 II 337 E. 2b.

²⁶ Brönnimann (Fn. 3) 171.

²⁷ BGE 108 II 337 E. 2c. Hingegen scheint BGE 98 II 113 E. 4a die Begründung über Art. 8 ZGB implizit zu verwerfen.

²⁸ BGE 108 II 337 E. 2b.

²⁹ BGer, Urteil 4A_293/2011 vom 23. August 2011, E. 4.2; Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.1.

³⁰ Daniel Glasl, Art. 55 N 21, in: Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) (2011), zitiert als DIKE-ZPO-Glasl; Myriam A. Gehri, Art. 55 N 4, in: Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (2010), zitiert als BSK-ZPO-Gehri; ebenso Hohl (Fn. 12) Rz. 796; Oscar Vogel / Karl Spühler / Annette Dolge / Myriam A. Gehri, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz (9. A. 2010) § 33 Rz. 101; Fellmann (Fn. 10) 19; a.M. KUKO-ZPO-Oberhammer, Art. 55 N 12.

³¹ Isaak Meier, Privatrecht und Prozessrecht – eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Peter Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung (1992) 1–112, 24.

³² Meier (Fn. 31) 28.

³³ BGE 116 II 215 E. 3; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, 7230.

³⁴ Wolfram Henckel, Prozessrecht und materielles Recht (1970) 4; Kostas E. Beys, Zur Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht im Bereich der Abgrenzung der Revisions- bzw. Kassationsgründe, in: Walter Gerhardt, Uwe Diederichsen, Bruno Rimmelspacher, Jürgen Costede (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel (1995) 1–22, 3.

³⁵ Stephen V. Berti, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: Stephen V. Berti, Markus Knellwolf, Karoly Köpe, Martin Wyss (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts. Professor Walther J. Habscheid zum Anlass seiner Emeritierung dargeboten (1991) 9–43, 14 ff.

³⁶ Max Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR NF 80 (1961) 1–66, 1.

Spühler/Dolge/Gehri und *Meier/Sogo* definieren das Prozessrecht im Wesentlichen gleich, nämlich als die Gesamtheit der Normen, die das gerichtliche Verfahren zur Entscheidung über privatrechtliche Ansprüche regeln.³⁷ Nach der Umschreibung von *Henckel* ist Prozessrecht «der Inbegriff aller Normen, die menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln. Das materielle Recht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt angerufenen Rechtspflegeorgans begegnen.»³⁸ Rechtspflegeziel ist, das dürfte in der Schweiz entgegen der Diskussion in Deutschland weitgehend unbestritten sein, die Feststellung und

Verwirklichung subjektiver Rechte.³⁹ Die Definition von *Henckel* hat in der Schweiz insbesondere durch *Meier* Zustimmung gefunden.⁴⁰

Es scheint mir unbestreitbar, dass die Anforderungen an die Substanziierung das Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren vor den Rechtspflegeorganen regeln. Zum gleichen Resultat gelangt man, wenn man das Prozessrecht als den Inbegriff aller Normen, die das Verfahren vor Zivilgerichten regeln, auffasst. Die Substanziierung bestimmt, welchen inhaltlichen Anforderungen der Sachvortrag im Prozess genügen muss, und regelt insofern das Verfahren vor Zivilgerichten. Entstehung, Veränderung, Untergang und Inhalt eines subjektiven Rechts hingegen hängen nicht von der Substanziierung des Sachvortrags ab, einzig seine Durchsetzung vor Gericht. Die Substanziierungslast ist daher dem Prozessrecht zuzuordnen.⁴¹

Richtig ist, dass sich die *Schlüssigkeit* eines Vortrags, d.h. seine Subsumentierbarkeit unter eine Norm des materiellen Rechts, nur aus Sicht des materiellen Rechts beurteilen lässt. Welche Tatsachen der Fall sein müssen, damit ein Anspruch entsteht, bestimmt das materielle Recht, und insofern ist es natürlich auch richtig, dass das Zivilrecht bestimmt, welche Tatsachen behauptet werden müssen.⁴² Wie *detailliert* ein schlüssiger Sachvortrag sein muss, ergibt sich jedoch nicht aus dem Privatrecht.⁴³

Das Bundesgericht hatte bisher noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern, ob es auch unter der schweizerischen Zivilprozessordnung an seiner Rechtsprechung festhält, dass sich die Anforderungen an die Substanziierung aus dem materiellen Bundeszivilrecht ergeben, da auf das Verfahren vor der Tatinstanz in den bisherigen Fällen, in

denen überhöhte Anforderungen an die Substanziierung gerügt wurden, noch kantonales Recht anwendbar war (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO).⁴⁴ Es ist zu hoffen, dass es sich dafür entscheidet, dass die Substanziierungslast ein Institut des Prozessrechts ist.

Die Bedeutung dieses dogmatischen Streits um *Kaisers Bart* darf allerdings nicht überschätzt werden. Die Anforderungen an die Substanziierungs- und Bestreitungslast werden auch unter der schweizerischen ZPO weitgehend durch Richterrecht bestimmt. Die ZPO sagt in Art. 55 einzig, dass es den Parteien obliegt, dem Gericht die Tatsachen darzulegen, in Art. 221 lit. d, dass die Klage die Tatsachenbehauptungen enthalten muss, und in Art. 222 Abs. 2, dass die beklagte Partei im Einzelnen darzulegen hat, welche Tatsachenbehauptungen sie anerkennt oder bestreitet. Diese allgemeinen Bestimmungen erlauben es nicht, ein begründetes Urteil zu fällen, ob ein schlüssiger Sachvortrag ausreichend substantiiert ist. Dazu wird man die Zwecke der Substanziierung heranziehen müssen.

III. Welchen Zwecken dient die Substanziierungslast der beweisbelasteten Partei?

A. Ermöglichung des Beweisverfahrens

Nach einer häufig anzutreffenden Formulierung bedeutet die Last einer Prozesspartei, ihre Sachdarstellungen zu substantiieren, dass die Partei «die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen [hat], dass darüber Beweis abgenommen werden kann».⁴⁵ Zweck der Substanziierungslast ist «die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts».⁴⁶

³⁷ *Vogel/Spühler/Dolge/Gehri* (Fn. 30) § 2 Rz. 12; *Meier/Sogo* (Fn. 8) 3. *Meier/Sogo* zählen auch das Vollstreckungsrecht zum Zivilprozessrecht; diese Frage war in der Schweiz historisch umstritten, weil der Bund keine Gesetzgebungskompetenz für Zivilprozessrecht, wohl aber für die Vollstreckung von Geldschulden, hatte.

³⁸ *Henckel* (Fn. 34) 24 f.

³⁹ *Meier* (Fn. 31) 30.

⁴⁰ *Isaak Meier*, *lura novit curia*. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht (1975) 9; *Meier* (Fn. 31) 5; kritisch *Berti* (Fn. 35) 13 ff.

⁴¹ Ebenso *Berti* (Fn. 35) 27, 29; KUKO-ZPO-Oberhammer, Art. 55 N 12.

