

Des Richters Substantiierungslust ist der Parteien Substantiierungslast

Urs Pfister

Der Zivilprozess gliedert sich in verschiedene Phasen. Eingeleitet wird er mit dem sog. Behauptungsstadium. In diesem sind dem Gericht alle für die Begründung des Anspruchs und für dessen Bestreitung erforderlichen Tatsachen und Beweismittel zu nennen. Zum Behauptungsstadium gehört im ordentlichen Verfahren ein einfacher oder zweifacher Schriftenwechsel. Hier spielt die sog. Substantiierungslast eine wesentliche Rolle.

INHALTSÜBERSICHT

1.	Worum geht es?	31
2.	Sachbehauptungen	31
3.	Substantiierung	31
4.	Risiken und Fragen	31
5.	Wenig klare Kriterien	31
6.	Die richterliche Funktion	32
7.	Der Baumangel (Werkvertrag) als Beispiel (Beispiel 1)	32
8.	Beurteilung anhand eines TU-Vertrags	32
9.	GU- oder Einzelwerkvertrag	33
10.	Der Streit über die Ursache	33
11.	Werkvertrag, Fallbeispiel zu hypothetischen Fragen (Beispiel 2)	34

INHALTSÜBERSICHT

12.	Werkvertrag, mehrere Mängel (Beispiel 3)	35
13.	Prozessvorbereitung	35
14.	Planungsfehler	36
15.	Gerichtsexpertise	36
16.	Schadenersatz, Auftrag (Beispiel 4)	36
17.	Forderung, Honorar aus Auftrag (Beispiel 5)	37
18.	Bedeutung der Gerichtspraxis (Beispiel 6)	37
19.	Übertriebene Anforderungen? ..	38
20.	Durchsetzung des Rechts	38
21.	Konsequenzen	39
22.	Fazit	39

1. Worum geht es?

Zum relevanten Sachverhalt gehören diejenigen Tatsachen, welche zur Begründung eines konkreten Anspruches erforderlich und tauglich sind. Was in diesem Sinne relevant ist, ergibt sich aus den im Einzelfall massgebenden Gesetzesbestimmungen. Diese geben die Tatbestandsmerkmale vor, welche in Form von Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingebracht werden müssen.

2. Sachbehauptungen

Dem Gericht ist in schlüssiger Weise darzulegen, worum es geht und welche Beweismittel zur Untermauerung der Sachverhaltsbehauptungen zur Verfügung stehen. Die Behauptungen müssen ein vollständiges Bild der Streitsache ergeben. Solange einfache Sachverhalte zur Beurteilung anstehen ist eine verlässliche Übersicht über den relevanten Sachverhalt ohne weiteres zu erlangen. Abschluss des Kaufvertrages, Übergabe der Kaufsache und Bezahlung des Kaufpreises sind Zusammenhänge, die sich einfach darstellen lassen. Aufwändiger wird es, wenn die Kaufsache Mängel aufweist. Was aber gilt bei komplexen Sachverhalten? Wie weit geht die Behauptungslast insbesondere bei technischen Zusammenhängen? In diesem Umfeld sieht sich eine klagende Partei aufgrund der Praxis zur Substantiierung mit Fragen von grundsätzlicher Tragweite konfrontiert.

3. Substantiierung

Die Anforderung, einen Sachverhalt in substantiierter Weise darzutun, bedeutet: *«Die Vorbringen sind ... nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann»*.¹ Die Schwierigkeit liegt hier darin, dass sich gerade in komplexen Fällen die letzten Facetten des massgebenden Sachverhalts gelegentlich erst im Rahmen des Beweisverfahrens erschliessen. Wie soll der Kläger in solchen Fällen argumentieren?

¹ Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

4. Risiken und Fragen

Wer nicht die Übersicht über alle Details und Eventualitäten eines Sachverhaltes und nicht die Gewissheit hat, alle Eventualitäten in den Prozess eingebracht zu haben, riskiert, über die Substantiierungslust des Gerichts zu stolpern wegen nicht hinreichender Beachtung der Substantiierungslast. Die Folge ungenügender Substantiierung besteht in der Abweisung der Klage ohne Beweisabnahme.² Doch wer hat schon zu Beginn einer Auseinandersetzung eine abschliessende Übersicht über alle Eventualitäten! Daher stellt sich jedenfalls bei komplexen technischen Zusammenhängen die Frage, ob der Klageerhebung in jedem Fall eine vorsorgliche Beweisführung vorausgehen soll oder ob ein Gutachten eingeholt werden muss. Wie ist sodann vorzugehen, wenn - wie im Normalfall - selbst die Fachleute nicht einhellig einer Meinung sind und verschiedene Elemente ungleich gewichten? Welcher Fachmeinung ist bei der Ausarbeitung der Klageschrift zu folgen? Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Umstand, dass sich der Umfang notwendiger Substantiierung erst aus dem prozessualen Verhalten der beklagten Partei erschliesst.³ Art und Ausmass ihres Bestreitens bestimmen massgeblich den zu substantiierenden Prozessstoff.

5. Wenig klare Kriterien

Dass zu beweisen - und damit vorab zu behaupten - hat, wer Ansprüche geltend macht, ist trivial. Die Substantiierungslast und insbesondere die Folgen bei deren Nichtbeachtung stellen dagegen Schöpfungen der Praxis dar und sind in dieser Ausprägung von der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Dabei kann es offenbar vorkommen, dass ein kantonales Gericht den Anspruch als hinreichend substantiiert einschätzt und zu dessen Beurteilung schreitet, während das Bundesgericht den gleichen Anspruch auf der Basis der gleichen Behauptungen und Urkunden als nicht hin-

² Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 24 zu Art. 221.

³ Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 23 zu Art. 221.

reichend substantiiert qualifiziert und die Klage deswegen abweist.⁴ Die Konturen der ggf. als Killerkriterium eingesetzten Substantiierungslast sind offensichtlich wenig scharf. Damit wirkt diese Wunderwaffe in für die Parteien schlecht vorhersehbarer Weise.

6. Die richterliche Funktion

Mit der Formel: *da mihi factum, dabo tibi ius* wird zum Ausdruck gebracht, die Anwendung des Rechts sei Sache des Gerichts, die Parteien könnten sich darauf beschränken, dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten. Die teilweise extensive Anwendung von Art. 55 ZPO stellt sehr hohe Ansprüche an den Detaillierungsgrad

Die Konturen der ggf. als Killerkriterium eingesetzten Substantiierungslast sind offensichtlich wenig scharf.

der Sachverhaltsdarstellung. Die Aufgabe der klägerischen Partei: *da mihi factum*, oder eben: *die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen*, wird dadurch bisweilen massiv erschwert oder gar illusorisch. Die bundesgerichtliche Formel, wonach es genügt, «wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen behauptet worden ist»⁵, vermittelt den Eindruck einer leicht umsetzbaren Maxime. Bei komplexen, insbesondere technischen (Kausal-) Zusammenhängen wird in der heutigen Praxis

aber jedes einzelne Element des Kausalzusammenhanges zu einer eigenständigen Tatsache, welche für sich behauptet, substantiiert und bewiesen werden muss.⁶ Fehlen nach Ansicht des Gerichts Behauptung und hinreichende Substantiierung auch nur eines Elementes in einer Kausalkette (im nachfolgenden Beispiel 2 ein einzelner, zu Verzögerungen führender Bauablauf), greifen die Folgen fehlender Substantiierung. Anhand der nachfolgenden Beispiele aus Literatur und Praxis wird exemplarisch aufgezeigt, was das bedeutet.

7. Der Baumangel (Werkvertrag) als Beispiel (Beispiel 1)

In der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins⁷ findet sich in einem Aufsatz⁸ zur Illustration der Substantiierungslast folgendes Beispiel: «Behauptet der Bauherr im Prozess gegen den Unternehmer..., die Lüftung des Hauses sei mangelhaft, so hat er den Mangel bei Bestreitung durch den Unternehmer zu substantiieren. ... Besteht der Mangel beispielsweise darin, dass die Luft im Zimmer trotz Lüftung stickig ist, so hat der Kläger konkret darzulegen, dass die Lüftung ... den erforderlichen Luftumsatz von 45 m³/h nicht erreicht und für diese Behauptung den Beweis zu offerieren, etwa ein Gutachten». In dieser Analyse werden Mangel und Ursache verwechselt. Wer so argumentiert, genügt den Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung bei weitem nicht.

8. Beurteilung anhand eines TU-Vertrags

Soll die Substantiierung derart detailliert erfolgen, wie im angesprochenen Referat dargestellt, hätte der Bauherr in diesem Beispiel zu behaupten, (1) die nach Vertrag geschuldete Leistung der Lüftung bestehe in einem Luftumsatz von 45 m³/h, (2) der effektive Luftumsatz erreiche diesen Wert nicht und (3) die Luftqualität (stickige Luft) stelle (a) einen Mangel dar und sei (b) Folge des ungenügenden Luftumsatzes. Die Autoren übersehen in ihrem

⁴ Urteil 4A_586/2017 vom 16. April 2018.

⁵ BGE 136 III 322 E. 3.4.2.

⁶ Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

⁷ ZBJV Heft 4, 2018, 280.

⁸ Alexander R. Markus, Melanie Huber-Lehmann.

Beispiel die Definition des Mangels als Abweichung vom (Werk-) Vertrag.⁹ Das Gericht kann die Klage nur gutheissen, wenn (1) das Vorliegen eines Mangels bejaht wird und (2) die Kausalität von Ursache (ungenügende Luftumwälzung) und Folge (stickige Luft) als gegeben beurteilt werden kann. Dazu ist die Behauptung erforderlich, die vertraglich geschuldete Leistung bestehe in der Installation einer Lüftung mit einer bestimmten Kapazität und die installierte Anlage entspreche dieser Vorgabe nicht. Die Folge davon sei eine mangelhafte Qualität der Raumluft. Im einleitend zitierten Beispiel wird stillschweigend vorausgesetzt, dass die stickige Luft ein Mangel sei und dass deren Ursache in einer ungenügenden Lüftungsleistung liege. *Stillschweigend voraussetzen* bedeutet jedoch nach Auffassung jener Autoren: nicht hinreichend substantiieren. Es fehlen in diesem Beispiel daher wesentliche Elemente der Kausalkette.