⁴² *Huguenin-Dumittan* (Fn. 6) 38.

⁴³ Ebenso *Huguenin-Dumittan* (Fn. 6) 38; *Brönnimann* (Fn. 3) 169.

⁴⁴ Zuletzt Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.1.

⁴⁵ BGE 127 III 365 E. 2b; zuletzt bestätigt in Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.1; *Jörg Schmid*, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht (2001) Rz. 455.

⁴⁶ KassGer ZH, Beschluss AA080079 vom 13. Februar 2009 E. 2.2a; ebenso bereits BGE 108 II 337 E. 3, unter Hinweis auf *Huguenin-Dumittan* (Fn. 6) 19.

Die sich aus diesem Zweck der Substanziierung ergebende Testfrage ist also, ob die Tatsachenbehauptung klar genug ist, um zum Beweis gestellt zu werden. Dies führt zu eher geringen Anforderungen an den Grad der Substanziierung, denn auch allgemeine Behauptungen können bewiesen werden.⁴⁷ Der Sachverhalt, der BGE 127 III 365 zugrunde lag, mag als Beispiel dienen. Die nachmalige Klägerin hatte die nachmalige Beklagte beauftragt, eine gebrauchte und fest installierte Rollenoffsetanlage abzubauen und nach Italien zu transportieren. Zu der Anlage gehörte ein Wassertauscher, der auf einem Dach montiert war. Die Beklagte befestigte ihn mittels vier Ketten an einem Kran, um ihn zu verladen. Beim Hochheben rissen die Laschen, an denen die Ketten am Wassertauscher befestigt waren, und der Wassertauscher fiel aus ca. 3 bis 4 Metern auf das Dach und wurde beschädigt. Die Klägerin machte geltend, der Wassertauscher sei durch den Sturz irreparabel beschädigt worden und verlangte Schadenersatz in der Höhe von Lit. 82'210'000 (Ende 1996 rund Fr. 70'000) für die Herstellung und Installation eines neuen Wassertauschers.⁴⁸ Sowohl die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht warfen der Klägerin vor, das Vorliegen eines «Totalschadens» – d.h. die Wiederherstellungskosten übersteigen den ursprünglichen Wert des Gutes – unzureichend substantiiert zu haben, und wiesen die Klage ab.

Beweisen lässt sich die Behauptung, der Wassertauscher sei irreparabel beschädigt worden, aber so gut wie detailliertere Behauptungen zu Art und Umfang der angeblichen Schäden. Ein Gutachter kann die Kosten der Instandsetzung ebenso schätzen wie den Kaufpreis eines neuen Wassertauschers (der beschädigte Wassertau-

scher war offenbar noch vorhanden, wie aus E. 2c des Urteils hervorgeht). Übersteigen Erstere den Letzteren, liegt ein Totalschaden im Sinne des in casu anwendbaren Übereinkommens vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassenverkehr (CMR; SR 0.741.611) vor. Dass zum Beweis dieser Behauptung ein Gerichtsgutachten notwendig ist, hindert nicht, dass die Behauptung beweisfähig ist – bei Schäden an technischen Gütern ist die Höhe des Schadens ohne Beizug eines Gutachters kaum je festzustellen, daran ändert auch die Substanziierungslast nichts.

Ein am Zweck der Ermöglichung eines Beweisverfahrens ausgerichtetes Verständnis der Substanziierungslast führt daher in diesem Fall dazu, dass man die Behauptungen der Klägerin entgegen dem Bundesgericht als hinreichend substantiiert betrachten muss.

B. Verteidigung des Beklagten

Eine weitere häufig anzutreffende Formulierung ist, dass anspruchsbegründende Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert sein müssen, «dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann».⁴⁹ Dabei darf sich der Kläger anfänglich mit einem pauschalen, nur der Behauptungslast genügenden Vortrag begnügen, bestreitet der Beklagte aber diesen Vortrag, ist der Kläger gehalten, die tatsächlichen Vorbringen nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert umfassend und klar darzulegen, damit der Beklagte konkret bestreiten kann.⁵⁰ Zweck der Substanziierungslast ist es also nicht ausschliesslich, das Beweisverfahren zu ermöglichen, sondern auch dem Beweisgegner zu erlauben, sich angemessen zu verteidigen.

Dieser Zweck der Substanziierungslast führt zur Testfrage, ob die Tatsachenbehauptung(en) konkret genug vorgetragen wurde(n), so dass der Beweisgegner sich angemessen verteidigen kann. Bestritten werden können auch allgemeine Aussagen – eine allgemeine Aussage kann zwar nur allgemein bestritten werden, aber mehr kann unter diesen Umständen auch nicht verlangt werden. Aber eine konkrete Tatsachenbehauptung – wenn diese eine menschliche Handlung betrifft, beispielsweise unter Angabe des vollen Namens der handelnden Person sowie Ort und Zeit der Handlung⁵¹ – kann unter Umständen überzeugender bestritten werden. Behauptet der Kläger, er habe mit dem Beklagten persönlich mündlich einen Vertrag des Inhalts X abgeschlossen, kann der Beklagte dies nur allgemein bestreiten. Behauptet der Kläger, er habe mit dem Beklagten persönlich am 1. Oktober 2012 um ca. 15 Uhr in den Büros der Kanzlei Müller & Partner an der Beispielstrasse 2 in 1001 Musterstadt mündlich einen Vertrag des Inhalts X geschlossen, eröffnen sich für den Beklagten weitere Möglichkeiten. Behauptet er beispielsweise, dass er zur besagten Zeit gar nicht an dem Ort, sondern an einer Gerichtsverhandlung war, was sich durch das Verhandlungsprotokoll urkundlich nach-

⁴⁷ *Hafter* (Fn. 8) Rz. 901.

⁴⁸ BGE 127 III 365, Sachverhalt und E. 2c.

⁴⁹ BGE 127 III 365 E. 2b; 136 III 322 E. 3.4.2; zuletzt Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.1; *Fellmann* (Fn. 10) 24.

⁵⁰ BGE 127 III 365 E. 2b; Urteil 4A_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2.

⁵¹ Wie dies die Praxis des Zürcher Handelsgerichts verlangt, *Sabine Burkhalter Kaimakliotis*, Die Substanziierungslast – insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, *AJP* 2007 1263–1268, 1266.

weisen lässt, fällt die Geschichte des Klägers in sich zusammen. Die konkretere Behauptung erlaubt eine überzeugendere Bestreitung. Dadurch kann auch das Beweisverfahren verschlankt werden – wird zuerst Beweis abgenommen über die Bestreitung, und stellt sich diese nach Überzeugung des Gerichts als wahr heraus, braucht über die anspruchsbegründende Tatsachenbehauptung kein Beweis mehr abgenommen zu werden, da diese nicht wahr sein kann.

Der Gedanke, dass konkretere Behauptungen überzeugendere Bestreitungen erlauben, ist richtig, darf aber nicht zu überzogenen Anforderungen an die Substanziierung des Sachvortrags führen.⁵² Kantonale Gerichte haben in der Vergangenheit die Ten-

denz gezeigt, zu weit reichende Anforderungen an die Substanziierung aufzustellen, die nicht mit den Zwecken Substanziierung zu rechtfertigen sind.⁵³ Rechtfertigt man ein Urteil, das eine Klage wegen ungenügender Substanziierung abweist, damit, dass die unzureichende Substanziierung es dem Beweisgegner nicht erlaubt habe, überzeugend zu bestreiten, ist aufzuzeigen, inwiefern ein detaillierter Sachvortrag eine überzeugendere Bestreitung erlaubt hätte.

Im Falle des beschädigten Wassertauschers, welcher der *casus belli* von BGE 127 III 365 war, hat es die Klägerin unterlassen, darzulegen, aufgrund welcher konkreter Beschädigungen der Wassertauscher irreparabel war oder inwiefern die Reparaturkosten dessen Wert überstiegen. Dies, so das Bundesgericht, wäre nötig gewesen für ein substanziiertes Bestreiten durch die Beklagte.⁵⁴ Tatsächlich wäre es der Beklagten bei detaillierten Ausführungen zu Art der Beschädigungen und Kosten für die Reparatur der einzelnen beschädigten Teile unter Umständen möglich, nachzuweisen, dass sich die Beschädigungen günstiger als von der Klägerin behauptet beheben lassen, und daher kein Totalschaden im Sinne des CMR vorliegt. Allerdings darf man sich nicht der Illusion hingeben, dass dadurch das Beweisverfahren verschlankt worden wäre. Auch bei substanzierter Behauptung des Schadens wird man auf ein Gerichtsgutachten nicht verzichten können.

Wenn man den klägerischen Sachvortrag als ungenügend substanziiert zurückweist, weil er dem Beklagten nicht erlaubt, sich angemessen zu verteidigen, weist man die Klage ab, weil die Klägerin dem Beklagten nicht genug geholfen hat. Hält man sich dies vor Augen, erstaunt es vielleicht weniger, dass die deutsche Rechtspre-

chung es ablehnt, höhere Anforderungen an die sachliche Detaillierung des klägerischen Vortrags zu stellen, um der beklagten Partei das Bestreiten zu vereinfachen.⁵⁵

«Das bedeutet aber entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht, dass derjenige, der ein Recht beansprucht, schon deshalb, weil der Gegner bestreitet, gezwungen ist, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben. Dem Grundsatz, dass der Umfang der Darlegungslast sich nach der Einlassung des Gegners richtet, liegt nicht etwa der Gedanke zu Grunde, ein Kläger sei zur Förderung der Wahrheitsermittlung und zur Prozessbeschleunigung verpflichtet, den Gegner in die Lage zu versetzen, sich möglichst eingehend auf die Klagebehauptungen einzulassen. Der Grundsatz besagt vielmehr nur, dass dann, wenn infolge der Einlassung des Gegners der Tatsachenvortrag unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zulässt, er der Ergänzung bedarf.»

Nach der deutschen Rechtsprechung kann sich der Kläger mit einem schlüssigen Vortrag begnügen; die Angabe näherer Einzelheiten, wie Zeitpunkt und genauer Geschehensablauf, ist nur im Fall ihrer Relevanz für die Rechtsfolgen erforderlich.⁵⁶ Erst wenn der klägerische Vortrag durch erhebliche Einwendungen des Beklagten unklar und *unschlüssig* wird, ist der Kläger gehalten, seine Darstellung nachzubessern und zu konkretisieren.⁵⁷ Diese Einschränkung fehlt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁵⁸ Während es der Bundesgerichtshof ablehnt, dass an den Sachvortrag höhere Anforderungen zu stellen sind, «um den Gegner in die Lage zu versetzen, sich möglichst eingehend auf die Klagebehauptungen

⁵² BGE 136 III 322 E. 3.4.2; Brönnimann (Fn. 3) 172.

⁵³ Anschaulich die Kasuistik des Zürcher Handelsgerichts bei Burkhalter Kaimakliotis (Fn. 51) 1265 f.

⁵⁴ BGE 127 III 365 E. 2c.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 16. Mai 1962 – VIII ZR 79/61 = NJW 1962 1394; Urteil vom 12. Juli 1984 – VII ZR 123/83 = NJW 1984 2888, 2889; Urteil vom 23. April 1991 – X ZR 77/89 = NJW 1991 2707, 2709; Beschluss vom 1. Juni 2005 – XII ZR 275/02 = NJW 2005 2710, 2711.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 9. November 1994 – IV ZR 66/94 = NJW 1995 323, 324; BGH, Urteil vom 6. November 2000 – II ZR 67/99 = NJW 2001 1500, 1502; Eschelbach/Geipel (Fn. 16) 1675 f.; kritisch Rolf Meyke, Plausibilitätskontrolle und Beweis, NJW 2000 2230–2235, 2231.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 23. April 1991 – X ZR 77/89 = NJW 1991 2707, 2709; Seutemann (Fn. 13) 618.

⁵⁸ Sie wird aber von Brönnimann (Fn. 3) 149, gemacht; allerdings nicht mehr von Jürgen Brönnimann, Die Behauptungslast, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess. La preuve dans le proces civil (2000) 47–67, 60.

einzulassen»⁵⁹, werden mit diesem Zweck in der Schweiz höhere Anforderungen an die Substanziierungslast begründet.

C. Verhinderung des Ausforschungsbeweises

Mit der Rechtshängigkeit der Klage entsteht zwischen den Parteien ein Prozessrechtsverhältnis, das für den Beweisgegner unter anderem die Folge hat, dass er zur Mitwirkung an der Beweiserhebung verpflichtet wird (genau genommen handelt es sich um eine prozessuale Last, da die Partei bei der Verletzung nur prozessuale Nachteile treffen).⁶⁰ Praktisch wichtigste Mitwirkungsobliegenheiten sind die Last, Urkunden herauszugeben, die sich im Gewahrsam des Beweisgegners befinden, und die Last, einen Augenschein an Person oder Eigentum zu dulden (Art. 160 Abs. 1 lit. b und c ZPO).⁶¹ Die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung wird bei der Beweiswürdigung berücksichtigt (Art. 164 ZPO). Denkbar ist eine Beweislastumkehr zu Lasten der sich zu Unrecht weigernden Partei oder, bei Urkunden, die Annahme, dass die Urkunde den von der beweisbelasteten Partei behaupteten Inhalt hat;⁶² respektive den Beweis für die Tatsachenbehauptung, zu deren Beweis sie angeführt wird, erbracht hätte.