Zudem unterliegen die Autoren einem weit verbreiteten Irrtum, indem nicht die Ursache eines Mangels zu rügen ist, sondern der Mangel selbst.¹⁰ Der Bauherr stellt - gemäss Beispiel - die stickige Luft fest und rügt diese als Mangel. Zum Nachweis des Mangels wird er die Luftqualität überprüfen lassen um festzustellen, welche chemischen Stoffe die Raumluft als stickig erscheinen lassen. Werden dabei die Gesundheit oder die Behaglichkeit beeinträchtigende Stoffe festgestellt (zum Bsp. Formaldehyd oder aus Räuchereichenparkett austretendes Ammoniak), ist der Mangel (mangelhafte Luftqualität) nachgewiesen. Gleiches gilt, wenn die Messung einen CO₂ Wert nachweist, welcher Kopfschmerzen auslöst, oder wenn übermässige Feuchtigkeit in der Zimmerluft vorherrscht. Der Rechtsnatur als Kausalhaftung entsprechend reichen solche Erkenntnisse aus, um die Gewährleistung im Totalunternehmerwerkvertrag (Planung und Ausführung) auszulösen.

⁹ Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage N 1355.

¹⁰ Peter Gauch, a.a.O. N 2131.

9. GU- oder Einzelwerkvertrag

Wird dagegen ein Generalunternehmervertrag oder werden einzelne Werkverträge pro Gewerk abgeschlossen, hat der Kläger zusätzlich darzutun, weshalb die Nachbesserung in den Verantwortungsbereich des ins Recht gefassten Unternehmers fällt. Liegt in der gerügten *stickigen Luft* ein Mangel und kommen mehrere Baubeteiligte als Verantwortliche hierfür in Frage, ist die Ursache zu ermitteln. Steht diese fest und liegt sie in der Planung oder Erstellung der Lüftung, trifft die entsprechenden Fachingenieure und/oder Unternehmer eine Nachbesserungspflicht. Entspricht die installierte Leistung allerdings den (fehlerhaften) Berechnungen des Fachingenieurs, ist der Unternehmer *prima vista* entlastet, es haftet der Fachplaner. Hat die stickige Luft eine andere Ursache, beispielsweise eine bestimmte Emissionsquelle, richtet sich die Nachbesserungspflicht gegen andere. In der Klage sind daher die Umstände darzulegen, weshalb die Nachbesserung in den Verantwortungsbereich der ins Recht gefassten Planer und/oder Unternehmer fällt. Das ist indessen nicht eine Frage der Substantiierungspflicht sondern Ausfluss des materiellen Rechts und der Beweislast. Das einleitend zitierte Beispiel übergeht jedoch alle diese Aspekte, vermag mit anderen Worten nicht einmal der auf materielles Recht gestützten Behauptungslast zu genügen.

10. Der Streit über die Ursache

Zudem klammert das Beispiel weitere entscheidende Aspekte einer Substantiierung aus. Diese wird namentlich da zum Problem, wo sich der klagende Bauherr unter Verwirklichung entschliessen muss, welchen von mehreren möglichen technischen Zusammenhängen er seiner Klage zum Nachweis von Mangel und Verantwortlichkeit zugrunde legen soll. Das einleitend erwähnte Beispiel geht von einer Konstellation aus, bei welcher eine Ursache einer Folge gegenübersteht und bezeichnet die Ursache (ungenügende Lüftung) als den eigentlichen Mangel. Diese Vorstellung entspricht nicht dem Normalfall. Als zu behebender

Mangel wird kaum je die eigentliche Ursache gerügt, diese ist vielmehr in der Regel strittig, allenfalls konkurrieren unterschiedliche Auffassungen zu möglichen Ursachen. Der Mangel liegt im zitierten Beispiel in der ungenügenden Qualität der Raumluft. Ob sich die Qualität der Raumluft aber tatsächlich als normwidrig erweist, ob neben der nicht hinreichenden Leistung der Lüftung auch andere Ursachen für die ungenügende Qualität der Raumluft verantwortlich sind und in wessen Aufgabenbereich schliesslich die Verantwortung fällt, ergibt erst das Beweisverfahren. Welche Argumente und Behauptungen am Schluss den Ausschlag geben, lässt sich zu Beginn des Verfahrens selten abschätzen. Unter Berufung auf die Substantiierungspflicht verlangen die Gerichte vom Kläger eine Darstellung des Sachverhalts mit detaillierter Darlegung aller Einzelheiten, so dass darüber Beweis abgenommen werden kann.¹¹ Verlangt aber die Substantiierung, dass alle objektiv möglicherweise relevanten Sachverhaltselemente vollständig in die Rechtsschriften einfliessen, müsste die klagende Partei über das Wissen verfügen, welches das Gericht nach abgeschlossenem Schriftenwechsel, Anhörung beider Parteien und durchgeführtem Beweisverfahren hat. Die Klage derart präzise, mithin substantiiert, abfassen, kann nur, wer das Beweisergebnis zumindest in den Grundzügen bereits kennt.