Die Mitwirkungsobliegenheit des Beweisgegners setzt jedoch substanzierte Tatsachenbehauptungen voraus. Verpönt ist der sogenannte «Ausforschungsbeweis» oder die «fishing expedition».⁶³ Darunter ist nach einer Umschreibung des Obergerichts Zürich eine Beweismassnahme zu verstehen, welche den Beweisgegner dazu bringen soll, sämtliche Beweismittel zu edieren, die auch nur einen entfernten Zusammenhang mit dem

behaupteten Anspruch haben. «Das Ziel dabei ist die Entdeckung von Beweismitteln, die zuvor nicht bekannt waren und die es der «beweisenden» Partei überhaupt erst ermöglichen, ihre Behauptungen zu spezifizieren»⁶⁴. Diesem Ausforschungsbeweis durfte das kantonale Recht bereits vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung einen Riegel schieben, indem es eine rechtsgenügende Substanziierung des geltend gemachten Anspruchs vor der Durchführung einer Beweismassnahme verlangte und eine Ergänzung der Substanziierung aufgrund des Beweisverfahrens nicht mehr zugelassen wurde.⁶⁵ Unter der schweizerischen Zivilprozessordnung wird nichts anderes gelten.⁶⁶ Die Substanziierungslast dient also auch der Verhinderung des verpönten Ausforschungsbeweises.⁶⁷

Die Testfrage unter diesem Gesichtspunkt ist also, ob die Tatsachenbehauptung(en) so detailliert aufgestellt wurde(n), dass der belasteten Partei durch die Mitwirkung am Beweisverfahren kein unzumutbarer Aufwand entsteht. Nicht massgeblich sein kann hingegen, ob der Beweisanspruch schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Beweisgegners tangieren könnte; zur Wahrung solcher schutzwürdiger Interessen dienen die nach Art. 156 ZPO anzuordnenden Schutzmassnahmen, nicht die Substanziierungslast.⁶⁸

Die Lehre unterscheidet teilweise zwischen dem Ausforschungsbeweis, der auf einem ungenauen Beweisthema (unsubstanzierten Tatsachenbehauptungen) und einem solchen, der auf einer «Behauptung aufs Geratewohl» beruht, d.h. einer zwar detaillierten Vermutung, über deren Wahrheitsgehalt die beweisbelastete Partei jedoch nichts weiss.⁶⁹ Letzteres kann durch die Substanziie-

rungslast offensichtlich nicht verhindert werden.⁷⁰ Es ist aber fraglich, ob

⁵⁹ BGH, Beschluss vom 1. Juni 2005 – XII ZR 275/02 = NJW 2005 2710, 2711.

⁶⁰ Statt aller BSK-ZPO-Schmid, Art. 160 N 8.

⁶¹ Die ZPO erwähnt nicht ausdrücklich, dass sich die Urkunde im Gewahrsam der herausgabebelasteten Partei befinden muss, doch wird dies stillschweigend vorausgesetzt, Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht. Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts (2008) § 18 Rz. 106; nach Meier/Sogo (Fn. 8) 319 f., genügt es auch nach der ZPO (wie nach der Zürcher Praxis, ZR 1956 Nr. 12), dass die belastete Partei über die Urkunde verfügbare berechtigt ist.

⁶² KUKO-ZPO-Schmid, Art. 157 N 12; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 61) § 18 Rz. 82.

⁶³ KassGer ZH, ZR 1996 Nr. 62 E. 5.3; OG ZH, ZR 2002 Nr. 84 E. IV. 3 und 4; DIKE-ZPO-Leu, Art. 152 N 79 ff.; BSK-ZPO-Schmid, Art. 160 N 24.

⁶⁴ OG ZH, ZR 2002 Nr. 84 E. IV. 3; zustimmend DIKE-ZPO-Leu, Art. 152 N 83.

⁶⁵ BGE 127 III 365 E. 2c; unter Hinweis auf BGE 108 II 337 E. 3; Brönnimann (Fn. 58) 64 f.

⁶⁶ DIKE-ZPO-Leu, Art. 152 N 85 f.

⁶⁷ BGE 127 III 365 E. 2c; Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung. Mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes (3. A. 1997) § 113 N 5; Brönnimann (Fn. 58) 64; DIKE-ZPO-Leu, Art. 152 N 85. Kritisch aus deutscher Sicht Eschelbach/Geipel (Fn. 16) 1679 f.

⁶⁸ Thomas Sutter-Somm, Das Beweisrecht des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Festgabe für Franz Hasenböhler (2004) 11–23, 17.

⁶⁹ Rosmarie Müller, Der Ausforschungsbeweis. Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess (1991) 5 ff., unter Hinweis auf die deutsche Lehre; ihr folgend DIKE-ZPO-Leu, Art. 152 N 85.

⁷⁰ Müller (Fn. 69) 123.

es überhaupt verhindert werden soll, denn bei ausreichend substantiierten Tatsachenbehauptungen entsteht der mitwirkungsbelasteten Partei kein unzumutbarer Aufwand, und ihre schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen können durch Massnahmen nach Art. 156 ZPO gewahrt werden. Während kantonale Gerichte Beweis anträgen, die auf «reinen Hypothesen» beruhen, mit wenig Sympathie begegnen,⁷¹ betrachtet die Lehre es als zulässig, Sachbehauptungen basierend auf blossen Vermutungen aufzustellen.⁷² Den Parteien ist es auch unbenommen, in (möglicherweise widersprüchlichen) Eventualstandpunkten zu argumentieren.⁷³ Eine Grenze findet das «Behaupten ins Blaue» nur im allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot, wobei der Antrag, über eine zwar nicht ge-

kannte, aber substantiiert aufgestellte, Behauptung Beweis abzunehmen, kaum je rechtsmissbräuchlich ist.⁷⁴ Als rechtsmissbräuchlich wird erst erachtet, Behauptungen wider besseres Wissen zum Beweis zu verstellen, d.h. Tatsachenbehauptungen aufzustellen, von deren Unwahrheit die behauptende Partei überzeugt ist.⁷⁵

In BGE 127 III 365 hält das Bundesgericht fest, der Hinweis der Klägerin, der Schaden am Wassertauscher lasse sich durch eine gerichtliche Expertise feststellen, gehe fehl, denn das kantonale Recht könne zur Verhinderung von unzulässigen Ausforschungsbeweisen vorschreiben, dass die Tatsachen, welche durch eine beantragte Beweismassnahme bewiesen werden sollen, genannt werden.⁷⁶ Dass die Anforderungen an die Substanziierung in casu nicht erfüllt wurden, wird also explizit auch mit dem Zweck der Verhinderung des Ausforschungsbeweises begründet. Aber kann man hier tatsächlich von einem Ausforschungsbeweis in dem oben genannten Sinne sprechen? Der beschädigte Wassertauscher befand sich offenbar im unmittelbaren Besitz der Klägerin. Sie war auf eine gerichtliche Anordnung einer Expertise oder eines Augenscheins nicht angewiesen, um sich ein Bild über seinen Zustand zu verschaffen. Als Versuch, die Gegenpartei durch ein Beweisverfahren auszuforschen, lässt sich der Antrag auf eine gerichtliche Expertise hier kaum bezeichnen. Im konkreten Fall trägt die Erwähnung des Zwecks der Substanziierung als Mittel zur Verhinderung des Ausforschungsbeweises wenig dazu bei, überzeugend zu begründen, weshalb die Klägerin die Anforderungen hier nicht erfüllt hat. Das heisst nicht, dass die Substanziierungslast nicht in einer anderen Konstellation – beispielsweise, wenn die

Klägerin eine Urkundenedition gestützt auf sehr allgemein gehaltene Behauptungen verlangt – diesen Zweck erfüllen kann.