11. Werkvertrag, Fallbeispiel zu hypothetischen Fragen (Beispiel 2)

Der Baumängelprozess gibt Anlass zu weiteren kritischen Betrachtungen. Die fehlerhafte Beschaffung eines für die vorgesehene Applikation nicht tauglichen Geräts durch den Generalplaner in einer Submission nach ÖBG/ÖBV hatte erhebliche Bauverzögerungen zur Folge. Die Bauherrschaft musste umdisponieren und den Bauablauf den veränderten Umständen anpassen. Jede Entscheidung von Bauherr und Bauleitung hat in dieser Situation Auswirkungen auf Kosten und Termine und kann hinterfragt werden. Kaum eine Entscheidung ist alter-

nativlos, jede basiert auf einer Evaluation von Vor- und Nachteilen. Wird zum Bsp. eine erneute Submission durchgeführt, erfolgt dies deshalb, weil der Lieferant des untauglichen Gerätes einen Widerruf des Zuschlags mittels Beschwerde anfechten könnte. Welches Vorgehen führt aber zu längerer Verzögerung: Widerruf des Zuschlags und Wahl des zweitrangierten Bewerbers oder Neuausschreibung? Ist ein Notdach wegen verlängerter Bauzeit wirklich notwendig oder könnte nicht eine Beschleunigung der Arbeiten mit anderen Mitteln tiefere Mehrkosten ermöglichen? Welche Verzögerung ist Folge welcher Massnahme oder welcher Störung des Ablaufs durch einen Mangel? Solche Fragen bedürfen einer Abwägung. Deren Beantwortung beruht immer auf einer hypothetischen Betrachtung aller Eventualitäten.

Macht der Bauherr den Schaden bei den verantwortlichen Planern und Unternehmern geltend, hat er sich bei der Substantiierung desselben u.U. zu seiner Schadenminderungspflicht zu äussern. Wird die Substantiierungslast im Sinne der Praxis verstanden, bedeutet dies, jeder Beschluss von Bauherr und Bauleitung mit Auswirkung auf das Schadensquantitativ ist mit allen relevanten Aspekten und Folgen aufzuarbeiten. Vor- und Nachteile jeder Lösung und deren Folgen sind zu behaupten und mit geeigneten Beweisangeboten zu unterlegen. Wie aber lassen sich Arbeitshypothesen beweisen? Erhebt zudem die beklagte Partei im zweiten Schriftenwechsel neue Einwände, zu welchen der Kläger zuvor weder Tatsachenbehauptungen aufgestellt noch Stellung genommen hat, riskiert die Klage, an der fehlenden Substantiierung zu scheitern, da nach durchgeführtem zweitem Schriftenwechsel neue Vorbringen nicht mehr zulässig sind. Anwälte sind zwar kreativ, aber sie sind keine Hellseher. Längst nicht alle möglichen Einwände findiger (Gegen-) Anwälte sind vorhersehbar. Daher ist der Sachverhalt auch bei ausführlichster Darstellung in einem solchen Fall kaum je mit abschliessender Gewissheit hinreichend substantiierbar im Sinne der Praxis. Das macht die

¹¹ Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

Prozessführung für die Parteien ziemlich risikoreich.

12. Werkvertrag, mehrere Mängel (Beispiel 3)

Zwei Unternehmer verursachen Mängel im Aufbau des Bodens von Wohnungen. Während der Parkettleger falschen Leim verwendet, mangelhafte Verlegearbeit leistet und teilweise falsches Material einbaut, verdichtet der Ersteller des Unterlagsbodens den Estrich zu wenig, womit dessen Festigkeit nicht gewähr-

Anwälte sind zwar kreativ, aber sie sind keine Hellseher. Längst nicht alle möglichen Einwände findiger (Gegen)Anwälte sind vorhersehbar.

leistet ist. Fazit: wird der Parkett ausgebrochen, bleibt teilweise der halbe Unterlagsboden daran kleben. Zum Teil wird der ganze Bodenaufbau inkl. Bodenheizung neu erstellt, Bewohner müssen ihre Wohnung vorübergehend verlassen. Als Ersatz werden einzelne Wohnungen in der Siedlung freigehalten. Weil die Unternehmer auch in der Nachbesserung pfuschen, muss teilweise mehrfach nachgebessert werden. Betroffen davon sind gegen 90 (Eigentums- und Miet-) Wohnungen.

Für Bauleitung und Liegenschaftsverwaltung entsteht dadurch enormer Aufwand. Neben den Baukosten fallen Honorare für Bauleitung,

Verwaltung, Experten und Anwalt an. Zudem entgeht dem Bauherrn Gewinn durch das Freihalten von Wohnungen. Die Drittkosten sind mehrheitlich dokumentiert durch Rechnungen und Rapporte.

Eine Ausgangslage mit zwei nicht solidarisch haftenden Unternehmern gestaltet sich komplex. Aufwand und Dokumentation nehmen in einem solchen Fall exorbitante Ausmasse an. Hier waren gesamthaft über 40'000 Rechnungspositionen zu erläutern. Ein Verweis auf Rechnungen und Rapporte anstelle einer Begründung in der Rechtschrift ist praxisgemäss nur ausnahmsweise zulässig. Die Substantiierungslast verlangt hier, dass jede Einzelheit behauptet und im Detail dargelegt, eben: substantiiert wird. Daher wäre ein Verweis auf Rechnungen und Rapporte in Kombination mit dem Antrag, es sei ein Augenschein durchzuführen, nicht ausreichend gewesen, obwohl sich gewisse Schadensmuster wiederholt haben. Wenn jeder Eintrag auf jedem Rapport und jede Position auf jeder Rechnung in der Rechtschrift erläutert werden müssen, entsteht rasch ein literarisches Werk von 1'000 Seiten Umfang oder mehr.

Auch hier ist zudem bei jedem Beschluss von Bauherrschaft und Bauleitung der Ermessensspielraum zu beleuchten und auch hier gilt es, möglichen Einwänden der Gegenparteien proaktiv zu begegnen. Alles in allem bedeutet dies einen Aufwand von Monaten zur Erarbeitung einer Klageschrift, soweit eine Aufarbeitung im Nachhinein überhaupt noch möglich ist. Vermeiden lässt sich dieser Aufwand nicht, soll Klage erhoben werden, denn bei der Substantiierungspflicht geht es um alles oder nichts. Angesichts der endlosen Vielzahl an zu dokumentierenden Abläufen wurde in diesem Schadenfall schliesslich auf die Klageeinreichung verzichtet.

13. Prozessvorbereitung

Aus all diesen Beispielen resultiert für den Bauherrn die Schlussfolgerung, Mangel und Ursache müssen vor der Prozesseinleitung mit

allen Eventualitäten zweifelsfrei eruiert und in beweisbarer Weise beschrieben werden, damit eine Klage überhaupt ins Auge gefasst werden kann. Dem Beweisverfahren kommt anschliessend «nur» noch die Bedeutung zu, die Behauptungen abzuarbeiten und sie auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen. Hinreichende Substantiierung im vorbeschriebenen Sinn ist ohne aufwändige Vorabklärung nicht denkbar. Als Mittel dazu stehen das Gutachten oder das Schiedsgutachten zur Verfügung, gegebenenfalls auch das gerichtliche Verfahren der vorsorglichen Beweisführung. Eventuell kann auch eine reine Parteiexpertise zielführend sein. Damit schiesst der Bauherr aber die Kosten für zwei aufwändige Beweisverfahren vor, nämlich für jenes vorgängig der Prozesseinleitung und für jenes im Prozess.

14. Planungsfehler

Erhebliche praktische Schwierigkeiten entstehen, wenn (auch) die Verantwortlichkeit von Planern zur Disposition steht, was in der Mehrheit der Streitigkeiten der Fall sein dürfte. Die im Auftrag des Bauherrn tätigen Planer wären an sich erste Anlaufstelle bei der Suche nach den Ursachen von gerügten Mängeln. Unterstützen sie den Bauherrn in dieser Arbeit nicht, ist er auf externe Hilfe angewiesen. Dabei wird diese Hilfe kaum von einem als Experten eingesetzten Fachmann erfolgen können. Bereits zur Einsetzung eines Gutachters benötigt der Bauherr nämlich Fachwissen, über welches Otto-Normalverbraucher üblicherweise nicht verfügt. Damit hat er im Ergebnis ein dreistufiges Verfahren zu durchlaufen, nämlich (1) Analyse und Beurteilung im Hinblick auf eine oder mehrere Expertisen, (2) die Begutachtung durch den Experten und (3) die Beweisführung im Prozess.

15. Gerichtsexpertise

Sodann stellt sich die Frage, wie mit einem Fall umzugehen ist, in welchem sich die Experten nicht einig sind. Verfasst der Bauherr die Klage aufgrund einer Expertise, deren Ergebnis vom späteren Gerichtsexperten nicht geteilt wird, ist die Klage zwar schlüssig und substan-

tiert, entspricht jedoch nicht dem im Beweisverfahren etablierten Ergebnis. Die Meinung des gerichtlichen Experten kann aber durchaus eine Verantwortung der/des ins Recht gefassten Unternehmer(s) oder Planer(s) mit anderer tatsächlicher Begründung bejahen (sog. überschliessendes Beweisergebnis). Diese wurde jedoch in der Rechtschrift nicht in substantiiert Weise dargetan. Darf das Gericht die Klage nun aufgrund eines nicht substantiiert behaupteten und begründeten Sachverhalts gutheissen? Die Frage wird kontrovers diskutiert.¹² Ohne übertriebene Substantiierungspflicht würde sich die Frage indes gar nicht stellen.

16. Schadenersatz, Auftrag (Beispiel 4)

Selbstredend gibt die Substantiierungslast auch ausserhalb von Baumängelprozessen zu reden, beispielsweise beim Auftrag. Mit Urteil vom 16. April 2018 wies das Bundesgericht die Klage eines Geschäftsmanns ab, nachdem das Handelsgericht Zürich diese teilweise gutgeheissen hatte. Die beklagte Bank legte das Vermögen des Geschäftsmannes teilweise entsprechend dem Verwaltungsvertrag an, teilweise holte sie - ebenfalls vertragskonform - Anlageentscheide des Kunden ein. Die Bank nahm indessen auch Transaktionen vor, die nicht durch das Verwaltungsmandat gedeckt waren, ohne die Zustimmung des Kunden einzuholen. Der Kunde erhielt hierauf vom Handelsgericht Zürich Schadenersatz in der Höhe von USD 5'670'090.00 zugesprochen. Das Bundesgericht hob das Urteil auf mit der Begründung, der Schaden sei nicht hinreichend substantiiert worden und wies die Klage endgültig ab.¹³

Nach Ansicht des Bundesgerichts hätte der Geschädigte für jede der vertragswidrig vorgenommenen Transaktionen eine eigenständige Berechnung vornehmen müssen: «Die Schadensberechnung [beschränkt sich] auf die

¹² ZBJV 2018/4, 277.