D. Plausibilitätsprüfung des Sachvortrags

Nach einer Mindermeinung in der deutschen Lehre soll die Substanziierungslast auch eine Plausibilitätskontrolle des klägerischen Vortrags schon vor der Beweisaufnahme erlauben, und daher dazu beitragen, unnötige Beweisverfahren zu vermeiden.⁷⁷ Die «praktische Erfahrung» lehre, dass eine Partei, die nicht in der Lage sei, einen Sachverhalt differenziert vorzutragen, zumeist auch nicht den von ihr zu erbringenden Vollbeweis werde führen können.⁷⁸ Was der Plausibilitätskontrolle nicht standhält, wird daher gar nicht erst zum Beweisverfahren zugelassen.⁷⁹ Nach dieser Ansicht sind es «die Notwendigkeit und die Erfolgsaussicht einer Beweiserhebung, die die Anforderungen an die Substanziierung des Parteivorbringens bestimmen».⁸⁰

Was mit «Plausibilitätskontrolle» gemeint ist, bleibt vage. Logisch betrachtet ist eine allgemeine Behauptung immer mindestens ebenso wahrscheinlich oder wahrscheinlicher als eine speziellere. Die Behauptung «Eine Flut wird nächstes Jahr in Nordamerika mehr als 1000 Menschen ertrinken lassen» ist wahrscheinlicher als die (speziellere) Behauptung «Ein Erdbeben in Kalifornien wird nächstes Jahr zu einer Flut führen, die mehr als 1000 Menschen ertrinken lässt.» Genauso ist die Behauptung «Der Beklagte hat beim Abbiegen nicht über die Schulter geschaut» wahrscheinlicher als «Der Beklagte hat im Moment des Abbiegens einen Anruf seiner Freundin erhalten und deshalb nicht

⁷¹ Hafter (Fn. 8) Rz. 953; eine ähnliche Tendenz stellt Kurt Kiethe, Zulässigkeit von Beweis anträgen bei Behauptungen auf Grundlage einer zivilrechtlichen Vermutungsbasis, MDR 2003 1325–1329, 1325, für deutsche Instanzgerichte fest.

⁷² Müller (Fn. 69) 122 f., 143; Dieter Gessler, Informationsbeschaffung mit den Mitteln des Zivilprozesses, SJZ 2004 433–439, 436; Hafter (Fn. 8) Rz. 957; a.M. Brönnimann (Fn. 3) 199.

⁷³ BGer, Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.4; Hafter (Fn. 8) Rz. 951.

⁷⁴ Müller (Fn. 69) 144; so auch die deutsche Rechtsprechung, BGH, Urteil vom 23. April 1991 – X ZR 77/89 = NJW 1991 2707, 2709; Urteil vom 27. Mai 2003 – IX ZR 283/99 = NJW-RR 2004 337, 338.

⁷⁵ Hans-Willi Laumen, Grundbegriffe der Beweislast, in: Gottfried Baumgärtel, Hans-Willi Laumen, Hanns Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast. Grundlagen (2009) 21–80, Rz. 80 m.w.H.

⁷⁶ BGE 127 III 365 E. 2c.

⁷⁷ Stürner (Fn. 18) 112 ff., 123 ff.; Meyke (Fn. 56) 2231.

⁷⁸ Meyke (Fn. 56) 2231.

⁷⁹ Meyke (Fn. 56) 2231.

⁸⁰ Meyke (Fn. 56) 2231.

über die Schulter geschaut». Die meisten Menschen aber halten die speziellere Behauptung im ersten Beispiel für wahrscheinlicher und begehen den «Trugschluss der Konjunktion».⁸¹

Nun ist allerdings bei in der Vergangenheit liegenden Ereignissen, um die es in zivilrechtlichen Prozessen fast ausschliesslich geht,⁸² nicht von der Hand zu weisen, dass die Unfähigkeit des Vortragenden, seine Tatsachenbehauptungen auf Bestreitung hin zu differenzieren, ein Hinweis darauf ist, dass er nicht weiss, was wirklich geschehen ist. Dies ist allerdings nicht notwendigerweise ein Indiz dafür, dass sich der Sachverhalt nicht so abgespielt hat, wie behauptet. Es ist bloss ein Anzeichen, dass die beweisbelastete Partei keine Informationsquellen hat, die ihr eine detailliertere Darstellung erlauben würden. Ein Hinweis auf den fehlenden Wahrheitsgehalt kann die mangelnde Substanziierung daher nur dann sein, wenn zu erwarten wäre, dass die behauptende Partei die Details kennt, wenn die Behauptungen wahr wären. Liegt hingegen ein Informationsgefälle vor, in dem Sinne, dass eine Partei näher am Sachverhalt ist, kann aus der fehlenden Substanziierung nicht auf den Wahrheitsgehalt der Tatsachenbehauptungen geschlossen werden. Die Frage ist dann vielmehr, ob durch die unsubstanzierte Behauptung ein Ausforschungsbeweis angestrebt wird.

Die Plausibilitätskontrollfunktion der Substanziierung führt zu hohen Anforderungen an den Detailreichtum der Schilderung. Sie entspricht gemäss Meyke der ständigen Praxis deutscher Instanzgerichte.⁸³ Sie liegt wohl auch, unausgesprochen, der strengen Praxis des Zürcher Handelsgerichts zugrunde. Ihre Gefahren liegen auf der Hand, da eine Vorauswürdi-

gung des angebotenen Beweismittels erfolgt und der beweisbelasteten Partei ihr Recht auf Beweis abgeschnitten wird.⁸⁴ Die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung anerkennt die «Plausibilitätskontrollfunktion» der Substanziierung denn auch nicht.⁸⁵

IV. Welchen Zwecken dient die Substanziierungslast des Beweisgegners?

Nach dem reinen Verhandlungsgrundsatz erachtet das Gericht unbestrittene Tatsachenbehauptungen als wahr (beachte aber die Einschränkung durch Art. 153 Abs. 2 ZPO). Aus dem Verhandlungsgrundsatz ergibt sich daher für den Beklagten eine Bestreitungslast.⁸⁶ Wie detailliert die Bestreitungen erfolgen müssen, damit sie wirksam sind, bestimmt die Substanziierungslast beim Bestreiten.⁸⁷ Die Substanziierungslast des Bestreitenden wird von der Lehre schon bisher ausschliesslich dem Prozessrecht zugeordnet.⁸⁸ Allerdings setzte das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts der kantonalen Autonomie Grenzen:⁸⁹ Erachtet ein kantonales Gericht wegen übersteigerter Anforderungen an die Substanziierung eine Bestreitung zu Unrecht als unwirksam und daher die klägerische Behauptung ohne Beweisabnahme als wahr, dann wird dadurch im Ergebnis die Beweislast umgekehrt und Art. 8 ZGB verletzt.⁹⁰ Nach hier vertretener Auffassung sind Bestreitungslast und die Substanziierungslast beim Bestreiten Institute des Prozessrechts, die heute durch die schweizerische ZPO geregelt werden.