¹³ Urteil 4A_586/2017 vom 16. April 2018.

Ermittlung der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der einzelnen pflichtwidrigen Anlagen und dem hypothetischen Wert, den das konkret pflichtwidrig investierte Kapital bei vertragskonformer Anlage hätte» (Erw. 2.2.2). Während das Zürcher Handelsgericht das Portfolio insgesamt einem Vergleich mit dem hypothetischen Verlauf eines Referenzportfolios unterzog und so den Schaden schätzte, befand das Bundesgericht, der Kläger hätte «den Schaden nicht ausreichend anhand der einzelnen, vertragswidrig ausgeführten Transaktionen substantiiert». Mit dieser Begründung wurde die Klage ohne Rückweisung an die Vorinstanz endgültig abgewiesen.

17. Forderung, Honorar aus Auftrag (Beispiel 5)

Wer als Arzt, Architekt, Ingenieur, Anwalt oder aus einer anderen Beratertätigkeit Honorar einfordert, hat zunächst die üblichen Voraussetzungen wie Vertragsabschluss und Erfüllung darzutun. Sodann ist die Höhe des Anspruchs zu substantiieren. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass eine Rechnung für sich allein nur dann schlüssig ist und dem Substantiierungsgebot genügt, wenn sie auf alle 7 W's eine Antwort gibt (wer/wann/wo/was/wie/wieviel und warum). In diesem Zusammenhang stellen sich keine besonderen Fragen.

Demgegenüber stellt die Substantiierungslast im Fall eines Widerrufs des Auftrags zur Unzeit eine hohe Hürde dar. Welche Methode das Bundesgericht im konkreten Fall zur Ermittlung des Ersatzanspruchs als massgebend erachtet ist nicht ohne weiteres vorhersehbar.¹⁴

18. Bedeutung der Gerichtspraxis (Beispiel 6)

Wie soll eine Partei im Streitfall argumentieren? Welche Sachverhaltselemente müssen zwingend zu Beginn des Verfahrens vorgebracht werden, damit dieses nicht wie im Vermögensverwaltungsfall am Substantiierungshindernis scheitert? Was banal klingt, ist es keineswegs, wie das nachfolgende Beispiel zeigt. Mit Ent-

scheid vom 20. November 2017¹⁵ hatte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Preisbildung bei nachträglichen Leistungs- und Mengenänderungen im Werkvertrag ein Grundsatzurteil zu fällen. Zunächst fasste das Gericht den Stand der Lehre zusammen und hielt fest: «In Anbetracht dieser divergierenden Meinungen überrascht es wenig, wenn in der Lehre moniert wird, die Art. 85-91 SIA-Norm 118 seien nicht leicht zu verstehen, jedenfalls aber auslegungsbedürftig ...».¹⁶ Mit seinem Urteil legte das Bundesgericht erstmals fest, «wie der Preis für einseitige Bestellungsänderungen bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreis, welcher der SIA-Norm 118 untersteht, zu bestimmen ist». Für die ARGE Baumeister war demnach bei Einreichung der Klage weder klar noch vorhersehbar, wie die Preisbildung korrekt hätte vorgenommen werden müssen, zu welchen Tatsachen sich die Klage mithin hätte äussern sollen. Das Bundesgericht hob zwar den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache an das Handelsgericht Zürich zurück. Das Verfahren endete indessen trotzdem mit einer Abweisung der Klage mangels hinreichender Substantiierung. Da das Bundesgericht erst auf Beschwerde in diesem Verfahren hin mit seinem praxisbildenden Urteil Klarheit in der massgebenden Frage schuf, vermochte sich die Klägerin naturgemäss bei der Ausarbeitung ihrer Klage hinsichtlich der für die Preisbildung massgebenden Faktoren nicht auf eine bekannte und feststehende Gerichtspraxis zu stützen. Man würde erwarten, dass der betroffenen Partei in dieser Situation das rechtliche Gehör zu gewähren und ihr die Gelegenheit zu einer Ergänzung ihrer Behauptungen im Lichte der höchstrichterlichen Erwägungen einzuräumen wäre. Dem war aber in diesem Fall nicht so. Das Zürcher Handelsgericht urteilte, ohne die Klägerin hierzu nochmals anzuhören und das von der Klägerin nach dem zweiten negativen Entscheid erneut angegangene Bundesgericht erblickte in der Verfahrensinstruktion durch das Handelsgericht keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

¹⁴ BSK ORI-Rolf H. Weber N 18 zu Art. 404.

¹⁵ Urteil 4A_125/2017, BGE 143 III 545.

¹⁶ E. 4.4.3.

19. Übertriebene Anforderungen?

Die Substantiierungslast zwingt die klagende Partei vorab zu aufwändigen vorprozessualen Abklärungen und insbesondere zu weitläufigen Ausführungen in der Klageschrift. Der Vollständigkeit halber sei vermerkt, dass auch die beklagte Partei substantiiert bestreiten muss, mithin nicht wie früher einfach pauschal bestreiten kann. Substantiiert heisst zwar gemäss Handelsgericht nicht notwendigerweise ausführlich, sondern «nur» konkret und nachvollziehbar argumentieren und Selbstverständliches und allgemein Übliches braucht nicht behauptet zu werden.¹⁷ Bloss, was heisst das im Einzelfall? Was darf als dem angerufenen Gericht natürlicherweise bekannt und selbstverständlich vorausgesetzt werden? Nicht alles, was den Parteien und ihren Anwälten geläufig und üblich erscheint, ist es für das Gericht auch. Mündliche Äusserungen von Gerichtspersonen im Rahmen von Urteilsberatungen oder von Vergleichsverhandlungen geben bisweilen Anlass zu Zweifeln, in welchem Umfang ein Aspekt als Selbstverständlichkeit zu gelten hat. Daher behauptet und argumentiert im Zweifelsfall dennoch ausführlich und extensiv, wer nicht über die Substantiierungslast stolpern will. Dies hat Folgen für den Umfang von Prozessakten.

Darüber hinaus strapaziert die so verstandene Substantiierungslast die anwaltliche Arbeit und damit das Portemonnaie des Klienten ganz erheblich. Bis der Streitfall in allen seinen Einzelheiten konkret und nachvollziehbar präsentiert werden kann, bis eine Kausalkette mit allen Eventualitäten in alle Einzelaspekte zerlegt, verständlich, schlüssig und belegt vorgetragen werden kann, bedarf es intensiver Abklärung und Aufarbeitung von Sachverhalten. Nimmt das Gericht für sich in Anspruch, vorab quasi im Sinne einer Checkliste zu prüfen, ob alle seiner Ansicht nach notwendigen Elemente in den Prozess eingebracht wurden, und wenn nicht, die Beweisabnahme

¹⁷ Christian Josi, Handelsgerichtspräsident, Weiterbildungskurs für Juristen (BWJ), 12.04.2018.

zu verweigern, wird die «Last» der Sachverhaltsermittlung sehr weitgehend auf die Parteien abgeschoben, womit sich diese zweimal überlegen müssen, ob sie den Prozess überhaupt zu finanzieren und das finanzielle Risiko zu tragen vermögen.

Schliesslich ist die höchstrichterliche Praxis alles andere als immer klar und konsistent, soweit eine solche im Einzelfall überhaupt besteht. Hängt aber u.a. von dieser Praxis ab, wie ein Anspruch substantiiert werden muss (die Schadensberechnung im Vermögensverwaltungsfall, die Elemente der Preisbildung bei Bestellungsänderungen), werden die Parteien schlicht im Regen stehen gelassen, wenn eine Praxis entweder nicht besteht, geändert wird oder unklar ist. Hier wird die Substantiierungslast zur unfairen Waffe, da den Parteien keine Möglichkeit zur Abschätzung der Prozesschancen offensteht.

20. Durchsetzung des Rechts

Der Zivilprozess dient der Durchsetzung des materiellen Rechts, der Durchsetzung der im Privatrecht begründeten subjektiven Rechte. Das Zivilprozessrecht hat daher im Verhältnis zum materiellen Recht eine dienende Funktion.¹⁸ Der Bauherr hat Anspruch auf ein mängelfreies Werk, der Gläubiger hat bei ausgewiesener Forderung Anspruch auf Leistung. Das Prozessrecht darf die Durchsetzung dieser Rechte nicht davon abhängig machen, ob der Anspruchsteller in der Begründung seiner Forderung sämtliche möglichen Einwände bereits vorweg entkräftet, oder ob die Begründung zwar die Tatsachen *in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen*¹⁹ darlegt, die Stringenz der Begründung im Lichte des Beweisergebnisses jedoch noch weiterer Ausführungen bedarf. Dazu dient der 2. Parteivortrag in der Hauptverhandlung.

¹⁸ Oskar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, Bern 2006, 36.

¹⁹ Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 25 zu Art. 55.

Insbesondere im Zusammenhang mit technischen Gegebenheiten sind der Substantiierungslast Grenzen zu ziehen. Beispielsweise weisen die im Bereich Energie/Umwelt zu beachtenden Normen eine derart hohe technische Komplexität auf, dass der Laie keine Chance hat, dem Diskurs der Fachleute zu folgen. Zuweilen durchschaut nicht einmal der Fachmann die Interdependenz der haustechnischen Systeme und der bauphysikalischen Zusammenhänge. Vom klagenden Bauherrn zu verlangen, er müsse dem Gericht schlüssig sämtliche potenziell relevanten Elemente eines Schadenfalles abschliessend und vollständig vortragen, verträgt sich nicht mit der dienenden Funktion des Prozessrechts. Folge ungenügender Substantiierung ist die Abweisung der Klage ohne Abnahme der angebotenen Beweise, womit der Gewährleistungsanspruch oder eine andere im Recht liegende Forderung zufolge der Rechtskraft des Urteils definitiv untergeht, bevor über deren Berechtigung überhaupt Beweis geführt wurde.²⁰ Das Prozessrecht dient in diesem Fall nicht der Durchsetzung des materiellen Rechts, sondern dessen Vereitelung.