A. Verschlankung des Beweisverfahrens

Nach allgemeiner Auffassung genügt pauschales Bestreiten nicht, um die

Rechtsfolge der fehlenden Bestreitung abzuwenden.⁹¹ Dies ist durch die schweizerische Zivilprozessordnung auch positivrechtlich festgehalten, bestimmt Art. 222 Abs. 2 doch, dass die beklagte Partei darzulegen hat, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei sie *im Einzelnen* anerkennt oder bestreitet.

⁸¹ Amos Tversky/Daniel Kahneman, Extensional versus intuitive reasoning, The conjunction fallacy in probability judgment, *Psychological Review* 1983 293–315, 307.

⁸² Zukünftige Entwicklungen können z.B. bei der Berechnung des hypothetischen Valideinkommens in Haftpflichtfällen eine Rolle spielen. Die Substanziierungslast für zukünftige Ereignisse muss m.E. geringer als für vergangene Ereignisse sein, da man über die Zukunft notwendigerweise weniger wissen kann. Gemäss Bundesgericht sind geringere Anforderungen an die Substanziierung von hypothetischen Geschehensabläufen zu stellen, Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012, E. 2.2.4.

⁸³ Meyke (Fn. 56) 2230; Rolf Meyke, Darlegen und Beweisen im Zivilprozess (2. A. 2001) Rz. 111 ff.

⁸⁴ Müller (Fn. 69) 119.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 – VII ZR 123/83 = NJW 1984 2888, 2889; Urteil vom 29. September 1992 – X ZR 84/90 = NJW-RR 1993 189; Urteil vom 6. November 2000 – II ZR 67/99 NJW 2001 1500, 1502; zustimmend Laumen (Fn. 75) Rz. 79.

⁸⁶ Statt aller Brönnimann (Fn. 58) 62.

⁸⁷ Brönnimann (Fn. 58) 62.

⁸⁸ Brönnimann (Fn. 3) 175 ff.; Frank/Sträuli/Messmer (Fn. 69) § 113 N 8; Fellmann (Fn. 10) 30.

⁸⁹ Brönnimann (Fn. 3) 190 f.

⁹⁰ BGE 115 II 1 E. 4; 117 II 113 E. 2; Urteil 4P.50/2003 vom 10. Juli 2003, E. 2.1; Brönnimann (Fn. 58) 62.

⁹¹ BGE 117 II 113 E. 2; Urteil 5P.403/2001 vom 19. April 2002 E. 3.3.2; 4C.172/2001 vom 8. August 2001, E. 4a; Christoph Leuenberger, Art. 222 N 20, in: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (2010), zitiert als ZK-ZPO-Leuenberger, Fellmann (Fn. 10) 30.

Der Beklagte erfüllt die Anforderungen an die Substanziierung der Bestreitung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn die Bestreitung so konkret ist, dass sich daraus bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden sollen.⁹² Bestritten sind auch klägerische Behauptungen, die mit der eigenen Darstellung des Beklagten unvereinbar sind (implizites Bestreiten).⁹³ Die Beklagte ist aber nicht gehalten, eine eigene Darstellung zu liefern oder zu begründen, weshalb sie eine Tatsachenbehauptung bestreitet.⁹⁴ Unter der schweizerischen Zivilprozessordnung vertritt *Oberhammer* eine gegenteilige Meinung. Er leitet aus Art. 52 ZPO (Treu und Glauben im Prozess) eine Obliegenheit ab, einen substantiierten Vortrag substantiiert zu bestreiten und anzugeben, «warum die Behauptungen des beweisbelasteten Gegners unrichtig sind und wie es sich in Wahrheit verhält».⁹⁵ Es verstosse gegen Treu und Glauben, den Gegner «auflaufen» und «dumm sterben» zu lassen.⁹⁶

Nach der überkommenen Rechtsprechung des Bundesgerichts dient die Substanziierung der Bestreitung jedoch einzig der Vorbereitung des Beweisverfahrens: Die beweisbelastete Partei und das Gericht sollen wissen, welche Behauptungen strittig sind und zum Beweis verstellt werden müssen.⁹⁷ Würde man pauschale Bestreitungen zulassen, würde das Beweisverfahren oft unnötig aufgebläht, denn meist gibt es Tatsachen, die selbst unter den zerstrittensten Parteien unstrittig sind.⁹⁸

Der Zweck substantiierten Bestreitens, das Beweisverfahren zu ver schlanken, führt naturgemäss zu geringen Anforderungen an die Substanziierung. Bestreiten mit «Nicht-

wissen» ist zulässig, wenn nur klar ist, welche einzelnen Behauptungen mit Nichtwissen bestritten werden.⁹⁹ Durch die schweizerische ZPO überholt ist die Aussage des Bundesgerichts, bloss globales oder pauschales Bestreiten genüge, «wenn der behauptungsbelasteten Partei ein effizientes Beweisverfahren offen steht».¹⁰⁰ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt, dass der Beklagte darzulegen hat, welche Tatsachenbehauptungen im Einzelnen anerkannt oder bestritten wurden; Pauschalbestreitungen sind nach der ZPO grundsätzlich nicht mehr zulässig.¹⁰¹

Die Anforderungen an die Substanziierung der Bestreitung sind in der Schweiz daher gering. Der deutsche Bundesgerichtshof verlangt demgegenüber, dass der Beweisgegner «mit näheren positiven Angaben» bestreitet, wenn er dazu in der Lage ist (d.h. sich der Sachverhalt in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt hat).¹⁰² Bestreiten mit Nichtwissen ist unzulässig, wenn der Bestreitende tatsächlich etwas weiss (vgl. § 138 Abs. 4 DE-ZPO). Diese Rechtsprechung steht allerdings in einem Spannungsverhältnis zur Bemerkung des II. Zivilsenats, gemäss der der Bestreitende von Rechtes wegen nicht gehalten sei, Gründe für seine Bestreitungen anzugeben.¹⁰³ Zu näheren positiven Ausführungen sei er nur verpflichtet, wenn der Beweis dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar sei, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kenne und es ihm zumutbar wäre, nähere Angaben zu machen (dazu gleich nachstehend).¹⁰⁴ Die von *Stürner* vertretene allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht,¹⁰⁵ die den Beweisgegner zu einer umfassenden Stellungnahme zwingt, wird von der deutschen Recht-

⁹² BGE 117 II 113 E. 2. Nach *Brönnimann* (Fn. 3) 176, ist eine solche Bestreitung immer noch einfach; erst wenn der Beklagte Gründe für seine Bestreitung vorbringen müsse, liege substantiiertes Bestreiten vor.