21. Konsequenzen

Wird die prozessrechtlich begründete Pflicht zu hinreichender Substantiierung in der beschriebenen Weise gehandhabt, hat dies weitreichende Konsequenzen auf die einer Klageerhebung vorausgehende notwendige Vorbereitung. Aufwändige Sachverhaltsabklärung ist Pflicht. Trotz bestmöglicher Klärung besteht aber das Risiko nicht hinreichender Substantiierung im Falle des Ausbleibens einer einheitlichen Expertenmeinung. Der Aufsatz in der ZBJV schliesst mit dem Hinweis: «Die ZPO ... legt gleichzeitig den Schwerpunkt auf eine gut ausgebildete, sorgfältig arbeitende Anwaltschaft».²¹ Der Hinweis geht fehl. Der Anwalt ist weder Fachingenieur noch Bauphysiker. Trotz schlüssig substantiierter Darstellung in den Rechtschriften von bestausgebildeten Anwälten besteht ein schwer kalkulierbares Risiko, an

der Substantiierung zu scheitern, wenn in der vorprozessualen Beurteilung ein Element aus der Fülle der technischen Einzelheiten als nicht wesentlich eingestuft und weggelassen wird, dasselbe sich nach Abschluss des Schriftenwechsels oder im Beweisverfahren jedoch als entscheidend erweist. Der Kläger zahlt zwar einen erhöhten Preis für die aufwändige vorprozessuale Sachverhaltsermittlung, er trägt aber aufgrund der Praxis zur Substantiierungslast dennoch ein erhöhtes Risiko.

22. Fazit

Der gut ausgebildete, sorgfältig arbeitende Anwalt ist heute gehalten, Abklärungen und Rechtschriften stark aufzublähen, um rein vorsorglich jedes im Moment auch noch so unwichtig erscheinende Detail im Gesamtzu-

Der Anwalt ist weder
Fachingenieur noch
Bauphysiker.

sammenhang darstellen zu können. Andernfalls läuft er - respektive der Klient - Gefahr, über die Substantiierungspflicht zu stolpern und nicht einmal zum Beweis zugelassen zu werden.

Die ZPO, so die eingangs zitierten Autoren, «gibt ... dem Anliegen einer geordneten, effizienten Rechtspflege mehr Gewicht als der materiellen Wahrheit».²² Damit entledigt sich der Staat, der für sich zu Recht das Monopol in der autoritativen Streiterledigung beansprucht, eines Teils seiner Aufgabe durch Übertragung auf die Parteien. Die Sachverhaltsermittlung, mithin die Wahrheitsfindung, ist und war indes seit jeher klassische Aufgabe des Gerichts.²³

²⁰ Berner Kommentar Schweizerische ZPO, N 28 zu Art. 55.

²¹ ZBJV, a.a.O. S. 296.

²² ZBJV Heft 4, 2018, 296.

²³ Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1978, 10.

Dessen Rolle beschränkt sich entgegen anderslautender Ansicht²⁴ nicht darauf, «die Rechtsnormen auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen» (sog. Subsumtion). Ist aber die Erforschung des Sachverhalts im Rahmen der Beweisabnahme Sache des Gerichts, kann es sich durchaus ergeben, dass das Beweisverfahren weitere, dienliche Sachverhaltselemente zu Tage fördert, die von den Parteien im Rahmen einer Darstellung der Tatsachen *in ihren wesentlichen Zügen und Umrissen* nicht geltend gemacht wurden. Diese Funktion ist Teil der Aufgabe des Beweisverfahrens.

Ob mit der aktuellen Anwendung von Art. 55 ZPO tatsächlich ein Effizienzgewinn verbunden ist, darf angesichts der regelmässig festzustellenden Aufblähung des Prozessstoffes mit Fug bezweifelt werden. Das Eingeständnis, die Wahrheitsfindung sei zweitrangig, verträgt sich hingegen klar nicht mit der dienenden Funktion des Prozessrechts und schadet der Akzeptanz von Gerichtsurteilen und damit letztlich dem Ansehen der Justiz. Wird schliesslich in Rechnung gestellt, dass der durchschnittliche Kläger aufgrund dieser Gerichtspraxis im Streitfall zunehmend höhere Kosten und Risiken zu übernehmen hat, stellt sich in der Tat die Frage: *quo vadis justitia?*

Es wäre Aufgabe der Wissenschaft, hier korrigierend einzugreifen. Die Zitate stammen jedoch aus einem Referat, das vor dem Schweizer Verband der Richter in Handelssachen gehalten wurde.²⁵ Justiz und Wissenschaft gehen anscheinend Hand in Hand in der weiteren Implementierung der Substantiierungspflicht, übersehen dabei aber gelegentlich selber die massgebenden Zusammenhänge, wie das einleitende Beispiel des Hochschullehrers aufzeigt. Etwas Zurückhaltung wäre in Bezug auf die Strenge der Substantiierungslast wohl angebracht.

²⁴ ZBJV 2018/4, 271.

²⁵ ZPJV 2018/4, 296.