⁹³ ZK-ZPO-Leuenberger Art. 222 N 22; *Fellmann* (Fn. 10) 31.

⁹⁴ BGE 117 II 113 E.2; ZK-ZPO-Leuenberger, Art. 222 N 22; *Fellmann* (Fn. 10) 31; *Haftner* (Fn. 8) Rz. 934.

⁹⁵ KUKO-ZPO-Oberhammer, Art. 52 N 6.

⁹⁶ KUKO-ZPO-Oberhammer, Art. 52 N 6.

⁹⁷ BGer, Urteil 4C.188/1999 vom 4. April 2000, E. 2b; Urteil 5A_710/2009 vom 22. Februar 2010, E. 2.3.1; ebenso *Isabelle Berger-Steiner*, Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung (2008) Rz. 2.39; *Haftner* (Fn. 8) Rz. 933.

⁹⁸ *Haftner* (Fn. 8) Rz. 931.

⁹⁹ Anders das deutsche Recht; gemäss § 138 Abs. 4 DE-ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Übersicht zur Rechtsprechung bei *Ralf Eschelbach/Andreas Geipel*, Substanziierungslast des Beklagten im Zivilprozess, ZAP Fach 13, Nr. 24 vom 15. Dezember 2010, 1681–1688, 1686 f.

¹⁰⁰ Urteil 5P.391/2006 vom 18. Dezember 2006 E. 3.2.

¹⁰¹ Statt aller ZK-ZPO-Leuenberger, Art. 222 N 20. In Urteil 4A_197/2012 vom 30. Juli 2012, E. 4.5, schliesst sich das BGer der Auffassung an, dass Pauschalbestreitungen nach der *st. gallischen* ZPO ungenügend sind.

¹⁰² BGH, Urteil vom 11. Juni 1985 – VI ZR 265/83 = NJW-RR 1986 60; Urteil vom 6. Oktober 1989 – V ZR 223/87 = NJW-RR 1990 78, 81; Urteil vom 11. März 2010 – IX ZR 104/08 = NJW 2010 1357, 1358; zustimmend *Friedrich Stadler*, § 138 N 10, in: Hans-Joachim Musielak (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung (8. A. 2011), zitiert als Musielak-ZPO-Stadler.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 – II ZR 266-97 = NJW 1999, 579, 580.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 – II ZR 266-97 = NJW 1999, 579, 580.

¹⁰⁵ *Stürner* (Fn. 18) 11 ff.

sprechung und herrschenden Lehre ausdrücklich abgelehnt.¹⁰⁶

B. Ausgleich eines Informationsgefälles

Eine erhöhte Substanziierungslast kann den Bestreitenden zum Ausgleich eines Informationsgefälles zwischen ihm und der beweisbelasteten Partei treffen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich der Beweisgegner ausnahmsweise nicht mit einfachem Bestreiten begnügen, wenn sich die beweisbelastete Partei in einer Situation der Beweisnot befindet und der Beweisgegner näher an den zu beweisenden Tatsachen ist.¹⁰⁷ Gemäss Bundesgericht fliesst diese Obliegenheit aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und bewirkt keine Beweislastumkehr; vielmehr ist die Weigerung des Beweisgegners, substantiiert zu bestreiten, im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.¹⁰⁸ Unter der schweizerischen ZPO wird sie aus Art. 52 ZPO (Treu und Glauben im Prozess) abgeleitet.¹⁰⁹ Insbesondere wo die beweisbelastete Partei das Nichtvorliegen einer unbestimmten Tatsache beweisen muss, folgt aus Treu und Glauben die Last des Beweisgegners, am Beweisverfahren mitzuwirken, indem er Beweismittel zum Beweis des Vorliegens der angeblich nicht der Fall seienden Tatsache anbietet.¹¹⁰

Im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Regelbeweismasses auf das Beweismass der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ist die Voraussetzung der Beweisnot erfüllt, wenn eine Tatsachenbehauptung *nach der Natur der Sache* nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden kann, das Fehlen direkter Beweismittel also zu erwarten ist. Nicht erfüllt ist die Voraussetzung der Beweisnot hinge-

gen, wenn man erwarten dürfte, dass direkte Beweismittel vorhanden sind, diese im konkreten Fall aber fehlen.¹¹¹ Wenn bereits dann, wenn eine Tatsachenbehauptung nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden kann, eine Beweisnot vorliegt, ist diese allerdings fast immer gegeben, denn jeder Beweis, dessen Objekt nicht der unmittelbaren Sinneswahrnehmung des Richters zugänglich gemacht werden kann (z.B. durch Augenschein), ist ein mittelbarer Beweis.¹¹² M.E. kann man die Umschreibung der Beweisnot im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Beweismasses daher nicht unbeschreiben auf die Beweisnot als Voraussetzung für die erhöhte Substanziierungslast des Bestreitenden übertragen. Für die erhöhte Substanziierungslast des Bestreitenden ist erforderlich, dass sich die beweisbelastete Partei unverschuldet in der Situation befindet, den Sachverhalt nicht wahrgenommen zu haben und/oder keinen Zugang zu oder keine Kenntnis von den Beweismitteln zu haben.

In Deutschland wird die erhöhte Substanziierungslast des Bestreitenden als «sekundäre Behauptungslast» bezeichnet und greift, wenn die beweisbelastete Partei ausserhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht, keine nähere Kenntnis der massgebenden Tatsachen besitzt und sich auch nicht verschaffen kann, während der Beweisgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.¹¹³ Erfüllt die Gegenpartei die Anforderungen an die sekundäre Behauptungslast durch Substanziierung nicht, begnügt sie sich vielmehr mit einfachem Bestreiten der pauschalen Behauptungen des Klägers, so greift die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 DE-ZPO ein.¹¹⁴ Gerechtfertigt wird die sekundäre Behauptungslast explizit

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 11. Juni 1990 – II ZR 159/89 = NJW 1990 3151; a.M. Claus Wagner, § 138 N 20, in: Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (3. A. 2008). Für eine prozessuale Aufklärungspflicht *de lege ferenda* Peter Gottwald, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Massnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe im Zivilverfahrensrecht? in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages (1996) 1–109, 15 ff.; Gerrit Marian Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung. Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht (2010) 357 ff.

¹⁰⁷ BGE 115 II 1 E. 4; BGE 119 II 305 E. 1b; Urteil 4P.196/2005 vom 10. Februar 2006, E. 5.2 unter Hinweis auf Hohl (Fn. 12) Rz. 804; Urteil 4A.3/2011 vom 28. Februar 2011, E. 4.

¹⁰⁸ Urteil 4P.196/2005 vom 10. Februar 2006, E. 5.2.

¹⁰⁹ Urs Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kurzkommentar (2010), Art. 222 N 4; KUKO-ZPO-Naegeli, Art. 222 N 8.

¹¹⁰ BGE 119 II 305 E. 1b; Urteil 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003, E. 4; Hohl (Fn. 12) Rz. 805.

¹¹¹ BGE 130 III 321 E. 3.2.

¹¹² Edgar Siegrist, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses (1938) 203 f.; Armin Nack, Der Indizienbeweis, MDR 1986 366–371, 367; Egon Schneider, Beweis und Beweiswürdigung. Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses (5. A. 1994) 99; Armin Nack, Beweislehre, Beweiswürdigung beim Indizienbeweis, Kriminalistik und forensische Wissenschaften 49 (1995) 466–470, 466; Rolf Bender/Armin Nack/Wolf-Dieter Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre (3. A. 2007) Rz. 578; Erik Kraatz, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung. Zum «strafprozessualen» Anscheinsbeweis (2011) 328 f.

¹¹³ Beckhaus (Fn. 106) 139; Musielak-ZPO-Stadler § 138 N 10.

¹¹⁴ Beckhaus (Fn. 106) 141.

mit dem Informationsgefälle zwischen Gläubiger und Schuldner.¹¹⁵ Wie in der Schweiz die erhöhte Bestreitungslast greift die sekundäre Behauptungslast insbesondere beim Beweis einer unbestimmten negativen Tatsache.¹¹⁶ In diesen Fällen kann vom Beweisgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positivum sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden.¹¹⁷

C. Plausibilitätsprüfung der beklagischen Bestreitungen

Nach der deutschen Lehrmeinung von *Meyke* muss auch die Bestreitung so substantiiert erfolgen, dass eine Plausibilitätskontrolle möglich ist. «Die Unfähigkeit einer Partei, auf einen

substantiierten Vortrag substantiiert zu erwidern, erübrigt regelmässig eine weitere Sachaufklärung durch das Gericht.»¹¹⁸ Diese Meinung bleibt auch in Deutschland alleine. In der Schweiz hat das Bundesgericht festgehalten, «dass es aber von vornherein nicht angeht, an diese Substantiierung [sc. des Bestreitenden] die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei Sachbehauptungen, welche die Beurteilung des daraus abgeleiteten Anspruchs erlauben sollen».¹¹⁹ Die Substantiierungslast des Bestreitenden erschöpft sich in der konkreten Bezeichnung der Tatsachenbehauptungen, die bestritten werden. Mehr zu verlangen, verstösst nach Ansicht des Bundesgerichts gegen die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB, gemäss der diejenige Partei eine Tatsache beweisen muss, die aus ihr Rechte ableiten will.¹²⁰ Eine Substantiierungslast des Beweisgegners, die ihn verpflichtet, eine eigene Darstellung des Sachverhalts vorzutragen, der einer Plausibilitätskontrolle unterzogen werden kann, lässt sich mit der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung nicht vereinbaren. Eine Ausnahme besteht aufgrund der gesetzlichen Vorschrift von Art. 178 ZPO einzig bei der Bestreitung der Echtheit von Privaturkunden; diese muss «ausreichend begründet» werden. Unter einer ausreichenden Begründung ist gemäss der Botschaft zu ZPO eine «besondere Substantiierung» zu verstehen, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Urkunde weckt.¹²¹

Unterzieht man die klägerischen Behauptungen – sei es auch nur implizit – einer Plausibilitätskontrolle, und stellt man entsprechend hohe Anforderungen an die Detaillierung des klägerischen Sachvortrags, so muss man im Sinne der prozessualen Waffengleichheit¹²² allerdings auch die

Bestreitungen einer Plausibilitätskontrolle unterziehen. Damit man dies tun kann, muss der Beweisgegner, soweit er dazu in der Lage ist, eine eigene Darstellung des Geschehensablaufs liefern. Nur dann kann entschieden werden, welche Darstellung, vor Abnahme von Beweisen, plausibler ist.

V. Fazit

Die verschiedenen Zwecke der Substantiierungslast führen zu unterschiedlichen Anforderungen an das Mass der Detailgenauigkeit des Sachvortrags. In der bisherigen Rechtsprechung werden meist im Sinne einer beispielhaften Aufzählung verschiedene Zwecke der Substantiierung genannt, ehe apodiktisch festgehalten wird, dass der Vortrag (un)genügend substantiiert ist. Es wird nicht dargelegt, welcher der genannten Zwecke das Urteil im konkreten Fall zu rechtfertigen vermag. Es wäre wünschenswert, dass dies vermehrt geschieht.

Was die Zwecke der Substantiierungslast anbelangt, so wurde in diesem Aufsatz bewusst nur aufgezeigt, welche verschiedenen Zwecke denkbar sind, ohne abschliessend Stellung zu nehmen, welcher Zweck oder welche Zwecke auch gerechtfertigt sind. Auffällig ist, dass der in der Schweiz anerkannte Zweck der Substantiierungslast, dem Beweisgegner das überzeugende Bestreiten zu ermöglichen, in Deutschland gerade nicht anerkannt wird, während andererseits in Deutschland höhere Anforderungen an die Bestreitung gestellt werden, in dem Sinne, dass der Beweisgegner dort, wo er positive Kenntnis hat, sich nicht mit Bestreiten mit Nichtwissen begnügen darf. Dies führt dazu, dass die beweisbelastete Partei in der Schweiz in einer vergleichbar schwierigeren Lage ist.¹²³

¹¹⁵ *Meyke* (Fn. 56) 2232, unter Hinweis auf *Götz-Sebastian Hök*, Obliegenheitsverletzung durch fehlende Substantiierung zum Parteivorbringen bei Informationsgefälle, MDR 1995 773, 773; *Eschelbach/Geipel* (Fn. 99) 1684 f.

¹¹⁶ *Eschelbach/Geipel* (Fn. 99) 1685 f.

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 – II ZR 266–97 = NJW 1999 579, 580.

¹¹⁸ *Meyke* (Fn. 56) 2231.

¹¹⁹ BGE 115 II 1 E. 4.

¹²⁰ BGE 117 II 113 E. 2; zustimmend ZK-ZPO-Leuenberger, Art. 222 N 22; KUKO-ZPO-Naegeli, Art. 222 N 7; *Fellmann* (Fn. 10) 31.

¹²¹ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7322. In der Lehre wird die «besondere Substantiierung» als Glaubhaftmachung verstanden, KUKO-ZPO-Schmid, Art. 178 N 2.

¹²² Die prozessuale Waffengleichheit ist auch im Zivilprozess als Prozessgrundsatz anerkannt, BGE 133 I 1 E. 5.3.1; dies gilt auch unter der schweizerischen ZPO, KUKO-ZPO-Oberhammer, Vor Art. 52–58, N 2.

¹²³ Wie *Meyke* und *Kiethe* ausführen, dürfte sich die Lage des Klägers vor den deutschen Instanzgerichten, allerdings, trotz der grosszügigeren höchstrichterlichen Rechtsprechung, nur unwesentlich von der Lage in der Schweiz unterscheiden.